

« Le droit à la vie, oui, mais pas à n'importe quelle vie ! »

René Cassin (1887-1976) - Prix Nobel de la Paix

Octobre 2020

IDH A E



# LE CONFINEMENT FORCÉ GÉNÉRAL EST-IL LÉGAL ?

## ■ France, droits fondamentaux et urgence sanitaire

RAPPORT PRÉSENTÉ PAR :

l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP) et l'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(e)s (IDHAE)

Coordination : Emmanuelle CERF, Anne DEMETZ, Christophe PETTITI



© Noëlle Herrenschildt - Reporter aquarelliste

Visant à s'interroger, sur le respect du principe de proportionnalité (art. 15 CEDH et 4 PIDCP), en l'absence d'expertise préalable par la France, sur les risques juridiques d'atteintes aux libertés, causés par la promulgation de la loi n° 2020-290 d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 et ses suites.

Sous l'égide du  
Barreau de Paris

**B** AVOCATS  
BARREAU  
• PARIS

Avec le soutien du Fonds de dotation  
Barreau de Paris solidarité

**BARREAU  
DE PARIS**  
*solidarité*  
Fonds de dotation

# Présentation du Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE

Dès le 17 mars 2020, certain(e)s d'entre nous ont commencé à faire l'inventaire des droits fondamentaux atteints par le confinement forcé généralisé (CFG), qui venait d'être décrété la veille par le gouvernement français. La prise de conscience progressive de l'ampleur des droits atteints, aggravée et confirmée par la loi n° 2020-290 d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 et ses mesures d'accompagnement, les a amenés à conclure que, de leur vivant, la pérennité de la démocratie en France n'avait jamais connu un tel enjeu.

Leur constat a trouvé un écho, auprès des juristes de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris et de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, et au-delà, avec lesquels, ces personnes s'efforcent depuis longtemps de promouvoir et de défendre les droits fondamentaux.

Tout(e)s très attaché(e)s à ces droits, ont donc décidé de rassembler leur énergie et connaissances pour évaluer l'atteinte qui leur était faite et questionner sa compatibilité avec les obligations de la France au regard principe de proportionnalité consacré tant par sa Constitution, que par les conventions internationales qui limitent et contrôlent le pouvoir des États, lorsqu'au motif d'un péril, ils veulent réduire les libertés individuelles.

En l'absence d'expertise préalable par le gouvernement et le Parlement sur les risques juridiques d'atteintes à ces libertés, causés par la promulgation de mesures y dérogeant, il leur est, en effet, apparu indispensable de mener une réflexion globale sur les dispositifs pris, et de mettre à disposition des citoyens pour leur information un rapport sur les garanties attachées au plein exercice de ces droits.

Le travail des auteur(e)s du Rapport qui sont pour la plupart membres des deux Instituts comporte une analyse de l'ensemble des dispositifs adoptés en France par rapport aux instruments internationaux des droits fondamentaux. Elle a une vocation éducative recherchée, non seulement pour le grand public et la presse, mais aussi pour les juristes, et les praticiens des droits fondamentaux. Elle n'est évidemment pas exhaustive, mais permet de donner les bases de la réflexion nécessaire. Le travail a été réalisé par thèmes en comparant dans chaque domaine (droit à l'éducation, liberté religieuse, droit au travail...) les mesures prises par le gouvernement français dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et la sortie de celui-ci avec les instruments internationaux de droits fondamentaux. Cette méthodologie permet de pouvoir mieux comprendre les enjeux des dispositifs pris dans des situations d'urgence, sans nécessairement être juriste ou spécialiste des droits fondamentaux.

Il s'agit d'une œuvre de collaboration émanant d'auteur(e)s qui ont des parcours et fonctions professionnelles différents. Le Rapport présente les auteur(e)s et le travail réalisé par chacun. Le Rapport est donc un ensemble sous l'égide des deux Instituts, sans que les auteur(e)s aient tout(e)s participé à chaque partie, et ils auraient pu d'ailleurs individuellement aborder chaque thème de manière différente.

**Dans une partie distincte (partie V), des contributions extérieures** plus techniques ou plus spécialisées sont réunies émanant d'universitaires, avocat(e)s, magistrat(e)s, ONG. Elle permet d'illustrer des problématiques spécifiques, en France et dans le monde. Les contributeurs n'ont donc pas participé au travail d'analyse tel qu'il est présenté dans les parties I à IV. Ils ont accepté d'apporter un éclairage particulier à cette situation exceptionnelle créée par les mesures prises dans le cadre de cet état d'urgence sanitaire consécutif au Covid-19.

**La partie VI** comporte un ensemble d'éléments bibliographiques sur les droits fondamentaux et sur les mesures prises depuis mars 2020. Elle est complétée, en **partie VII**, par des annexes regroupant les principales mesures prises sur le plan législatif, les avis des différentes institutions nationales et européennes, les premières décisions des tribunaux, quelques textes internationaux pertinents, et des chroniques juridiques et articles de presse.

Nous avons publié librement dans un premier temps **un pré-Rapport, le 3 mai 2020** avant la sortie du confinement. Il permettait de faire un premier état des lieux sur les dispositifs pris par le gouvernement dans le cadre des mesures liées au confinement forcé généralisé. Un communiqué de presse a été publié à cette date préconisant de mettre fin au confinement généralisé contraint, et à adopter d'autres mesures pour répondre au Covid-19 (voir communiqué de presse dans les annexes). De même, vous trouverez ci-après en page 4 du Rapport, l'abstract (en français et en anglais) du pré-Rapport qui a été réalisé le 3 mai 2020 et qui alertait le gouvernement sur les atteintes aux libertés.

**Le présent ouvrage est le Rapport définitif**, lui-même enrichi par les contributions qui nous ont été apportées. Il est à jour globalement à fin du mois de septembre 2020, mais on ne peut exclure une évolution de la situation en termes de questionnement des droits fondamentaux. Le gouvernement a fait adopter une loi « organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire » contenant elle-même des mesures dérogatoires en matière de libertés qui ont vocation à s'appliquer jusqu'à fin octobre 2020. Le projet de loi adopté le 2 octobre 2020 par l'Assemblée nationale prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence conduit désormais à maintenir l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021, puis il a été abandonné avec l'adoption d'un décret déclarant l'état d'urgence sanitaire le 14 octobre 2020. En outre, de nombreux textes d'application sont encore adoptés par le gouvernement pour encadrer la sortie du confinement généralisé, et répondre à l'actualité sanitaire. Depuis la sortie de ce confinement, les juridictions ont été saisies de manière plus importante pour statuer sur la conformité des mesures adoptées par rapport aux droits fondamentaux. Le Rapport ne pouvait tenir compte que des décisions les plus importantes. L'histoire juridique de cette crise n'est pas terminée, mais il est apparu nécessaire de publier maintenant ce Rapport, pour permettre de mesurer l'impact des mesures prises sur les droits fondamentaux, et alerter nos gouvernants sur la nécessaire réflexion juridique qui doit être menée en matière de droits fondamentaux dans cette lutte complexe contre le virus.

Ainsi, nous mettrons en application cette réflexion de René Cassin, Prix Nobel de la Paix :

*« Le droit à la vie, oui, mais pas à n'importe quelle vie ! ».*



© Noëlle Herrenschmidt - Reporter aquarelliste

## AU REGARD DES CONVENTIONS INTERNATIONALES, LE CONFINEMENT FORCÉ GÉNÉRAL EST-IL LÉGAL ?

De la méconnaissance du principe de proportionnalité par la France.

Présentation du Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE

Publié le 3 mai 2020

### L'URGENCE SANITAIRE ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.

« *Savoir ce qui doit être fait, fait disparaître la peur.* » Rosa Parks (1913-2005)

#### La connaissance des droits fondamentaux et de leurs garanties est indispensable.

Le décret du 16 mars 2020, instituant, en France, un confinement forcé généralisé (CFG), **a porté atteinte à la plupart des droits fondamentaux.** Cette atteinte a été aggravée et confirmée par la loi n° 2020-290 d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 et ses mesures d'accompagnement. **Elle n'a jamais connu une telle ampleur depuis la Seconde Guerre mondiale.**

Destinée à lutter contre la pandémie du coronavirus, cette atteinte est, certes, supposée provisoire. Il est en effet admis en droit interne et international que même les droits fondamentaux puissent être restreints, **en cas de « danger public menaçant la vie de la nation ».** **Cependant les libertés individuelles sont le socle d'une démocratie.** Celle-ci court donc un grave péril lorsqu'elles sont massivement remises en cause. Les effets néfastes induits alors sur tous les domaines de la société peuvent être durables, et **faire qu'un régime d'exception devienne la règle.** Ce pourquoi, il a paru indispensable aux Instituts des droits de l'homme, du Barreau de Paris et des avocats européens (IDHBP et IDHAE), d'informer, par une Étude, les citoyen(ne)s sur **l'importance de leurs droits les plus suprêmes.** **Et également d'interroger sur la compatibilité de l'atteinte faite à ces droits avec les obligations de la France, au regard de sa Constitution et du principe de proportionnalité en droit international, qui limite et contrôle le pouvoir des États.** Ce principe, contenu aux articles 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, 15 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDH), du 4 novembre 1950 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), du 7 décembre 2000, s'impose à la France, signataire des Conventions qui l'énoncent. Il implique, lorsqu'une dérogation aux droits fondamentaux est envisagée, par un État, qu'elle **soit strictement proportionnée au danger.** **Sinon, cette dérogation et les mesures qui en découlent sont illicites.**

Elle l'est aussi, lorsque l'État partie ne l'a pas déclaré aux Secrétaires généraux du Conseil de l'Europe et de l'ONU, comme c'est le cas pour la France.

## La suprématie de tous les droits fondamentaux est le support du droit à la vie.

La question de savoir, si la France ne devait pas privilégier des mesures qui, tout en ayant pour objectif de protéger avec le plus d'efficacité les personnes à risques létaux, permettaient le maintien des fonctions vitales du pays est posée.

D'autres pays européens, tels l'Allemagne, la Suisse ou la Suède ont exploré, avec bénéfice, des alternatives au CFG, moins attentatoires aux libertés et ont un nombre de morts moins élevé qu'en France, rapporté à leur population.

Il a certes été soutenu que le CFG ne pouvait être écarté dans les pays européens de culture latine, la population y étant « indisciplinée » et « tactile ». Mais le Royaume-Uni, qui a succédé, par ordre d'entrée en CFG, à l'Italie, l'Espagne puis la France, lesquelles, ont la surmortalité due à la pandémie la plus forte au monde, derrière les États-Unis (pour les pays où elle peut être connue avec quelque exactitude...), se classe, depuis le 30 avril 2020, juste derrière l'Italie, dans ce sinistre score.

Au demeurant, l'indiscipline supposée des populations méditerranéennes ne justifie pas, dans une société démocratique, de l'étendue considérable des atteintes faites, par le CFG aux droits fondamentaux. En effet, il découle du principe d'indivisibilité de ces droits que **le droit à la vie n'a de sens que s'il permet pleinement l'exercice des autres droits attachés à la dignité humaine**. Ce pourquoi René Cassin, l'un des principaux rédacteurs de la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, affirmait : « *Le droit à la vie, oui, mais pas à n'importe quelle vie !* ».

## L'URGENCE NE DISPENSE PAS D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EFFECTIF.

Dans la mesure où la dérogation aux droits fondamentaux doit être strictement proportionnée à la menace, celle-ci doit être définie clairement. La restriction doit être limitée dans le temps, dans l'espace et préciser les droits et les personnes concernés.

De par les termes des articles 4 PICDP, 15 CEDH et 52 CDFUE - **l'urgence ne dispense pas d'un contrôle de proportionnalité effectif, préalable à l'exercice d'une dérogation à ses obligations conventionnelles, par un État partie**. Dès lors devant une urgence sanitaire, un État ne peut recourir exclusivement à des scientifiques pour évaluer le risque sanitaire. **Il doit aussi demander à des juristes d'évaluer le risque juridique d'atteintes aux droits fondamentaux**. Le défaut de cette double évaluation, rend un véritable contrôle de proportionnalité impossible. **En Allemagne, les juristes, dont la place est centrale, sont nombreux à veiller de façon très attentive au respect des libertés. Particulièrement à ce que les mesures prises pour lutter contre la pandémie ne bouleversent pas les équilibres institutionnels. C'est pour cela que le gouvernement fédéral n'a jamais évoqué la possibilité de recourir à l'état d'urgence.**

## L'évaluation quasi-inexistante des risques juridiques.

L'évaluation des risques d'un régime d'exception sur les libertés et l'état de droit requiert au minimum de bien connaître ;

– **Les textes protecteurs des droits fondamentaux**, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international, pour la définition des droits risquant d'être restreints et du rappel de leurs garanties.

– **Le principe d'indivisibilité des droits** qui procède de la Déclaration universelle des droits fondamentaux du 10 décembre 1948 signifie que tous les droits qu'elle contient sont interdépendants et d'égale importance et qu'aucun d'eux ne peut prospérer aux dépens des autres.

La maîtrise du principe d'indivisibilité est indispensable au contrôle du respect du principe de proportionnalité.

C'est donc aux juristes ayant une expertise en droits fondamentaux, que doit être confiée cette évaluation. **Néanmoins aucune autorité compétente en matière de protection des droits fondamentaux n'a été consultée.**

Seul l'a été le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE). Mais son objet n'est pas la sauvegarde des droits fondamentaux. En revanche, ni l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH), qui assure, auprès du gouvernement et du Parlement un rôle de conseil et de proposition concernant les droits fondamentaux, ni celui du Défenseur des droits, chargé de défendre les droits des citoyen(ne)s face aux administrations n'ont été requis. Pas davantage celui d'experts spécialisé(e)s en droits fondamentaux (professeure(s) ou avocat(e)s).

### L'évaluation du risque sanitaire.

Le Conseil scientifique Covid-19 a été créé le 11 mars 2020 à la demande du Président de la République « *pour éclairer la décision publique dans la gestion de la situation sanitaire liée au coronavirus* », Voici ce qui ressort de ces avis de mars 2020.

#### ■ Sur la définition du risque.

Dans son premier avis du 12 mars 2020, après avoir défini les catégories de personnes risquant de développer une forme grave de Covid-19 (âge, comorbidité, ALD, autres facteurs...), il évalue leur nombre à 17 millions et le risque de surmortalité de 0,5 à 1% de la population « *due à la saturation des services de réanimation* » si on laisse le virus se propager. Aussi le Conseil scientifique indique : « *Si l'on veut éviter la saturation des services de réanimation et la mortalité, il faut réduire encore davantage les contacts avec des mesures plus contraignantes pour que l'épidémie s'éteigne.* ». Cet impératif sera souligné dans ses avis ultérieurs, celui du 23 mars 2020 spécifiant, à propos du CFG : « *le Conseil scientifique rappelle que cette intervention vise en premier lieu à soulager les services de réanimation français, en réduisant le nombre de formes graves nécessitant un séjour en service de réanimation.* »

#### ■ Les mesures proposées, hors CFG.

Dans ses avis des 12 et 14 mars 2020, le Conseil scientifique **ne retient le confinement que pour les personnes à risque**, en particulier les « *plus de 70 ans, et des personnes médicalement fragiles* ». Ce confinement doit être « adapté et renforcé ». Il propose, aussi **l'application de mesures barrières, la limitation à certains seuils des regroupements, la fermeture des lieux ouverts au publics.**

Son avis du 16 mars 2020, indique : « *Pour les personnes les plus fragiles, le Haut conseil de la santé publique a émis samedi 14 mars 2020, des recommandations permettant d'assurer une protection maximum pour ces personnes. Le Conseil scientifique rappelle l'importance de ces recommandations qui doivent être appliquées strictement* ».

Mais le 16 mars, le confinement forcé a été appliqué à toute la population, avec l'aval du Conseil scientifique.

#### ■ La position du Conseil scientifique sur le CFG.

Selon son avis du 12 mars 2020, il indique : « *Les mesures très contraignantes implémentées en Chine ont permis de contenir l'épidémie. Il est possible que des mesures moins contraignantes soient suffisantes (...)* Tout dépendra de l'adhésion de la population aux mesures de contrôle (...). Par son avis du 14 mars 2020 le Conseil scientifique rappelle qu'il a formulé plusieurs mesures « *afin de restreindre davantage la vie sociale tout en préservant la vie économique et les activités essentielles du pays* ». **Il ne retient pas, parmi elles, le CFG.** Mais, dans son avis du 16 mars 2020, le Conseil scientifique propose aux décideurs politiques : « *Pour la population métropolitaine dans son ensemble, la mise en œuvre d'un confinement généralisé strict sur le modèle de l'Italie, mis en place au niveau national sur l'ensemble de la population française* ». Puis, dans son avis du 23 mars 2020, il déclare : « (...) Des

*analyses (...) font apparaître, à partir de données des 16 et 17 mars, des profils a priori inégalement réceptifs aux mesures de confinement (...). Ils justifient une communication plus spécifiquement orientée vers le respect du confinement.»*

#### ■ La position du Conseil scientifique sur les élections municipales.

Dans ses avis des 12 et 14 mars, le Conseil scientifique se prononce pour leur tenue. Puis, dans son avis du 16 mars 2020, après le premier tour des élections, il se prononce contre la tenue du second tour.

## LES MESURES GOUVERNEMENTALES.

### Les premières mesures.

Par arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, le ministre de la santé a notamment ; Fermé les lieux accueillant du public non indispensables à la vie de la Nation tels que les cinémas, bars ou discothèques ; (...) commerces sauf ceux présentant un caractère indispensable comme les commerces alimentaires, pharmacies, banques, stations-services ou de distribution de la presse ; Interdit les rassemblement de plus de 100 personnes ; suspendu l'accueil dans les établissements d'enseignement primaire, secondaire et supérieur.

**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 prévoit** « (...) *est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, (...) en évitant tout regroupement [sans définition dans le texte non plus que dans le Décret du 23.03.20, qui l'a remplacé] de personnes : 1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ; 2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé (...); 3° Déplacements pour motif de santé ; 4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ; 5° Déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie. Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions. »*

### La loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020.

#### ■ Elle met en œuvre un « état d'urgence sanitaire », plus sévère que l'état d'urgence issu de la loi de 1955, qui le précédait.

La loi applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021, prévoit que l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres sur tout ou partie du territoire métropolitain et du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie, *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* (et non pas « la vie de la nation » comme stipulé aux conventions internationales). Alors que la prolongation de l'état d'urgence sécuritaire de 1955 était soumise à l'autorisation du Parlement au-delà de douze jours, celle de la loi d'urgence sanitaire n'y est soumise qu'au-delà d'un mois. Mais l'état d'urgence sanitaire a été déclaré **pour deux mois, soit jusqu'au 24 mai 2020, sans intervention du Parlement au terme d'un mois. Et déjà un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire de deux mois, jusqu'au 24 juillet 2020, doit être examiné la semaine du 4 mai au Parlement.**

### ■ Le contrôle de constitutionnalité a été neutralisé.

Un contrôle préalable de la loi d'urgence sanitaire ne pouvait intervenir que sur saisine des Présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et de soixante parlementaires. Ils se sont abstenus. De plus, pour prévenir un contrôle constitutionnel a posteriori, une loi organique du 30 mars 2020, *pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, a été adoptée, prévoyant la suspension des transmissions de QPC au Conseil constitutionnel, du 30 mars 2020 au 30 juin 2020. Cette dernière pouvait être jugée inconstitutionnelle, pour ne pas avoir respecté le délai prévu pour son adoption (article 61-1 de la Constitution) et méconnu l'exigence pour le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, de se prononcer dans un délai déterminé (article 46 alinéa 2 de la Constitution).

Mais, le 26 mars 2020, le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi constitutionnelle, précisant que la suspension des délais « *ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période* ». Il n'empêche que la Cour européenne, saisie sur la conformité des dispositions de la loi d'urgence sanitaire à la CEDH, pourrait juger qu'il n'existe plus de possibilité de recours effectif en droit interne contre ses dispositions et dès lors, retenir directement sa compétence. Dans cette perspective, il est conseillé à tou(te)s les requérant(e)s de viser, dans leurs écritures devant les juridictions internes et internationales, les articles 4 du PIDCP, 15 de la CEDH et 52 de la CDFUE.

### Les effets des mesures gouvernementales sur les droits fondamentaux.

L'arrêté du 14 mars 2020, contenant des mesures strictement limitées dans le temps, qui, par comparaison avec celles adoptées dans d'autres pays européens n'ayant pas appliqué le CFG, peuvent répondre aux exigences du principe de proportionnalité, les effets ne sont pas le sujet principal du présent Communiqué. Ce n'est pas du tout le cas, en revanche, pour les atteintes à ces droits découlant de l'application du CFG.

### Un but légitime impose des moyens légitimes.

L'adoption du CFG, montre que **cette méthode venue d'un État non démocratique** qui ne repose pas sur les droits fondamentaux **ne peut être transposée dans une société démocratique, sans faire tomber les unes après les autres, les garanties légales qui assurent sa pérennité**. En effet, en raison de l'ampleur des atteintes au droits fondamentaux, qu'il provoque, recourir au CFG implique d'ignorer la première et plus importante de ces garanties ; le principe de proportionnalité.

C'est précisément ce qu'a fait l'État français. Sans recherche d'un équilibre entre expertise scientifique et expertise juridique, toute solution a été examinée au travers du seul prisme du risque sanitaire.

Ainsi **l'opportunité d'un CFG n'a été appréhendée**, comme l'indique le Conseil scientifique, **qu'à l'aune des réactions à cette mesure de la population**. À partir du moment où elle a semblé être tolérée, sa pertinence, relative aux libertés n'a pas été questionnée. En outre, le gouvernement n'a pas tenu compte des avis réitérés du Conseil scientifique, pour un confinement adapté et renforcé des personnes à risques. Ces dernières ont donc fait l'objet du CFG commun à l'ensemble de la population. **Ce qui expose certaines d'entre elles, à des situations plus critiques que celles où elle se trouvaient, avant le CFG**. Soit du fait de la perte du soutien des aidant(e)s et des proches et d'un accès aux soins restreint. Soit, au contraire, pour avoir dû rester confinées au sein de leur famille, avec les risques de contamination que cela comporte, faute de mise à disposition d'autres lieux, adaptés, où elles puissent être protégées. Dans ce contexte, **la possibilité de limiter l'isolement aux seules personnes à risques n'a pas été explorée, pendant la période où la probabilité d'une contamination était la plus forte, comme une alternative au CFG** (c'est le choix fait par la Suède où le 30 avril 2020, pour une population de 10 313 447 personnes, on dénombrait, 2 586 morts, pour 24 085 en France).

Au lieu de cela, le résident de la République, le 13 avril 2020, puis le président du Conseil scientifique, le 15 avril, **ont annoncé que le confinement allait être levé pour toute la population sauf les personnes âgées, sans précision de durée ni de contrainte.** Cette annonce a suscité crainte et courroux des seniors. À juste titre, nul n'a envie de subir indéfiniment le confinement forcé. Cette hypothèse a donc été délaissée. Mais, si une protection spécifique n'est toujours pas prévue pour les personnes à risques, le déconfinement risque d'accroître leur possibilité d'être contaminées, ce qui peut leur être fatal.

Aussi la levée du CFG prévue pour le 11 mai 2020, est désormais présentée comme progressive, inégalement répartie sur tout le territoire, voire réversible. Ce qui, bien sur, a « justifié » **un projet de loi, qui doit être examiné la semaine du 4 mai au Parlement, prorogeant l'état d'urgence sanitaire de deux mois, jusqu'au 24 juillet 2020 et différant d'autant le retour à l'État de droit.**

Cela démontre au plus fort que le confinement forcé doit purement et simplement être abandonné, partout et pour tous. Y compris pour les personnes pour lesquelles le risque léthal est certain. Si leur droit à la vie doit bien être assuré, ce n'est pas par la claustration et l'opposition des générations, mais de nouveau par l'application du principe de proportionnalité. **L'isolement salubre doit être appliquée dans le respect de la dignité des personnes concernées** (priorité au consentement, risque certifié médicalement sans critère d'âge, contacts sécurisés maintenus avec quelques proches, accès prioritaire aux soins, déplacements libres hors regroupement, lieux dédiés et agréables pour les personnes qui ne peuvent rester chez elle, garantie d'emploi, aides matérielles si nécessaire). Ce qui est parfaitement possible, surtout si on libère du CFG, à leur service, le potentiel humain et matériel de la population entière.

### **Sociétés démocratiques et non démocratiques : prévenir les risques de contamination.**

La pandémie révèle les fragilités et les failles, individuelles et collectives, cela est vrai aussi pour les démocraties...

En France, le choix du CFG a entraîné une violation de la liberté de circuler et du droit à la vie privée et familiale, sanctionnée par des peines de prison, elles-mêmes contraires aux libertés garanties par la Constitution.

Cette violation, s'ajoutant aux autres dérogations aux droits fondamentaux rendues nécessaires pour lutter contre la pandémie, a engendré à son tour, outre l'annulation des élections municipales, dont la licéité est toujours en débat, d'autres atteintes à ces droits, dont la liste, impressionnante, est examinée au titre du Rapport des IDH.

**Elle a aussi fait basculer le pays dans un régime d'exception, permettant que soient prises de nombreuses mesures aggravant encore les atteintes aux droits fondamentaux.**

Ceci aurait pu être évité si le gouvernement s'était placé dans la perspective offerte par le principe de proportionnalité. La quête des mesures les moins nuisibles aurait permis d'écarter le CFG, dès l'origine. Elle, aurait permis aussi, de mieux anticiper les risques de la pandémie et, peut-être, de se diriger plus tôt vers l'approvisionnement en respirateurs artificiels, tests, gels et masques, et de mieux protéger les personnes à risque et celles soumises à une surexposition professionnelle au virus, à travers des dépistages systématiques.

**L'urgence est désormais, en dépit et en raison de l'immensité des dégâts, de tout faire pour restaurer la démocratie.**

En effet, permettre à l'exécutif de continuer de gouverner sans contrôle des citoyen(ne)s ne peut qu'empirer la situation et y ajouter d'autres dangers, comme l'Histoire nous l'a montré. **La Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée en réaction aux atteintes à la dignité humaine et à la démocratie perpétrées pendant la Seconde Guerre mondiale, souvenons-nous-en.** L'instauration d'un régime d'exception n'est une réponse ni à l'urgence sociale, ni à l'urgence écologique, ni à l'urgence

économique, qui pourraient suivre l'urgence sanitaire. Au contraire, **ces défis nécessitent une mobilisation libre consciente et volontaire de l'ensemble de la population et de ses institutions. Cela passe par réappropriation des droits fondamentaux par les individus.**

**Aussi, il convient de faire en sorte que :**

- 1°/ Le CFG, dicté par la panique, soit complètement abandonné, dans les délais les plus brefs.
- 2°/ Une protection efficace soit assurée pour les personnes à risque dans le strict respect de leurs droits (priorité au consentement, risque certifié médicalement sans critère d'âge prédéterminé).
- 3°/ La loi d'urgence sanitaire soit abrogée, car inutile (si nécessaire, le droit interne et la CEDH permet des restrictions aux droits fondamentaux, pour atteindre des buts légitimes et proportionnés, sans y recourir).
- 4°/ Les mesures prises en application de l'état d'urgence soient toutes supprimées, au besoin, au profit d'autres mesures, prises par les voies légales ordinaires, en tenant compte des exigences de santé publique comme des droits et libertés fondamentales.

#### **Pour rappel.**

##### **■ Art. 15 al. 1 et al. 3 CEDH - Dérogation en cas d'état d'urgence.**

1. **En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.**

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de **dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé** des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

##### **■ Article 52 al. 1 CDFUE - Portée et interprétation des droits et des principes.**

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte **doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général** reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

##### **■ Article 4 al. 1, 2 et 3 PIDCP.**

1. **Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation** et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte **peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations** que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies, **signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation.** Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.



© Noëlle Herrenschmidt - Watercolour reporter

## WITH REGARD TO INTERNATIONAL CONVENTIONS, IS GENERAL FORCED CONFINEMENT LEGAL?

*France's disregard of the principle of proportionality.*

**Presentation of the IDHBP and IDHAE Report**

Published May 3, 2020

## HEALTH EMERGENCY AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.

*“Knowing what must be done does away with fear.”* Rosa Parks (1913-2005)

### The importance of publicising fundamental rights and their guarantees.

The decree of 16 March 2020, instituting generalised forced confinement (hereafter “CFG”) in France, **has undermined most fundamental rights**. This violation was aggravated and confirmed by the Emergency Health Act No. 2020-290 of 23 March 2020 and its accompanying measures. **It has never been on such a scale since the Second World War.**

Intended to combat the coronavirus pandemic, this attack is, of course, supposed to be temporary. It is in fact accepted in national and international law that even fundamental rights may be restricted **in the event of “public danger threatening the life of the nation”**. **However, individual freedoms are the foundation of a democracy**. It therefore runs a serious risk when they are massively called into question. The harmful effects then induced on all areas of society can be lasting, and **make a regime of exception become the rule**. This is why it seemed essential to the Human Rights Institutes, the Paris Bar Association and European Lawyers (IDHBP and IDHAE) to inform citizens about the **importance of their most supreme rights through a Report**. **Also to question the compatibility of the infringement of these rights with France’s obligations under its Constitution and the principle of proportionality in international law, which limit and control the power of States**. This principle, contained in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 16 December 1966, Article 15 of the European Convention for the Protection of Fundamental Freedoms (ECHR) of 4 November 1950 and Article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFEU) of 7 December 2000, is binding on France, which is a signatory to the Conventions that set it out. It implies, when a State envisages a derogation from fundamental rights, that **it must be strictly proportionate to the danger**. **Otherwise, this derogation and the measures resulting from it are unlawful.**

It is also the case when it has not been the subject of a declaration of derogation to the Secretaries General of the Council of Europe and the United Nations, as is the case for France.

### **The supremacy of all fundamental rights is the basis of the right to life.**

**The question is to know, if in France, priority should not have been given to measures which, while aiming to protect people at risk of death as effectively as possible, allow the country's vital functions to be maintained.**

Other European countries, such as Germany, Switzerland and Sweden, have explored, with benefit, alternatives to the CFG, which are less detrimental to liberties and have a lower number of deaths than in France, in relation to their population.

It has certainly been argued that the CFG could not be ruled out in European countries with a Latin culture, where the population is “undisciplined” and “tactile”. But the United Kingdom, which succeeded, in order of entry into the CFG, Italy, Spain and then France, which, have the highest excess mortality due to the pandemic in the world, behind the United States (for those countries where it can be known with some accuracy...), has since 30<sup>th</sup> April, 2020, been ranked just behind Italy, in this sinister score.

Moreover, the supposed indiscipline of the Mediterranean populations does not justify, in a democratic society, the considerable extent of the violations of fundamental rights by the CFG. Indeed, it follows from the principle of indivisibility of these rights that **the right to life only makes sense if it fully allows the exercise of other rights, attached to human dignity**. This is why René Cassin, one of the main drafters of the Universal Declaration of December 10, 1948, stated: “*The right to life, yes, but not to just any life!*”.

### **URGENCY DOES NOT DISPENSE WITH AN EFFECTIVE PROPORTIONALITY CHECK.**

Insofar as the derogation from fundamental rights must be strictly proportionate to the threat, it must be clearly defined. The restriction must be limited in time, space and specify the rights and persons concerned.

Given the terms of Articles 4 PICDP, 15 ECHR and 52 CFEU - **urgency does not dispense with an effective proportionality check, prior to the exercise of a derogation from its treaty obligations, by a State Party**. Therefore, when faced with a health emergency, a State cannot rely exclusively on scientists to assess the health risk. **It must also call on legal experts to assess the legal risk of infringements of fundamental rights**. The lack of this dual assessment makes a genuine proportionality check impossible. **In Germany, many lawyers, whose role is central, are very attentive to ensuring that freedoms are respected. In particular, it is important to ensure that the measures taken to combat the pandemic do not upset the institutional balance. That was why the Federal Government had never raised the possibility of resorting to a state of emergency.**

### **The virtually non-existent assessment of legal risks.**

Assessing the risks of a regime of exception on freedoms and the rule of law requires at least a good knowledge of:

- **The conventions protecting fundamental rights**, both in the domestic and international order, for the definition of rights that are likely to be restricted and the recall of their guarantees.
- **The principle of indivisibility of rights**, which derives from the Universal Declaration of Fundamental Rights of 10 December 1948, means that all the rights it contains are interdependent and of equal

importance and that none of them can prosper at the expense of the others. Mastery of the principle of indivisibility is indispensable for monitoring compliance with the principle of proportionality.

It is therefore for lawyers with expertise in fundamental rights to carry out this assessment. **However, no authority competent to protect fundamental rights has been consulted.**

Only the National Consultative Ethics Committee (CCNE) was consulted. However, its purpose is not to safeguard fundamental rights. On the other hand, neither the opinion of the National Consultative Commission on Human Rights (CNC DH), which advises the Government and Parliament on fundamental rights, nor that of the Human Rights Ombudsman, who is responsible for defending the rights of citizens in their dealings with the authorities, has been sought. Nor that of experts specialized in fundamental rights (professors or lawyers).

### Health risk assessment.

The Covid-19 Scientific Council was created on 11 March 2020 at the request of the President of the Republic *“to inform public decision-making in the management of the health situation related to the coronavirus”*. Here is what emerges from its opinions of March 2020.

#### ■ On the definition of risk.

In its first opinion of 12 March 2020, after defining the categories of people at risk of developing a serious form of COVID-19 (age, comorbidity, ALD, other factors...), it estimates their number at 17 million and the risk of excess mortality of 0.5 to 1% of the population *“due to saturation of the intensive care units”* if the virus is allowed to spread. The Scientific Council therefore states: *“If we want to avoid the saturation of the intensive care units and mortality, contacts must be further reduced with more restrictive measures in order to extinguish the epidemic”*. This imperative will be underlined in its subsequent opinions, the one of 23 March 2020 specifying, with regard to the CFG: *“the Scientific Council recalls that this intervention aims first and foremost to relieve the French resuscitation services, by reducing the number of serious forms requiring a stay in the resuscitation service.”*

#### ■ The proposed measures, outside the GFC.

In its opinions of 12 and 14 March 2020, the Scientific Council **only retains containment for persons at risk**, in particular *“over 70 years of age, and medically fragile persons”*. This containment must be *“adapted and reinforced”*. It also proposes **the application of “barrier measures”, the limitation of groupings to certain thresholds and the closure of places open to the public.**

Its opinion of 16 March 2020 states: *“For the most vulnerable people, the High Council of Public Health issued recommendations on Saturday 14 March 2020 to ensure maximum protection for these people. The Scientific Council recalls the importance of these recommendations which must be strictly applied”*.

However, on 16 March, forced confinement was applied to the entire population, with the approval of the Scientific Council.

#### ■ The Scientific Council's position on the GFC.

According to his opinion of 12 March 2020, he states: *“The very restrictive measures implemented in China have made it possible to contain the epidemic. It is possible that less restrictive measures will be sufficient (...) Everything will depend on the population's adherence to the control measures (...)”* In its opinion of 14 March 2020, the Scientific Council recalls that it formulated several measures *“in order to further restrict social life while preserving the economic life and essential activities of the country”*. It does not include the CFG among them. However, in its opinion of 16 March 2020, the

Scientific Council proposes to political decision-makers: *“For the metropolitan population as a whole, the implementation of strict generalised containment on the model of Italy, implemented at national level for the entire French population”*. Then, in its opinions of 23 March 2020, it states: (...) *“Analyses (...) based on data from 16 and 17 March show a priori profiles that are unequally receptive to containment measures (...) They justify communication more specifically oriented towards compliance with containment”*.

#### ■ The position of the Scientific Council on the municipal elections.

In its opinions of 12 and 14 March, the Scientific Council decided in favor of holding them. Then, in its opinion of 16 March 2020, after the first round of elections, it decides against holding the second round.

## GOVERNMENT ACTION.

### Initial measures.

**By decree of 14 March 2020 on various measures relating to the fight against the spread of the covid-19 virus**, the Minister of Health has in particular: Closed places open to the public that are not essential to the life of the nation such as cinemas, bars or discotheques; (...) shops except those of an essential nature such as food shops, pharmacies, banks, service stations or press distribution; Prohibited gatherings of more than 100 people; Suspended reception in primary, secondary and higher education establishments.

**Decree No. 2020-260 of 16 March 2020 regulating travel as part of the fight against the spread of the covid-19 virus provides that** *“(...) until 31 March 2020, it is forbidden to move any person outside his or her home except for the following reasons, (...) by avoiding any gathering [without definition in the text or in the Decree of 23.03. 20, which replaced it] of persons : (1) journeys between the home and the place or places where the professional activity is carried on and professional journeys that cannot be postponed; (2) journeys to make purchases of supplies necessary for the professional activity and purchases of basic necessities in establishments whose activities remain authorized by order of the Minister responsible for health (...); (3) travel for health reasons; (4) travel for compelling family reasons, for the assistance of vulnerable persons or for child care; (5) short trips, near the home, related to the individual physical activity of persons, excluding any collective sports practice, and to the needs of pets. Persons wishing to benefit from one of these exceptions must, when travelling away from home, provide themselves with a document enabling them to justify that the journey in question falls within the scope of one of these exceptions.”*

### The health emergency law of 23 march 2020.

■ It implements a “state of health emergency”, which is more severe than the state of emergency resulting from the law of 1955, which preceded it.

The law applicable until 1 April 2021, provides that a state of emergency shall be declared by decree in the Council of Ministers over all or part of metropolitan territory and the territory of the communities governed by articles 73 and 74 of the Constitution and New Caledonia, in the event of a health disaster endangering, by its nature and seriousness, the health of the population (and no longer “the life of the nation” as stipulated in international conventions).

While the extension of the 1955 state of security emergency was subject to the authorization of Parliament beyond 12 days, the extension of the emergency health law is subject to it only beyond one month. However, the state of health emergency was declared **for two months, i.e. until 24 May 2020, without parliamentary intervention after one month.**

### ■ The constitutionality review has been neutralised.

A prior review of the emergency health law could only be carried out on referral by the Presidents of the National Assembly, the Senate and sixty members of parliament. They abstained. Moreover, to prevent an ex post constitutional review, an organic law of 30 March 2020, to deal with the covid-19 epidemic, was adopted, providing for the suspension of constitutional recourse (“QPC”) to the Constitutional Council from 30 March 2020 to 30 June 2020. The latter could be deemed unconstitutional, for not having respected the deadline for its adoption (Article 61-1 of the Constitution) and disregarded the requirement for the Constitutional Council, seized of a QPC, to give its opinion within a specified period (Article 61-1 of the Constitution).

However, on 26 March 2020, the Constitutional Council declared this law constitutional, specifying that the suspension of deadlines “*does not call into question the exercise of this appeal or prohibit the ruling on a priority question of constitutionality during this period*”. Nevertheless, the European Court, seized on the conformity of the provisions of the Emergency Health Act with the ECHR, could rule that there is no longer any possibility of effective remedy under domestic law against its provisions and therefore directly retain its jurisdiction. In this perspective, all applicants are advised to refer, in their submissions to domestic and international courts, to Article 4 of the ICCPR, Article 15 of the ECHR and Article 52 of the CFEU.

### The effects of government measures on fundamental rights.

The decree of 14 March 2020, containing measures that are strictly limited in time and which, in comparison with those adopted in other European countries that have not applied the GFC, may meet the requirements of the principle of proportionality, its effects are not the main subject of this Communiqué. This is not the case, however, for infringements of these rights arising from the application of the GFC.

### A legitimate purpose requires legitimate means.

The adoption of the GFC shows that **this method, which originated in China, cannot be transposed into a democratic society without successively undermining the legal guarantees that ensure its durability**. Indeed, because of the extent of the violations of fundamental rights that it causes, resorting to the GFC without nuances implies ignoring the first and most important of these guarantees; the principle of proportionality. This is precisely what the French State has done. Without seeking to strike a balance between scientific and legal expertise, any solution has been examined solely through the prism of the health risk.

Thus, **the appropriateness of a CFG was only apprehended**, as the Scientific Council indicates, **on the basis of the reactions of the population to this measure**. From the moment it seemed to be tolerated, its relative relevance to fundamental rights was not questioned. Moreover, the government has not taken into account the repeated opinions of the Scientific Council, for an adapted and reinforced containment of persons at risk. These people have therefore been subject to the GFC common to the whole population. It exposes some of them to more critical situations than before the GFC, due to the loss of support from caregivers and relatives and restricted access to care. Or, on the contrary, because they are obliged to stay confined with their family, with risk of contamination, because no other place has been found to protect them.

In this context, **the possibility of limiting isolation to only those at risk has not been explored, during the period when the probability of contamination was highest, as an alternative to the CFG** (this is the choice made by Sweden, where on 30<sup>th</sup> April, 2020, for a population of 10,313,447 people, there were 2,586 deaths, compared with 24,085 in France).

Instead, the President of the Republic on 13<sup>th</sup> April 2020, then the président of Scientific Council's, on 15<sup>th</sup> Avril, announce that confinement **will be lifted for all the population but the older people person, without any precision about duration nor constraint.** This announcement causes fear and anger des seniors. A juste titre, nul n'a envie de subir indéfiniment le confinement forcé. Cette hypothèse a donc été délaissée. Mais, si une protection spécifique **n'est toujours pas prévue** pour les personnes à risques, le déconfinement risque d'accroître leur possibilité d'être contaminées, ce qui peut leur être fatal. Aussi la levée du CFG prévue pour le 11 mai 2020, est désormais présentée comme progressive, inégalement répartie sur tout le territoire, voire réversible. This situation has, of course, "justified" **a proposed legislation which must be discussed during the week beginning 4<sup>th</sup> May before the Parliament, extending the state of health emergency by two months, until 24 July 2020, and delaying the return to state under the rule of law.**

**This shows even more that the forced confinement must be abandoned everywhere and for everybody.** Included pour les personnes pour lesquelles le risque légal est certain. Si leur droit à la vie doit bien être assuré, ce n'est pas par la claustration et l'opposition des générations, mais de nouveau par l'application du principe de proportionnalité. **L'isolement salubre must be applied with respect for the dignity of the persons concerned** (priority to consent, medically certified risk with no age criterion, secure contact with a few relative, accès prioritaire aux soins, déplacements libres hors regroupement, lieux dédiés et agréables pour les personnes qui ne peuvent rester chez elle, garantie d'emploi, aides matérielles si nécessaire). It is absolutely possible, surtout si on libère du CFG, à leur service, the human and material resources, of the whole population. **This situation, of course, had "justified" a proposed legislation wich must be discussed during the week beginning 4<sup>th</sup> May before the Parliament, extending the state of health emergency by two months, until 24 July 2020, wich postpone the return to.**

### **Democratic and non-democratic societies: preventing the risks of contamination.**

The pandemic reveals the fragilities and flaws, both individual and collective, which is also true for democracies...

The choice of the CFG resulted in a violation of freedom of movement and the right to private and family life, punishable by prison sentences, which are themselves contrary to the freedoms guaranteed by the Constitution.

This violation, in addition to the other derogations to fundamental rights made necessary to combat the pandemic, has in turn led, in addition to the cancellation of the municipal elections, the legality of which is still being debated, to other violations of these rights, an impressive list of which is examined in the Human Rights Institutes Report.

**It has also pushed France into a regime of exception, allowing many measures to be taken that further aggravate the violations of fundamental rights.**

All this could have been avoided if the government had placed itself in the perspective offered by the principle of proportionality. The quest for the least harmful measures would have made it possible to eliminate the CFG, from the beginning. It would have made possible to anticipate the risks of the pandemic as well as possible, and maybe, to move earlier towards the supply of gels, masks and tests and to better protect people at risk like those of occupational overexposure to the virus, through systematic screening. **It is now urgent, despite and because of the immense damage, to do everything possible to restore democracy.**

Indeed, allowing the executive to govern without any control of citizens can only make the situation worse and add other dangers, as history has shown us). **The Universal Declaration of Human Rights was adopted in response to the attacks on human dignity and democracy perpetrated during the Second**

**World War, let us remember.** The establishment of an uncontrolled derogation regime is a response neither to the social emergency, nor to the ecological emergency, nor to the economic emergency, which could follow the health emergency. On the contrary, **these challenges require a free, conscious and voluntary mobilisation of the entire population and its institutions. This requires the reappropriation of fundamental rights by individuals.**

**It is therefore necessary to ensure that:**

- 1°/ The CFG be completely abandoned in the shortest time.
- 2°/ Effective protection be ensured for people at risk in strict respect of their rights (priority to consent, medically certified risk without age criteria).
- 3°/ The Emergency Health Act no. 2020-290 of 23 March 2020 be abrogated as unnecessary (if necessary, the ECHR allows restrictions to fundamental rights, to achieve legitimate and proportionate goals, without resorting to them).
- 4°/ The measures taken in application of the state of emergency are all abolished in the absence of effective control of proportionality, if necessary to the benefit of other measures, taken through ordinary legal channels, taking into account the public health requirements and the fundamental rights and freedoms.

**For reminder.**

■ **Article 15 ECHR - Derogation in time of emergency**

**1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.**

3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.

■ **Article 52 CFREU - Scope of guaranteed rights**

1. Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter **must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest** recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

■ **Article 4 ICCPR**

**1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations** under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs I and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.

3. Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation **shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated.**

A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.

# Sommaire

---

<b>Présentation du Rapport de l’IDHBP et de l’IDHAE</b> .....	2
---	---

## **Abstract du 3 mai 2020** *en français*

<b>AU REGARD DES CONVENTIONS INTERNATIONALES, LE CONFINEMENT FORCÉ GÉNÉRAL EST-IL LÉGAL ?</b> .....	4
---	---

<b>L'URGENCE SANITAIRE ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.</b> .....	4
--	---

La connaissance des droits fondamentaux et de leurs garanties est indispensable. ....	4
---	---

La suprématie de tous les droits fondamentaux est le support du droit à la vie. ....	5
--	---

<b>L'URGENCE NE DISPENSE PAS D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EFFECTIF.</b> ..	5
---	---

L'évaluation quasi-inexistante des risques juridiques. ....	5
---	---

L'évaluation du risque sanitaire. ....	6
--	---

<b>LES MESURES GOUVERNEMENTALES.</b> .....	7
--	---

Les premières mesures. ....	7
-----------------------------	---

La loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020. ....	7
--	---

Les effets des mesures gouvernementales sur les droits fondamentaux. ....	8
---	---

Un but légitime impose des moyens légitimes. ....	8
---	---

Sociétés démocratiques et non démocratiques : prévenir les risques de contamination. ....	9
---	---

Pour rappel. ....	10
-------------------	----

## **Abstract May 3, 2020** *in english*

<b>WITH REGARD TO INTERNATIONAL CONVENTIONS, IS GENERAL FORCED CONFINEMENT LEGAL?</b> .....	11
---	----

<b>HEALTH EMERGENCY AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.</b> .....	11
---	----

The importance of publicising fundamental rights and their guarantees. ....	11
---	----

The supremacy of all fundamental rights is the basis of the right to life. ....	12
---	----

<b>URGENCY DOES NOT DISPENSE WITH AN EFFECTIVE PROPORTIONALITY CHECK.</b> ...	12
---	----

The virtually non-existent assessment of legal risks. ....	12
--	----

Health risk assessment. ....	13
------------------------------	----

<b>GOVERNMENT ACTION.</b> .....	14
---------------------------------	----

Initial measures. ....	14
------------------------	----

The health emergency law of 23 march 2020. ....	14
---	----

The effects of government measures on fundamental rights. ....	15
--	----

A legitimate purpose requires legitimate means. ....	15
--	----

Democratic and non-democratic societies: preventing the risks of contamination. ....	16
--	----

For reminder. ....	17
--------------------	----

## PREMIÈRE PARTIE

<b>L'urgence sanitaire ne peut porter atteinte aux droits fondamentaux que dans la stricte mesure où la situation l'exige.</b> .....	28
--	----

## TITRE I. LES CONDITIONS DU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ. .... 29

## Chap I. Présentation : l'urgence sanitaire en France au regard du principe de proportionnalité. .... 29

- |  |    |
|--|----|
| A. L'importance de faire connaître les droits fondamentaux et les garanties qui s'y attachent. . . | 29 |
| B. La suprématie de tous les droits fondamentaux est le support du droit à la vie. ....            | 29 |

## Chap II. L'urgence ne dispense pas d'un contrôle de proportionnalité effectif. .... 30

- |   |    |
|---|----|
| A. La proportionnalité requiert de rapprocher les risques sanitaires des risques juridiques. .... | 30 |
| B. L'évaluation des risques sanitaires. ....  | 31 |
| C. L'évaluation quasi inexistante des risques juridiques. ....                                    | 35 |

## Chap III. Sociétés démocratiques et non démocratiques : les risques de contamination. .... 37

- |  |    |
|--|----|
| A. Les libertés individuelles sont le fondement d'une société démocratique. ....   | 37 |
| B. Une société non démocratique ne repose pas sur les libertés individuelles. .... | 40 |

## TITRE II. LE CONTRÔLE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ. .... 41

## Chap I. Les contrôles en droit interne. .... 41

- |                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| A. Le Conseil Constitutionnel. .... | 41 |
|-------------------------------------|----|

## Chap II. Les contrôles en droit européen. .... 44

- |   |    |
|---|----|
| A. Le Conseil de l'Europe. ....   | 44 |
| B. Les mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux propres à l'Union européenne (UE). .... | 50 |
| C. Le choix entre la saisine de la Cour EDH et la CJUE. ....                                    | 65 |

## Chap III. Les contrôles en droit international. .... 67

- |   |    |
|---|----|
| A. Le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP du 16 décembre 1966). .... | 67 |
| B. Les Principes de Syracuse du 28 septembre 1984. ....   | 69 |
| C. Lois et Conventions internationales sur la bioéthique. ....                                  | 72 |
| D. Les prescriptions de l'OMS pour le respect du principe de proportionnalité. ....             | 77 |

## SECONDE PARTIE

<b>Une atteinte massive aux droits fondamentaux fait courir un grave péril à la France.</b> .....	79
<b>TITRE I. LA GENÈSE DE LA LOI SUR L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE DE 2020.</b> .....	80
<b>Chap I. État d'urgence, les précédents français.</b> .....	80
A. Chronologie et fondements des précédents sous la V <sup>e</sup> République. ....	80
B. La loi du 20 novembre 2015 - De l'urgence née de la guerre à l'urgence sécuritaire. ....	81
<b>Chap II. L'urgence sanitaire : les premiers textes restrictifs des libertés.</b> .....	84
A. L'arrêté du 14 mars 2020 NOR : SSAZ2007749A (JORF n° 0064 du 15 mars 2020). ....	84
B. Le décret du 16 mars 2020 n° 2020-260 : PRMX2007858D (JO du 17.03.2020). ....	84
<b>TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.</b> .....	85
<b>Chap I. Les droits civils et politiques.</b> .....	85
A. Les instruments de protection de ces droits. ....	85
B. Droit à un procès équitable. ....	87
C. Droit à la vie privée et familiale. ....	92
D. Droit à manifestation des libertés de pensée, de conscience et de religion. ....	95
E. La liberté d'expression et d'opinion. ....	102
F. Droit à la liberté de réunion ou d'association. ....	104
G. Droit à la liberté de circulation. ....	107
<b>Chap II. Les droits économiques, sociaux et culturels.</b> .....	113
A. Les instruments de protection de ces droits. ....	113
B. Droit à la santé. ....	113
C. Droit au travail. ....	118
D. Droit à l'éducation. ....	129
E. Droit de prendre part librement à la vie culturelle. ....	141
F. Droit à la liberté d'entreprendre. ....	142

## TROISIÈME PARTIE

**Une atteinte durable aux droits fondamentaux ?****La loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire. .... 144****TITRE I. LA LOI N° 2020-290 DU 23 MARS 2020 -****DE L'URGENCE SÉCURITAIRE À L'URGENCE SANITAIRE. .... 145****Chap I. La loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 -****NOR : PRMX2007883L. .... 145****Chap II. Absence de saisine du Conseil constitutionnel. .... 145****Chap III. La loi organique du 30 mars 2020, pour faire face à l'épidémie de Covid-19,****et saisine du Conseil constitutionnel. .... 146****TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI. .... 147****Chap I. Les atteintes aux libertés reconduites, voire amplifiées. .... 147****A. Droits civils et politiques. .... 148****B. Droits économiques sociaux et culturels. .... 154****Chap II. Les nouvelles atteintes aux libertés. .... 154****A. Droits civils et politiques. .... 154****Chap III. Le risque que l'état d'urgence génère l'état d'urgence. .... 166****A. L'état d'urgence sanitaire peut-il devenir un état d'urgence statutaire ? .... 166****B. L'état de la France après le confinement forcé généralisé (CFG). .... 167**

## QUATRIÈME PARTIE

<b>La question de la proportionnalité reste posée.</b> .....	168
--	-----

<b>TITRE I. CONNAISSANCES SUR LE VIRUS ET MOYENS POUR LE COMBATTRE.</b> .....	169
---	-----

<b>Chap I. Les moyens mis en œuvre pour combattre la mortalité due au virus.</b> .....	169
--	-----

A. Les prescriptions de l’OMS quant au respect du principe de proportionnalité. ....	169
--	-----

B. Origine du virus et caractéristiques. ....	170
---	-----

<b>Chap II. Les personnes qui risquent de mourir du virus.</b> .....	174
--	-----

A. Les causes répertoriées. ....	174
----------------------------------	-----

B. Garantir une protection complète aux personnes menacées de mort. ....	176
--	-----

<b>Chap III. Les moyens médicaux mis en œuvre (à jour au 20/07/2020).</b> .....	185
---	-----

A. Médicaments chimiques et autres. ....	185
--	-----

B. Les recherches sur de nouveaux médicaments. ....	185
---	-----

C. Tests de détection du virus lui-même. ....	186
---	-----

D. Le délai de découverte et de validation d’un vaccin. ....	187
--	-----

E. Les aspects pluridisciplinaires et critiques. ....	187
---	-----

<b>Chap IV. Crise du coronavirus et aspect juridique de la perte de chance.</b> .....	189
---	-----

<b>TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D’UNE PROPORTIONNALITÉ.</b> .....	190
---	-----

<b>Chap I. La recherche d’une réponse proportionnée.</b> .....	190
--	-----

A. Les dérogations prévues par les articles 4 PIDCP, 15 CEDH et 52 CDFUE. ....	191
--	-----

B. Les restrictions prévues aux articles 6, 7, 8, 9, 10 CEDH. ....	193
--	-----

C. Ce que pourraient être des mesures proportionnées. ....	197
--	-----

<b>Chap II. La nécessité qu’un contrôle de proportionnalité intervienne <i>a posteriori</i>.</b> .....	199
--	-----

A. « Déconfinement » et « reconfinement ». ....	199
---	-----

B. Le contrôle de conventionnalité du CFG en droit interne. ....	212
--	-----

C. Le contrôle de conventionnalité du CFG en droit international à « brefs » delais. ....	217
---	-----

D. Autres précisions sur le déconfinement et le contrôle de proportionnalité. ....	221
--	-----

E. L’intervention des institutions européennes. ....	224
--	-----

F. Statistiques de la surmortalité pour certains pays d’Europe. ....	228
--	-----

## CINQUIÈME PARTIE

<b>Les contributions au Rapport.</b>	230
<b>TITRE I. LES PERSONNES PHYSIQUES.</b>	233
<b>A. Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.</b> Jean-Paul COSTA	233
<b>B. Le droit à l'épreuve de la pandémie.</b> Nicolas HERVIEU	236
<b>C. La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le Coronavirus.</b> Catherine LE BRIS	237
<b>D. Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale.</b> Carole NIVARD	249
<b>E. La portée de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la création d'un « état d'urgence sanitaire » par la loi du 23 mars 2020, en France.</b> Emmanuel DECAUX	253
<b>F. Coronavirus : Liberté Égalité Fraternité ? Loi d'urgence et réfugiés.</b> Jean-Michel BELORGEY	256
<b>G. Faut-il notifier l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe ?</b> Laurent PETTITI	261
<b>H. Pour le 70<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme.</b> Régis de GOUTTES	264
<b>I. Et la Bulgarie face au coronavirus Covid-19.</b> Christina TZITZELKOVA	267
<b>J. Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie « Covid-19 ».</b> Catherine KRIEF-SEMITKO	271
<b>K. La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique.</b> Marc VERDUSSEN	278
<b>L. Grèce : les mesures visant à faire face à la pandémie risquent-elles d'avoir des effets préjudiciables durables ? Le cas des conditions de travail.</b> Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS et Panagiota PETROGLOU	291
<b>M. Le coronavirus aujourd'hui, demain, après-demain.</b> Jean Michel BELORGEY	303
<b>N. Petites observations au sujet de la liberté confinée de circuler.</b> Jérôme BENZIMRA-HAZAN	306
<b>O. Compatibilité des mesures prises pour la prévention du Covid-19 avec la Convention européenne des droits de l'homme.</b> Anton LANA	312
<b>P. Après le Covid-19, un vaccin pour protéger la démocratie.</b> Patrick de FONTBRESSIN	315
<b>Q. La liberté de religion en Allemagne face au Covid-19 et la décision du 10 avril 2020 la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (1 BvQ 28/20).</b> Clara BRETON	318
<b>R. Confinement souple à la japonaise face au coronavirus.</b> Maki KOBAYASHI	320
<b>S. La gestion de la crise sanitaire par l'Allemagne.</b> Marie-Avril ROUX STEINKÜHLER	327
<b>TITRE II. LES PERSONNES MORALES.</b>	329
<b>A. Rapport sur la situation à Haïti au regard des engagements internationaux.</b> CARDH	329
<b>B. Comprendre quelles sont les conséquences du Coronavirus et des mesures prises pour lutter contre l'épidémie sur les personnes et les familles les plus pauvres.</b> ATD Quart Monde	330
<b>C. Les personnes en situation de handicap et leurs familles : oubliées d'une crise ou d'un système ?</b> UNAPEI	336
<b>D. La liberté d'expression à l'épreuve des réponses gouvernementales au Covid-19.</b> UIA	341
<b>E. L'impact de la pandémie dans les activités internationales de la Croix-Rouge.</b> La Croix-Rouge Française	347

## SIXIÈME PARTIE

Autres informations fournies par le Rapport. ....	355
<b>I. PRÉSENTATION DE L'IDHBP ET DE L'IDHAE. ....</b>	<b>356</b>
L'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris .....	356
L'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européenne(s) .....	356
The Institute for Human Rights of Paris Bar .....	357
The Institute for Human Rights of European Lawyers .....	357
<b>II. PRÉSENTATION DES AUTEUR(E)S DU RAPPORT (PARTIES I À IV ET VI). ....</b>	<b>358</b>
Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP). ....	358
Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(ne)s (IDHAE). ....	359
Avocat(e)s au Barreau de Paris. ....	359
Universitaires. ....	359
<b>III. PRÉSENTATION DES CONTRIBUTEUR(E)S (PARTIE V). ....</b>	<b>360</b>
Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP). ....	360
Avocat(e)s d'autres Barreaux français et européens. ....	360
Magistrat(e)s (toutes juridictions nationales et internationales confondues). ....	361
Universitaires. ....	361
Organisations non gouvernementales (ONG). ....	362
<b>IV. BIBLIOGRAPHIE. ....</b>	<b>363</b>
<b>V. PARTENAIRES ET SOUTIENS. ....</b>	<b>371</b>
A. Présentation du Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE .....	371
B. Le Barreau de Paris. ....	373
C. Le Fonds de dotation Barreau de Paris solidarité. ....	373
D. Soutiens externes. ....	374
E. Dons. ....	374
<b>VI. REMERCIEMENTS. ....</b>	<b>376</b>
<b>VII. DIFFUSION DU PRÉ-RAPPORT. ....</b>	<b>378</b>
<b>VIII. RÉPARTITION ET DESCRIPTIF DU TRAVAIL DES CO-AUTEUR(E)S. ....</b>	<b>379</b>
<b>IX. TABLE DES MATIÈRES. ....</b>	<b>385</b>

## SEPTIÈME PARTIE

Sommaire des annexes .....	399
<b>I. Annexes et références documentaires au 30 avril 2020.</b> .....	407
<b>A - CONVENTIONS INTERNATIONALES OU À LEUR PROPOS.</b> .....	407
<b>B - TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES.</b> .....	469
§ 1 - Textes législatifs.....	469
§ 2 - Textes réglementaires.....	482
<b>C - JURISPRUDENCE ET AVIS DES JURIDICTIONS, EN RAPPORT AVEC L'URGENCE SANITAIRE.</b> .....	496
§ 1 - Conseil constitutionnel.....	496
§ 2 - Conseil d'État.....	499
§ 3 - Instances européenne et internationales.....	530
<b>D - RAPPORTS, AVIS ET DÉCLARATIONS INSTITUTIONNELS.</b> .....	546
§ 1- Instances françaises.....	546
§ 2- Instances européennes.....	593
<b>E - COMMUNIQUÉS, ARTICLES (PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE).</b> .....	596
§ 1 - Articles juridiques.....	596
§ 2 - Articles de presse.....	599
<b>F - AUTRES DOCUMENTS.</b> .....	611
<b>G - STATISTIQUES.</b> .....	615

<b>II. Annexes et références documentaires au 15 août 2020</b> .....	620
<b>A - CONVENTIONS INTERNATIONALES OU À LEUR PROPOS</b> .....	620
<b>B - TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES</b> .....	622
§ 1 - Textes législatifs.....	622
§ 2 - Textes réglementaires.....	634
§ 3 - Ordonnances.....	673
<b>C - JURISPRUDENCE ET AVIS DES JURIDICTIONS, EN RAPPORT AVEC L'URGENCE SANITAIRE</b> .....	693
§ 1 - Conseil constitutionnel.....	693
§ 2 - Conseil d'État.....	746
§ 3 - Tribunaux et Cours.....	837
§ 4 - Cour de cassation.....	861
<b>D - RAPPORTS, AVIS ET DÉCLARATIONS INSTITUTIONNELS</b> .....	874
§ 1 - Instances françaises.....	874
§ 2 - Instances européennes.....	912
<b>E - ARTICLES</b> .....	937
§ 1 - Articles juridiques (supports numériques).....	937
§ 2 - Articles de presse.....	950
<b>F - AUTRES DOCUMENTS</b> .....	975
<b>G - STATISTIQUES</b> .....	976
<b>H - AUTRES TEXTES (PAR TÉLÉCHARGEMENT)</b> .....	985
§ 1 - Sur l'application « StopCovid ».....	986
§ 2 - L'encadrement des déplacements.....	986
§ 3 - Santé.....	987
§ 4 - L'activité juridictionnelle.....	988
<b>I - COMMUNIQUÉS DE PRESSE DU 3 MAI 2020</b> .....	989
<b>III. Annexes et références documentaires à fin septembre 2020</b> .....	1023

# PREMIÈRE PARTIE

---

**L'urgence sanitaire ne peut porter atteinte  
aux droits fondamentaux que dans la stricte mesure  
où la situation l'exige.**



© Noëlle Herrenschildt

***« Si l'État de droit n'est pas respecté, la situation d'urgence sanitaire risque de devenir une catastrophe des droits de l'homme, dont les effets néfastes surpasseront pendant longtemps la pandémie elle-même. »***

Michelle Bachelet, Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme.  
Déclaration du 20 avril 2020 (ONU Info).

## TITRE I. LES CONDITIONS DU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.

### CHAP I. PRÉSENTATION : L'URGENCE SANITAIRE EN FRANCE AU REGARD DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.

#### A. L'IMPORTANCE DE FAIRE CONNAÎTRE LES DROITS FONDAMENTAUX ET LES GARANTIES QUI S'Y ATTACHENT.

Le décret du 16 mars 2020, instituant, en France, un confinement forcé généralisé (CFG), **a porté atteinte à la plupart des droits fondamentaux**. Cette atteinte a été aggravée et confirmée par la loi n° 2020-290 d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 et ses mesures d'accompagnement. **Elle n'a jamais connu une telle ampleur depuis la Seconde Guerre mondiale** (encore que, durant celle-ci, nul CFG ne fut imposé).

Destinée à lutter contre une pandémie, cette atteinte est, certes, supposée provisoire.

Il est en effet admis en droit interne et en droit international que même les droits fondamentaux puissent être restreints, **en cas de « danger public menaçant la vie de la nation »**.

Cependant les libertés individuelles sont le socle et le terreau d'une démocratie. Celle-ci court un grave péril lorsqu'elles sont remises en cause. Les effets peuvent en être durables, par les dégâts qu'ils entraînent, dans tous les domaines de la société et faire qu'un régime d'exception devienne la règle.

Ce pourquoi, il est indispensable, pour l'avenir de ce pays, d'informer ses citoyen(ne)s sur l'importance de leurs droits les plus suprêmes (ils ne sont pas qualifiés de fondamentaux par hasard).

Il importe également de **questionner la compatibilité de l'atteinte faite aux droits fondamentaux avec les obligations de la France, au regard, de sa Constitution, notamment et surtout en droit international, du principe de proportionnalité, qui limite et contrôle le pouvoir des États**.

Ce principe, contenu également aux articles 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, 15 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDH), du 4 novembre 1950 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), du 7 décembre 2000, s'impose à la France, signataire des Conventions et traités qui l'énoncent. Il implique que la dérogation aux droits fondamentaux envisagée **soit strictement proportionnée au danger**.

**Sinon, cette dérogation et les mesures qui en découlent sont illicites.**

Elle l'est aussi lorsque lorsque l'État partie ne l'a pas déclaré aux Secrétaires généraux du Conseil de l'Europe et de l'ONU, comme c'est le cas pour la France.

#### B. LA SUPRÉMATIE DE TOUS LES DROITS FONDAMENTAUX EST LE SUPPORT DU DROIT À LA VIE.

*« Le principe de proportionnalité occupe une place cardinale dans le raisonnement juridique toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier la licéité d'une action ou d'une abstention au regard des normes protectrices des droits et libertés »<sup>1</sup>.*

À cet égard, même si la levée du CFG est enfin annoncée (du moins en partie), **reste posée la question de savoir s'il ne fallait pas privilégier des mesures, qui, tout en ayant pour objectif de protéger avec le plus d'efficacité, les personnes à risques létaux, permettaient le maintien des fonctions vitales du pays, nécessaires à son bon fonctionnement et au respect du bien-être de la santé et de la dignité de l'ensemble de ses habitant(e)s.**

---

1 - « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus » Sébastien Van Drooghenbroeck et Xavier Delgrange - Revue du droit des religions 7 | 2019.

D'autres pays européens, tels l'Allemagne, la Suisse ou la Suède<sup>2</sup> ont exploré, avec bénéfice, des alternatives au CFG, moins attentatoires aux libertés et ont un nombre de morts moins élevé qu'en France, rapporté à leur population. Il a certes été soutenu que le CGG ne pouvait être écarté dans les pays européens de culture latine, la population y étant « indisciplinée » et « tactile ». *Mais le Royaume-Uni, qui a succédé à l'Italie, l'Espagne puis la France, lesquelles, par ordre d'entrée en CFG, ont la surmortalité due à la pandémie la plus forte au monde, derrière les États-Unis (pour les pays où elle peut être connue avec quelque exactitude...), se classe, depuis, juste derrière la France, dans ce sinistre score.*

Au demeurant, l'indiscipline supposée des populations méditerranéennes ne justifie pas, dans une société démocratique, de l'étendue considérable des atteintes faites, par le CFG aux droits fondamentaux. À ce propos la situation des pays sans CFG est à considérer. En effet, il découle du principe d'indivisibilité de ces droits que **le droit à la vie n'a de sens que s'il permet pleinement l'exercice des autres droits et liberté attachés à la dignité humaine**. Ce pourquoi René Cassin<sup>3</sup>, l'un des principaux rédacteurs de la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, affirmait : « *Le droit à la vie, oui, mais pas à n'importe quelle vie!* »<sup>4</sup>.

## CHAP II. L'URGENCE NE DISPENSE PAS D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EFFECTIF.

### A. LA PROPORTIONNALITÉ REQUIERT DE RAPPROCHER LES RISQUES SANITAIRES DES RISQUES JURIDIQUES.

Dans la mesure où la restriction aux droits fondamentaux doit être strictement proportionnée au péril, ce dernier doit être défini le plus clairement possible. La restriction doit être limitée dans le temps, dans l'espace et définir les droits et les personnes qu'elle concerne. À cet égard, il ressort des termes mêmes des articles 4 PICDP, 15 CEDH et 52 CDFUE que **l'urgence ne dispense pas d'un contrôle de proportionnalité effectif préalable à l'exercice d'une dérogation à ses obligations conventionnelles par un État européen**<sup>5</sup>.

Ceci vaut pour toute forme d'urgence par laquelle un État entend justifier d'une dérogation, aux instruments protecteurs des droits fondamentaux, y compris une urgence sanitaire, due à une pandémie.

Dès lors, devant une telle urgence, le respect du principe de proportionnalité **requiert de rapprocher les risques sanitaires des risques juridiques**.

Ce qui signifie que lorsqu'un État entend mettre en œuvre la dérogation prévue par les articles 15 CEDH et 52 CDFUE et 4 PIDCP, il doit, non seulement recourir à des scientifiques qui s'efforcent de définir le plus précisément possible le risque sanitaire (degré d'intensité quant aux atteintes à l'intégrité physique des personnes menacées et étendue, quant au nombre de personnes menacées), mais encore à des juristes compétents pour définir, eux aussi le plus précisément possible, le risque juridique (degré d'intensité

2 - En Suède, les personnes à risque sont incitées à éviter tout contact social, tandis que le reste de la population est prié de se confiner en cas de symptôme grippal, et d'éviter les déplacements non nécessaires « Coronavirus. Pas confinés mais disciplinés, les Suédois assument le risque » Ouest France 30.03.20.

3 - Il est aussi à l'initiative de l'introduction dans la Constitution française de 1946 (IV<sup>e</sup> République) d'un préambule, qui énonce des droits et libertés fondamentaux, qu'il est apparu nécessaire d'ajouter à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ce texte comprend principalement des droits économiques et sociaux. La décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 a permis de lui conférer une valeur constitutionnelle. Gazette du Palais - vendredi 17, samedi 18 mars 2006 126<sup>e</sup> année n° 76 à 77 « Spécial Droits Fondamentaux - 57<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. » Par la Commission Droits fondamentaux de l'Union des jeunes avocats de Paris, sous la direction d'Anne Demetz, invitée permanente de l'UJA, chargée des droits fondamentaux, et la participation de Christophe Pettiti, secrétaire général de l'Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris.

4 - « René Cassin 1887-1976 Prix Nobel de la paix Père de la Déclaration universelle des droits de l'homme » Marc Agi - Éd. Perrin 1998.

5 - Cf. infra. Titre II Ch. I, A.

quant aux atteintes portées aux droits fondamentaux, et étendue de ces atteintes, quant au nombre de personnes menacées).

Sans cette double évaluation des risques, dans l'idéal par des autorités indépendantes (cette condition n'est pas requise par les textes), un véritable contrôle de proportionnalité n'est pas possible.

À ce propos : *« ce débat existe en Allemagne, car depuis le début, les juristes – dont la place dans la société allemande est centrale – sont nombreux à veiller de façon très attentive au respect des libertés publiques, et notamment au fait que les mesures prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie ne bouleversent pas les équilibres institutionnels. C'est pour cela, d'ailleurs, que le gouvernement fédéral n'a jamais évoqué la possibilité de recourir à l'état d'urgence, ce que lui permettrait la Loi fondamentale, et ce qui aurait pour effet de limiter le pouvoir des Länder et de centraliser les décisions. »*<sup>6</sup>

## B. L'ÉVALUATION DES RISQUES SANITAIRES.

### § 1 - Le Haut Conseil de la santé publique (HCSP).

Autorité publique indépendante<sup>7</sup> créé par la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique et mis en place en 2007 (article 2). La loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a modifié les missions du HCSP par la nouvelle rédaction de l'article L.1411-4 du Code de la santé publique.

#### a) Composition.

Le HCSP est organisé en quatre commissions spécialisées : *Maladies infectieuses et maladies émergentes (CSMime)*, *Maladies chroniques (CSMC)*, *Risques liés à l'environnement (CSRE)*, *Système de santé et sécurité des patients (CS3SP)* et trois groupes de travail permanents : Politique de santé de l'enfant globale et concertée, Stratégie nationale de santé et indicateurs, Sécurité des éléments et produits du corps humain (Secproch).

Il comprend aussi collège en charge de la cohérence et la coordination des travaux du Haut Conseil de la santé publique, en veillant au respect de la charte de l'expertise sanitaire.

#### b) Missions.

Le HCSP a pour missions de ; Contribuer à l'élaboration, au suivi annuel et à l'évaluation pluriannuelle de la Stratégie nationale de santé ; Fournir aux pouvoirs publics, en lien avec les agences sanitaires, **l'expertise nécessaire à la gestion des risques sanitaires ainsi qu'à la conception et à l'évaluation des politiques et stratégies de prévention et de sécurité sanitaire** ; Fournir aux pouvoirs publics des réflexions prospectives et des conseils sur les questions de santé publique ; Contribuer à l'élaboration d'une politique de santé de l'enfant globale et concertée.

Le collège du HCSP coordonne notamment l'élaboration des réflexions prospectives sur les questions de santé publique (...) l'évaluation des stratégies (...) **de prévention et de sécurité sanitaire, y compris dans leur dimension économique au regard des ressources qu'elles mobilisent et des bénéfices qui en sont attendus pour la santé publique**, ainsi que ses contributions à l'élaboration d'une politique de santé de l'enfant globale et concertée. Il coordonne également **les travaux relatifs à l'identification des besoins d'information sur l'évolution de l'état de santé de la population, ainsi que sur les inégalités de santé et leurs déterminants.**

6 - Le Monde du 13 avril 2020.

7 - Les autorités publiques indépendantes sont des AAI, disposant de la personnalité juridique, ce qui lui permet d'ester en justice, de signer des contrats, de gérer un budget propre et de recourir à du personnel de droit privé, etc. : L'indépendance ne va pas jusqu'à l'autonomie, l'API ne négociant pas son budget avec le Parlement, puisque une Autorité Publique Indépendante n'est pas une Autorité Constitutionnelle.

### **c) Rôle relatif à la crise sanitaire provoquée par le Covid-19.**

De par la définition de ses missions et les moyens humains et matériels qui lui sont affectés, le HCSP avait pleinement vocation à réaliser la ou les expertises nécessaires à l'évaluation des risques sanitaires due à la pandémie et à proposer les mesures nécessaires pour la combattre.

Cependant ce rôle, en définitive, ne lui a pas été directement confié par le gouvernement, qui a préféré créer un Conseil scientifique pour l'exercer (à noter cependant que le Président du HCSP a été après la création de ce dernier désigné comme un de ses membres). À ce stade de nos recherches, outre les circonstances exceptionnelles due à la pandémie, nous n'avons pas trouvé de raisons précises en justifiant. Mais elles doivent certainement exister.

Concernant le Covid-19, le HCSP a cependant pris les Recommandations thérapeutiques sur les thèmes suivants ; La gestion des déchets au cours de l'épidémie de Covid-19 ; La ventilation et gestion des effluents des patients ; Les critères cliniques de sortie d'isolement ; La prévention et prise en charge chez les patients à risque de formes sévères ; La prise en charge des corps ; Le nettoyage des locaux d'un patient confirmé et protection des personnels ; La sécurisation des dons du sang, cellules, tissus et organes ; L'accompagnement des personnes en situation de handicap ; La protection des personnels de collecte de déchets au cours de l'épidémie de Covid-19.

### **§ 2 - La création et la composition du Conseil scientifique.**

Le Conseil scientifique Covid-19, « *pour éclairer la décision publique dans la gestion de la situation sanitaire liée au coronavirus* » a été créé officiellement le 11 mars 2020, par le ministre des Solidarités et de la Santé, à la demande du Président de la République française, Il peut s'autosaisir ou être saisi par le ministère de la Santé et rend des avis disponibles en ligne. Il a émis 5 avis en mars 2020, les 12, 14, 16, 23 et 30 mars 2020, dont un avis sur la tenue des élections municipales. Il étudie aussi les mesures à prendre dans le cadre du confinement de la population française.

Le Conseil scientifique est composé de onze personnes. Laëtitia Atlani-Duault, **anthropologue**, Daniel Benamouzig, **sociologue**, Lila Bouadma, **réanimatrice**, Simon Cauchemez, **modélisateur**, Pierre Louis Druais, **médecin de ville**, Arnaud Fontanet, **épidémiologiste**, Bruno Lina, **virologue**, Denis Malvy, **infectiologue**, Yazdan Yazdanapanah, **infectiologue**, Franck Chauvin, **président du Haut Conseil de la santé publique**, désigné ultérieurement à la mise en place du Conseil. Il est présidé par le professeur Jean-François Delfraissy **immunologue**<sup>8</sup>. Participait également au Conseil scientifique, Didier Raoult, **médecin biologiste**, mais il n'assiste à aucune des séances et annonce le 24 mars qu'il refuse de continuer à en être, après, avoir notamment **posé la question de l'opportunité du confinement comme méthode de lutte contre la pandémie**<sup>9</sup>.

### **§ 3 - Les positions du Conseil scientifique Covid-19, créé le 11 mars 2020.**

#### **a) La définition du risque.**

Dans son premier avis du 12 mars 2020, après avoir défini les catégories de personnes risquant de développer une forme grave de Covid-19 (âge, comorbidité, ALD, autres facteurs...), il évalue leur nombre à 17 millions et le risque de surmortalité de 0,5 à 1 % de la population « *due à la saturation des services de réanimation* » si on laisse le virus se propager. En conséquence, le Conseil scientifique indique : « *Si l'on*

8 - En décembre 2016, Jean-François Delfraissy était nommé à la présidence du Comité consultatif national d'éthique. Son mandat a été renouvelé par décret du Président de la République en janvier 2019, mandat qu'il a quitté pour participer à la réponse au Covid-19.

9 - En raison de ses positions à contre-courant de la politique de faible dépistage et des mesures de confinement prises par le gouvernement, à propos de laquelle il a déclaré estimer que « confiner des gens infectés, qui ne le savent pas, avec d'autres qui ne le sont pas, c'est une curieuse méthode ». Il a estimé aussi que la mortalité due à la maladie est peu significative et critiqué l'intense surmédiatisation du virus sans base scientifique (sources à consulter sur Wikipédia).

*veut éviter la saturation des services de réanimation et la mortalité, il faut réduire encore davantage les contacts avec des mesures plus contraignantes pour que l'épidémie s'éteigne.* ». Cet impératif sera souligné dans ses avis ultérieurs, celui du 23 mars 2020 spécifiant, à propos du CFG (auquel il consacre de nombreux paragraphes) : « *le Conseil scientifique rappelle que cette intervention vise en premier lieu à soulager les services de réanimation français, en réduisant le nombre de formes graves nécessitant un séjour en service de réanimation.* »

#### **b) Les mesures proposées, hors CFG.**

Dans son avis du 12 mars 2020, le Conseil scientifique **ne retient le confinement que pour les personnes à risque**, plus spécifiquement les « *plus de 70 ans, et des personnes médicalement fragiles* ». Ce confinement doit être « *adapté et renforcé* ». Au delà de cette mesure, il propose, aussi, entre autres, l'application de mesures barrières, la limitation à certains seuils des regroupements, la fermeture des lieux ouverts au publics. Ces propositions seront confirmées dans son avis du 14 mars 2020.

Dans son avis du 16 mars 2020, il rappelle : « *Pour les personnes les plus fragiles, le Haut conseil de la santé publique a émis samedi 14 mars 2020, des recommandations permettant d'assurer une protection maximum pour ces personnes. Le Conseil scientifique rappelle l'importance de ces recommandations qui doivent être appliquées strictement* ».

Mais le 16 mars, le confinement forcé a été appliqué, à toute la population, avec l'aval du Conseil scientifique.

#### **c) La position du Conseil scientifique sur le CFG.**

Dans son avis du 12 mars 2020, il indique : « *Les mesures très contraignantes implémentées en Chine ont permis de contenir l'épidémie. Il est possible que des mesures moins contraignantes soient suffisantes (...)* Tout dépendra de l'adhésion de la population aux mesures de contrôle, ce qui est impossible à anticiper. Un arbitrage politique doit donc être fait entre l'intensité des mesures de contrôle d'une part, et leur impact sur les populations d'autre part (...). Dans son avis du 14 mars 2020 le Conseil scientifique rappelle qu'il a formulé plusieurs mesures « *afin de restreindre davantage la vie sociale tout en préservant la vie économique et les activités essentielles du pays* ». Il ne retient pas, parmi elles, pour l'essentiel déjà énumérées, dans son 1<sup>er</sup> avis, le CFG. Mais, dans son avis du 16 mars 2020, le Conseil scientifique propose aux décideurs politiques : « *Pour la population métropolitaine dans son ensemble, la mise en œuvre d'un confinement généralisé strict sur le modèle de l'Italie, mis en place au niveau national sur l'ensemble de la population française* ». Puis, dans ses avis du 23 mars 2020, il déclare : (...) « *Des analyses multivariées du Cevipof font apparaître, à partir de données des 16 et 17 mars, des profils a priori inégalement réceptifs aux mesures de confinement parmi nos concitoyens. Ils justifient une communication plus spécifiquement orientée vers le respect du confinement.*»

#### **d) La position du Conseil scientifique sur les élections municipales.**

Dans ses avis des 12 et 14 mars, le Conseil scientifique se prononce pour leur tenue. Puis, dans son avis du 16 mars 2020, après le premier tour des élections, il se prononce contre la tenue du second tour.

### **§ 4 - Relation entre les avis du Conseil scientifique et les mesures gouvernementales**

Le Président de la République déclarait le 16 mars 2020 : « *Nos décisions ont été prises "sur la base de recommandations scientifiques"* »<sup>10</sup>, La lecture des avis du Conseil scientifique Covid-19, rapportée aux mesures prises par le gouvernement français montre en effet, qu'ils semble avoir été très suivis, jusqu'à l'annonce de la fin du CFG. Ainsi l'opportunité de retenir un CFG va être appréhendée, comme l'a recommandé le Conseil scientifique, **uniquement à l'aune des réactions à cette mesure de la population.**

10 - Enquête Radio France - « *Coronavirus : les premiers états d'âmes du conseil scientifique* » - 13 avril 2020, Par La rédaction de France Bleu, France Bleu.

À partir du moment où elle a semblé tolérée, sa pertinence, relatives aux droits fondamentaux, n'a pas été questionnée.

En revanche le gouvernement n'a pas tenu compte des avis réitérés du Conseil scientifique pour un confinement adapté et renforcé des personnes à risques. Ces dernières ont donc fait l'objet du CFG commun à l'ensemble de la population, ce qui a exposé certaines d'entre elles, à des situations plus critiques que celles où elle se trouvaient, avant le CFG, du fait de la perte du soutien des aidant(e)s et des proch(e)s et d'un accès aux soins restreint.

Dans ce contexte, **la possibilité d'un confinement limité aux seules personnes à risques n'a pas été explorée, pendant la période** où la probabilité d'une contamination était la plus forte, comme une alternative au CFG. Pourtant cette mesure, couplée avec d'autres (dont la mise en quarantaine des personnes contaminées), à condition d'être appliquée dans le respect de la dignité des personnes concernées (respect de leur consentement et risque médicalement certifié, sans critère d'âge) **apparaissait comme la réponse la plus proportionnée pour assurer leur protection**. Elle aurait aussi permis de libérer les moyens humains et matériels, qui ont été paralysés par le CFG, autour de leur santé et de leur bien-être.

À cette nuance, non négligeable, prés, il faut se demander si les avis du Conseil scientifique ont été suivis ou précédés, par le gouvernement, à en juger par leur date de publication et leur contenu.

Ainsi les avis des 14 et 16 mars correspondent aux dates de la circulaire du 14 mars et au décret du 16 mars, pris par le gouvernement. Or la rédaction de ces règlements nécessitaient un minimum de temps. Il est vrai qu'ils avaient été précédés, du premier avis du conseil scientifique, du 12 mars, lendemain de sa création, qui préconisait déjà une bonne part des mesures retenues par la circulaire du 14 mars. Mais pas le CFG, auquel le Conseil scientifique ne se rallie clairement que le jour même où le gouvernement le décrète, auparavant seule la rumeur en courait sur internet...

Quoiqu'il en soit, pour déterminer si les mesures contenues dans la circulaire du vendredi 14 mars, déjà radicales, pouvaient suffire à endiguer la contamination, but recherché, il aurait fallu plus de temps. À défaut on ne peut alléguer de l'insuffisance de ces dernières mesures pour justifier du choix du CFG, par l'incapacité de la population française de s'y adapter en un week-end...

#### **§ 5 - La création du Comité analyse, recherche et expertise « CARE », le 24 mars 2020.<sup>11</sup>**

Le Care doit travailler en parallèle du Conseil scientifique. À la différence de ce dernier, il n'est pas directement chargé de l'évaluation des risques sanitaires.

##### **a) Composition.**

Les 12 membres du comité sont ; Jean-Philippe Spano : cancérologue, Yazdan Yazdanpanah : infectiologue-épidémiologiste, Franck Molina : chercheur au CNRS, spécialiste des technologies de diagnostic et des anticorps monoclonaux, Dominique Valeyre, professeure de pneumologie, Bertrand Thirion : chercheur, spécialiste des sciences des données-Intelligence artificielle appliquées au domaine, Sylviane Muller : chercheuse au CNRS. Immunologiste, Laetitia Atlani-Duault : chercheuse à l'IRD. Anthropologue, Marie-Paule Kieny : chercheuse, infectiologue et ancienne directrice-adjointe de l'OMS, Muriel Vayssier : Directrice du département santé animale de l'Inra, Marc Lecuit : professeur d'infectiologie, Christophe Junot : chef du département médicaments et technologies pour la santé au CEA. Il est présidé par Françoise Barré-Sinoussi, virologue à l'Institut Pasteur-Inserm et prix Nobel 2008 pour la découverte du virus du sida.

---

11 - Le « Care », la nouvelle équipe d'experts scientifiques contre le Covid-19 - Gomet Santé, le 28 mars 2020.

**b) Mission.**

Le Care est en charge de « *donner un avis éclairé aux pouvoirs publics dans des délais de 48h, concernant les propositions faites par des scientifiques français et étrangers et vérifier que les conditions de déploiement et de portage sont réunies* ». Il doit étudier notamment les possibilités de nouveaux tests cliniques pour le développement de traitements. Le comité doit aussi travailler sur la possibilité de mettre en place un système d'identification numérique des personnes ayant été au contact de personnes infectées, notamment au regard de la question du respect de la vie privée des citoyens.

**C. L'ÉVALUATION QUASI INEXISTANTE DES RISQUES JURIDIQUES.****§ 1 - Une bonne connaissance des droits fondamentaux et de leur garantie est essentielle.**

C'est aux juristes, plus particulièrement à celles et ceux qui ont une expertise en droits fondamentaux, d'évaluer les risques d'un régime d'exception quant aux libertés et à l'état de droit. En effet cette évaluation requiert une bonne connaissance des droits fondamentaux et de leur garanties, portant *a minima* sur ;

**a) Les instruments protecteurs des droits fondamentaux.**

Lorsque des mesures restrictives des libertés sont envisagées, pour la définition des libertés restreintes et dans le respect du principe de légalité, il faut se reporter à tous les textes qui rendent le respect de ces libertés opposable à l'État et en prévoit la sanction. Tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. Ce qui implique de bien les connaître et de savoir les manier.

**b) Le principe d'indivisibilité des droits.**

Ce principe procède de la Déclaration universelle des droits fondamentaux du 10 décembre 1948. Il signifie que tous les droits fondamentaux sont interdépendants et d'égale importance, l'un n'est pas supérieur à l'autre et aucun de ces droits ne peut prospérer aux dépens des autres<sup>12</sup>. En termes de contrôle du respect du principe de proportionnalité, la bonne maîtrise du principe d'indivisibilité et de sa mise en œuvre est indispensable.

**§ 2 - Aucune autorité compétente en matière de protection des droits fondamentaux n'a été consultée.**

Une autorité compétente en matière de protection des droits fondamentaux, si possible indépendante, pouvait être consultée. Cela n'a pas été le cas.

**a) Les autorités indépendantes mais non spécialisées en droits fondamentaux.****■ Le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE).**

« *Le Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé.* » (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004). C'est une institution indépendante (article L.1412-2 du CSP). **À lui seul un avis a été demandé** dans le cadre de la lutte contre la pandémie. Le CCNE a rendu cet avis le 13 mars 2020, en rappelant qu'il avait été soumis à une contrainte de temps liée à l'urgence. **L'avis ne permet pas d'évaluer les risques juridiques résultant de restrictions aux libertés.** Ceci tient, il est vrai, au fait que les restrictions envisagées n'y sont pas précisément définies, mais surtout à ce que cette évaluation ne rentre pas dans le cadre de sa mission.

---

12 - CRDF, n° 7, 2009, p. 75-86 « L'indivisibilité des droits de l'homme » Marie-Joëlle REDOR-FICHOT Professeure de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED). Gazette du Palais - vendredi 17, samedi 18 mars 2006 126<sup>e</sup> année n° 76 à 77 « Spécial Droits Fondamentaux » 57<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

### ■ Le Comité économique, social et environnemental (CESE).

Assemblée constitutionnelle française, composée de représentants sociaux (patronat, syndicats, associations). Elle procède, sous sa forme actuelle, de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de la loi organique du 28 juin 2010<sup>13</sup>. Elle est issue du Conseil économique et social, institué en 1960, lui-même succédant au Conseil économique, inscrit dans la Constitution en 1946. Cette assemblée permet la représentation au niveau national des organisations professionnelles et la communication entre les différents acteurs de l'économie. Son avis est obligatoire pour les projets de loi de plan et de programmation à caractère économique, social ou environnemental. Dans les mêmes domaines, elle peut aussi être consultée, par le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat, sur toute question. Le CESE n'a pas de compétence particulière relative aux droits fondamentaux. Mais son avis aurait pu, le cas échéant, être demandé, sur les conséquences des mesures envisagées pour lutter contre la pandémie, sous l'aspect social économique et environnemental<sup>14</sup>.

### b) Les autorités indépendantes spécialisées en droits fondamentaux.

#### ■ La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

La Commission nationale consultative des droits de l'homme est une institution nationale de promotion et de protection des droits fondamentaux, fondée en 1947 à l'initiative de René Cassin<sup>15</sup>.

Assimilée à une Autorité administrative indépendante (AAI)<sup>16</sup>, elle assure, auprès du gouvernement et du Parlement un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits fondamentaux, du droit et de l'action humanitaire et du respect des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Elle avait donc vocation à être entendue, sur une loi susceptible de priver la population entière de nombreux droits fondamentaux. Mais son avis n'a pas été demandé.

#### ■ Le Défenseur des droits.

C'est aussi une AAI, créée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et instituée par la loi organique du 29 mars 2011, qui a intégré un article 71-1 dans la Constitution « *Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés* ».

Il est chargé de défendre les droits des citoyens face aux administrations et dispose de prérogatives particulières en matière de promotion des droits de l'enfant, de lutte contre les discriminations, du respect de la

13 - Une loi ou une loi organique est une loi complétant la Constitution afin de préciser l'organisation des pouvoirs publics. Le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution par le Conseil constitutionnel est obligatoire.

14 - Ces mesures n'entraînent pas seulement une crise économique et sociale, la lutte contre le réchauffement climatique n'est pas épargnée par cf. « *Le coronavirus met le Green Deal européen à l'épreuve - Les manœuvres se multiplient à Bruxelles pour affaiblir l'ambition environnementale portée par la Commission.* » Le Monde 16.04.20.

15 - Gazette du Palais - vendredi 17, samedi 18 mars 2006 126<sup>e</sup> année n° 76 à 77 « Spécial Droits Fondamentaux - 57<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. » Par la Commission Droits fondamentaux de l'Union des jeunes avocats de Paris, sous la direction d'Anne Demetz, invitée permanente de l'UJA, chargée des droits fondamentaux, et la participation de Christophe Pettiti, secrétaire général de l'Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris cf. supra Titre I, B.

16 - Une autorité administrative indépendante est une forme spécifique d'organisations administrative, qui bénéficie d'un plus large degré d'autonomie à l'égard du politique que l'administration classique. Leur budget est inscrit au budget général du ministère ayant la compétence la plus proche de leur domaine d'intervention. Cependant les AAI ont souvent un pouvoir de sanction ou de réglementation, ce qui en fait des organismes quasi-juridictionnels. Pour autant, les AAI ne sont pas de véritables juridictions : leurs décisions ne sont pas dotées de l'autorité de la chose jugée et elles sont toujours soumises au contrôle du juge. En outre, les AAI peuvent être supprimées par une simple loi, et elles ne possèdent pas de budget propre. Enfin, la mission de régulation qui leur est confiée est davantage tournée vers la prévention que celle qui revient à la justice. Les AAI sont des institutions collégiales, à l'exception du Défenseur des droits, du Médiateur national de l'énergie et du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Elles sont dotées d'un président qui exerce l'autorité sur les services de l'AAI peut disposer de pouvoirs propres. Le mandat des membres est d'une durée de trois à six ans, renouvelable une fois et irrévocable (sauf cas de manquement grave à leurs obligations légales ou d'incapacité définitive). Le cumul des mandats de membre de plusieurs AAI ou API est interdit, sauf cas prévus par la loi. De plus, les lois de 2017 prévoient un certain nombre d'incompatibilités du mandat de membre d'une AAI/ API avec l'exercice d'autres mandats ou fonctions.

déontologie des activités de sécurité. Il peut émettre des recommandations, à portée générale ou individuelle, faire des propositions de réforme adressées aux pouvoirs publics. Là encore, son avis n'a pas été requis.

#### ■ Les experts.

En l'occurrence, les experts qui auraient pu être consultés, à titre de jurisconsulte<sup>17</sup> par le gouvernement sont des professeur(e)s en droits fondamentaux ou des avocat(e)s et avocat(e)s aux Conseils<sup>18</sup> spécialistes de cette matière et il en existe.

### CHAP III. SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES ET NON DÉMOCRATIQUES : LES RISQUES DE CONTAMINATION.

#### A. LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES SONT LE FONDEMENT D'UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE.

##### § 1 - L'avènement des déclarations de droits.

Dès l'Antiquité, dans la tradition des civilisations connues, il a existé des règles tendant à la protection de certains droits (droit de vote, liberté religieuse, répartition des ressources entre membres d'un même clan, d'une même cité, droit de réunion pacifique...). Ceci est vrai aussi pour les périodes qui ont suivi (droit au mariage libre, interdiction de la polygamie, abolition locale du servage...). **Ces règles relevaient déjà de la volonté d'instaurer localement un ordre social relativement viable mais pas encore d'un souci humaniste** (il n'est pas question, de droit à la vie, de respect de l'intégrité physique, d'égalité entre les personnes ou de droit à une rémunération équitable...) et elles n'avaient aucun caractère universel et indivisible.

Le premier texte connu pour dégager une conception des droits fondamentaux, telle qu'entendue aujourd'hui, est le *Bill of Rights* (déclaration des droits) proclamé en Angleterre le 13 février 1689 (suite à la pétition des droits de 1628 et à la Révolution anglaise de 1688), en ce sens qu'il énonce que la loi est au-dessus du roi et ne peut être suspendue ni abolie sans le consentement du Parlement, qui est souverain en matière de « levées » d'argent et d'entretien des armées et doit être « fréquemment réuni », ses membres jouissant d'une totale liberté d'expression dans son enceinte. Le *Bill of Rights* est suivi de la Déclaration d'indépendance américaine de 1776 (qui aurait été inspirée par le Traité sur le gouvernement civil du philosophe anglais John Locke). La première des trois parties de cette Déclaration concerne les droits naturels des personnes et pose que « *tous les entres humains sont créés égaux ; ils sont doués par leur créateur de droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis par les personnes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Mais lorsqu'une longue suite d'abus marque la volonté de les soumettre à un despotisme absolu, il est de leur droit et de leur devoir de renverser le gouvernement qui s'en rend coupable et de rechercher de nouvelles assurances pour leur future sécurité* ».

Viendra ensuite la Constitution des États-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787, qui développe le principe de la souveraineté des peuples (organisation des règles de représentativité, de levée d'impôt et des armées) et celle de l'Égalité des individus (il faudra toutefois attendre 1870 pour que l'esclavage soit aboli et le droit de vote reconnu sans distinction de race aux hommes, et 1920 pour que les femmes de

17 - Un jurisconsulte désigne une personne ayant une grande maîtrise du droit et de la jurisprudence et prodiguant des conseils en la matière.

18 - Les avocat(e)s aux conseils sont les seuls avocats habilités à plaider devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, sauf en la matière de contentieux pénal ou électoral et pour les recours pour excès de pouvoir (REP) devant le Conseil d'État. De ce fait, leur exercice a vocation à être pluridisciplinaire. Elles et ils sont organisé(e)s en un Barreau autonome. Le monopole des avocats aux conseils du Roi existe depuis un édit du 2 septembre 1643. Supprimé lors de la Révolution française, il a été remplacé par celui des avocats à la Cour de cassation créés en 1799 puis par celui et les avocats au Conseil d'État par une ordonnance de Louis XVIII du 10 juillet 1814. Il n'a jamais été remis en cause.

toute origine ethnique puissent voter) ; elle pose à son tour le principe de l'Habeas corpus comme notion primordiale et celui de la séparation des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) comme une nécessité. Enfin, lors de la Révolution française, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 a proclamé que « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* ». La supériorité des normes qu'elle contient pose pour principes l'Égalité des hommes (mais pas des hommes et des femmes), la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) comme aux États-Unis, le droit de l'État de lever des impôts et de constituer une armée dans l'intérêt général, les droits à la propriété privée, à la sûreté à la résistance à l'oppression, à la liberté en général et plus spécifiquement aux libertés d'opinion, même religieuse, de pensée, d'expression (sous les seules réserves liées au maintien de l'ordre public) et affirme un ensemble de règles relevant du droit au procès équitable, à savoir : la prohibition des accusations, arrestations ou détentions arbitraires, la légalité des délits et des crimes et de leurs peines (lesquelles doivent être strictement et évidemment nécessaires), la présomption d'innocence. Après la proclamation de la Déclaration française, la Constitution américaine sera complétée, en 1791, par dix amendements ou Déclaration des droits, qui proclament les libertés de religion, d'expression et de réunion, les droit à l'intégrité physique (sans suppression de la peine de mort), à la propriété privée, à l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, et un certain nombre de règles relevant du droit au procès équitable (pas de poursuites sans un acte d'accusation indiquant la nature et la cause de l'accusation, instruction du procès à charge et à décharge, impossibilité d'être condamné deux fois pour le même crime ou délit et sans observance d'une procédure légale, droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial et d'être assisté d'un conseil pour sa défense, prohibition des cautions et amendes excessives et des châtiments cruels et exceptionnels).

**Ces textes fondateurs, qui s'inspirent et se complètent mutuellement, ont en commun d'être nés à l'occasion d'une insurrection populaire. En effet, les droits qu'ils proclament ne peuvent prospérer sous un régime dictatorial.** Ce pourquoi ces textes érigent le droit à l'insurrection comme nécessaire garantie des autres droits.

À ce stade les droits économiques et sociaux ne sont pas formulés. Outre l'indiscutable impulsion anglaise, il existe une forte implication des États-Unis et de la France (alliés pendant la guerre d'indépendance américaine) dans l'affirmation des droits fondamentaux. Par la suite, des pays vont suivre les exemples anglais, américains et français, notamment la Belgique (Constitution du 7 février 1831), le Liberia (Déclaration des droits du 26 juillet 1847), la Bolivie (Constitution du 17 octobre 1880). Mais ces initiatives restent locales.

## § 2 - L'avènement de la DUDH.

### **a) Une réaction aux atteintes à la dignité humaine et à la démocratie perpétrées pendant la Seconde Guerre mondiale.**

L'élaboration d'une proclamation des droits fondamentaux à l'échelle internationale s'est heurtée pendant longtemps à la souveraineté des États. Il faut attendre la Première Guerre mondiale (et la mort de millions de personnes de nombreuses nationalités différentes) pour que la primauté des souverainetés nationales montre ses limites. Dans le cadre du Traité de Versailles, le 28 avril 1919, est née la Société des Nations (SDN), progrès incontestable, au sens où est institué un lieu officiel de dialogue à l'échelle internationale. L'Organisation internationale du travail (OIT) est associée à la SDN. Cependant, en dépit de la contribution du Président Wilson à l'avènement de la SDN, le Sénat américain, revenant à l'argument de la souveraineté nationale, refusera de signer ce Traité. Cette défiance américaine (qui se manifeste toujours aujourd'hui à l'égard de l'ONU et plus spécifiquement de la Cour pénale internationale) restera une constante vis-à-vis

de la SDN et participera sensiblement à son échec. L'attitude des États-Unis n'est toutefois pas la cause déterminante de cet échec, qui réside surtout dans l'incapacité des États de mettre en œuvre un véritable ordre supranational au service des droits fondamentaux, de leurs citoyens et de la paix. C'est ainsi que la Communauté internationale n'a pu faire l'économie de la Seconde Guerre mondiale qui a dépassé, en termes d'atteintes à la dignité humaine, tout ce qui avait pu être répertorié en la matière au cours des siècles précédents. En 1945, le souvenir des crimes commis au cours de cette guerre est très vivace lors de la création de l'Organisation des Nations unies (ONU). Aussi, les États signataires affirment, dès le préambule de la Charte, leur foi « *dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes* ». Cependant, la Charte visant en premier lieu à garantir la paix dans le monde, il est apparu nécessaire de rédiger ultérieurement un texte consacré aux droits fondamentaux, la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948.

Ce qui distingue surtout la Déclaration universelle des déclarations de droits qui l'on précédée, c'est qu'elle consacre, aux côtés des droits civils et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels, en leur conférant la même valeur qu'aux premiers. On peut dire encore que la Déclaration juxtapose les libertés classiques, n'impliquant qu'une abstention des États, et les libertés économiques et sociales, nécessitant une intervention volontariste des pouvoirs publics (c'est tellement précurseur qu'aujourd'hui, la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, a toujours une portée juridique moindre que la CEDH qui concerne les droits civils et politiques.

#### **b) Des dispositions reprises dans des Conventions internationales contraignantes.**

La Déclaration est une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies. Elle n'a donc pas la valeur contraignante d'un traité international et ne peut être invoquée devant un juge. La portée de la Déclaration est donc avant tout morale et résulte de l'autorité que lui confère la signature de la majorité des États du monde. Cependant, l'importance de la Déclaration, source du droit international des droits fondamentaux lui donne le poids d'une coutume internationale. Par ailleurs, les deux Pactes internationaux, adoptés le 16 décembre 1966, sur les droits civils et politiques (PIDCP) et sur les droits économiques sociaux et culturels (PIDESC), reprennent en détail la plupart des libertés évoquées dans la Déclaration universelle de 1948 et leur confèrent une valeur juridique contraignante<sup>19</sup>. De plus, la DUDH a encore inspiré d'autres instruments de protection des droits fondamentaux de portée plus spécifique, quant à leur étendue, notamment géographiques, dont la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH du 4 novembre 1950, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) du 7 décembre 2000). Ces textes ont tous une valeur juridique contraignante. Tels les Pactes internationaux, ils proclament la nécessité du respect des droits fondamentaux, comme socle et terreau d'une société démocratique et érigent le principe de proportionnalité comme garantie de ce respect, par les États parties à ces conventions.

Reste à regretter qu'en droit interne, ils ne soient pas encore pleinement perçus comme sources de droit. Concernant singulièrement le principe de proportionnalité, compte tenu des mesures prises pour lutter contre la pandémie qui l'affectent, il ne peut qu'être conseillé d'y remédier **en visant, à l'occasion de**

---

19 - Les États parties à ces pactes s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées et les progrès accomplis pour assurer le respect des droits figurant aux pactes (articles 40 du PIDCP et 16 du PIDESC). En outre, l'article 28 du PIDCP institue un Comité des droits de l'homme, qui, sous réserve de la reconnaissance préalable de sa compétence par les États parties concernés, peut être saisi de communications de l'un de ces États à l'encontre d'un autre (article 41 du PIDCP). Enfin, le 1<sup>er</sup> Protocole facultatif se rapportant au PIDCP du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, prévoit que toute personne se prétendant victime d'une violation de l'un des droits énoncés dans le Pacte, peut présenter une communication écrite au Comité des droits de l'homme, à condition d'avoir épuisé toutes les voies de recours nationales et de ne pas avoir saisi une autre instance internationale de la même question. Si la communication est recevable, le Comité engage un dialogue avec l'État concerné (l'examen des communications s'effectue à huis clos, mais les conclusions peuvent être rendues publiques).

chaque recours individuel, devant les juridictions internes et internationales, contre l'une de ces mesures, les articles 4 du PIDCP, 15 de la CEDH et 52 de la CDFUE.<sup>20</sup>

## B. UNE SOCIÉTÉ NON DÉMOCRATIQUE NE REPOSE PAS SUR LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES.

### § 1 - La non-reconnaissance des principes d'universalité et d'indivisibilité des droits.

Le 10 décembre 1998, à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle, Kofi Annan, secrétaire général des Nations unies, déclarait : « *Oui, cette Déclaration est universelle. Elle ne reconnaît aucune frontière, et chaque société peut trouver au sein (...) de sa propre culture le moyen de la mettre en œuvre (...), on entend souvent dire que les droits de l'homme ne seraient pas un concept africain, asiatique ou latino-américain. Mais ce sont les leaders qui affirment cela. Pas les peuples. Les gens savent bien, eux, que les droits énoncés par cette Déclaration sont essentiels (...) qu'ils n'ont pas de frontières* »<sup>21</sup>.

Malheureusement, l'universalité et l'indivisibilité de la Déclaration sont toujours remises en cause. De manière classique, certains États soutiennent la suprématie des droits économiques et sociaux sur les droits civils et politiques (c'est le cas de la Chine et de Cuba). D'autres, au contraire, soutiennent l'inverse (ce qui est le cas des pays pour lesquels la loi du marché prime sur d'autres considérations). Les pays occidentaux, pour une bonne part d'entre eux, reconnaissent les droits civils et politiques et, à différents degrés les droits économiques sociaux et culturels. Mais, en oubliant régulièrement leur portée universelle, empêchent une répartition des richesses, de toute nature, qui permette effectivement aux autres habitant(e)s de la planète, un véritable accès aux droits économiques et sociaux, et à présent environnementaux, et ne soutiennent pas avec la fermeté nécessaire leurs droits civils et politiques. Dans tous les cas ces positionnements affaiblissent, voire discréditent les droits fondamentaux.

20 - Le Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. ©Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2020, précise, dans son 15 § 3: « *L'obligation de notification* » p. 11 : « *La condition formelle posée à l'article 15 § 3 oblige les États contractants à tenir le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises par dérogation à la Convention et des raisons les justifiant (Mehmet Hasan Altan c. Turquie, 2018, § 89 ; Sahin Alpay c. Turquie, 2018, § 73). La Cour a aussi jugé que l'article 15 § 3 implique une obligation de contrôle constant de la nécessité des mesures d'urgence (Brannigan et McBride c. Royaume-Uni, 1993, §54).* » Par ailleurs « *Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il convient « de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la situation litigieuse (...)* ». L'apparence d'abord : le non-recours à l'article 15 induit que la CEDH continue à s'appliquer en droit interne comme si de rien n'était (...). Mais la réalité est autre (...) l'institution d'un régime d'exception postule la mise à l'écart du régime ordinaire des droits et libertés auquel appartient la Convention. **C'est en ce sens qu'il faut dépasser les apparences et considérer, selon nous, que la France « déroge », de fait, à la Convention.(...).** » *La Convention EDH Face Au Covid-19 : Dépasser Les Apparences* » Frédéric Sudre, Professeur émérite de l'université de Montpellier – Le Club des juristes, 27.04.20.  
Voir aussi. Infra Partie I T II, Ch. II A b.

21 - Interview accordée au *Nouvel Observateur* no 1778 du 10 décembre 1998.

## TITRE II. LE CONTRÔLE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.

### CHAP I. LES CONTRÔLES EN DROIT INTERNE.

En droit interne, le contrôle de proportionnalité impose également la recherche d'un équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels et les objectifs poursuivis.

#### A. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

La Constitution, qui institue et organise les différents organes composant l'État, représente la loi suprême. C'est la norme juridique la plus élevée dans la hiérarchie des normes qui composent le système juridique d'un **État de droit**. Ainsi toute édicition de norme de rang inférieur est censée être directement ou indirectement régie par la Constitution, une norme n'ayant de valeur qu'en raison de sa conformité à la norme qui lui est immédiatement supérieure. **Mais la notion de hiérarchie des normes juridiques de Hans Kelsen (1881-1973) ne peut conserver tout son sens que si son respect est contrôlé par une juridiction.**

#### § 1 - Histoire.

Jusqu'en 1958, un contrôle de la constitutionnalité des lois n'existait pas véritablement en France. Les lois constitutionnelles de 1871 ne constituaient pas à proprement parler une Constitution suprême et la III<sup>e</sup> République ne connaissait aucune technique de contrôle de constitutionnalité. Sous la IV<sup>e</sup> République, est apparue une tentative embryonnaire de contrôle de constitutionnalité au sein du Parlement qui n'a jamais eu de rôle décisif.

C'est la constitution de 1958 qui a créé un Conseil Constitutionnel, confiné<sup>22</sup> lors des premières années de la V<sup>e</sup> République dans un rôle limité. Il avait été initialement pensé comme un outil permettant d'éviter que le Parlement n'excède son domaine de compétence prévu à l'article 34 de la Constitution. Ce n'est ainsi qu'après 1970 que le contrôle de constitutionnalité des lois « *a priori* » a pris une place importante notamment à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel *relative à la loi sur la liberté d'association* en 1971 (Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971), qui a intégré le préambule de la Constitution de 1958 dans le « bloc de constitutionnalité »<sup>23</sup>.

Puis le mouvement s'est accru avec les réformes de ses modalités de saisine (en particulier celle de 1974 permettant aux parlementaires de saisir le Conseil des lois non encore promulguées et celle de 1992 élargissant cette faculté aux traités).

#### § 2 - Composition.

Indépendamment du notoire accroissement de ses prérogatives juridictionnelles, le Conseil constitutionnel demeure une juridiction à forte connotation politique tant par son mode de nomination que par son recrutement. Ainsi, non seulement les anciens Présidents de la République en sont membres de droit et à vie (même si tous n'usent pas de la fonction), mais les neuf membres sont désignés pour neuf ans, par le Président de la République par le Président du Sénat et par le Président de l'Assemblée nationale. Le président du Conseil constitutionnel fait l'objet d'une nomination souveraine du Président de la République.

Sans doute leur statut est censé préserver leur indépendance : irrévocabilité, mandat non renouvelable (sauf après une nomination pour achever un mandat), régime d'incompatibilité, devoir de réserve etc.

22 - Le motif n'en était pas une épidémie, comme c'est le cas pour le Conseil Constitutionnel aujourd'hui...

23 - Cf. infra. § 4 a.

Et, dans sa composition actuelle figurent à titre de juges, deux hauts magistrats de l'ordre judiciaire. Il reste que la majorité du Conseil Constitutionnel est bien composée de deux anciens premiers ministres, d'un ancien ministre, d'un sénateur et de trois hauts fonctionnaires. C'est à eux qu'il appartient d'être les gardiens non pas exclusivement de la lettre de la Constitution mais du respect dans notre ordre juridique de cet ensemble de droits intangibles qui forment le ciment de la société et qui ont été durement conquis au cours des siècles.

### § 3 - Le contrôle de constitutionnalité.

#### a) Le bloc de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a la charge de faire respecter outre la Constitution elle-même, **un ensemble de normes juridiques de référence** (c'est-à-dire la Constitution au sens large du terme ou *lato sensu*) visées dans le cadre du contrôle des lois, qu'il est convenu d'appeler le « bloc de constitutionnalité ».

La Constitution, en effet, ne se borne pas à organiser les pouvoirs publics, à définir leur rôle et leurs relations, puisque son Préambule renvoie directement et explicitement à trois autres textes fondamentaux :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789<sup>24</sup>,
- le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (la Constitution de la IV<sup>e</sup> République), auquel s'attache une valeur constitutionnelle,
- la Charte de l'environnement de 2004, annexée à la Constitution depuis la révision du 1<sup>er</sup> mars 2005.

La loi est donc soumise aux principes contenus dans ces textes.

De surcroît, il appartient au Conseil constitutionnel d'assurer le respect des normes complémentaires implicites ou non-écrites, à savoir les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » au sens du préambule de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et les autres principes à valeur constitutionnelle (PVC), comme :

- **la continuité de l'État et du service public** (Conseil constitutionnel, *Stéphane Pinon*, Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979) ;
  - **la protection de la dignité de la personne humaine**, (Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 et n° 2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013) ;
  - **la liberté contractuelle** (consacrée en creux de la liberté de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998) ;
  - **la liberté d'entreprendre** (Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982) ;
  - **le respect de la vie privée** (Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995) ;
  - et le plus récent en date, **le principe de fraternité** (Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018).
- ainsi que divers principes et objectifs de valeur constitutionnelle définis par la propre jurisprudence du Conseil.

#### b) La saisine du conseil Constitutionnel.

##### ■ Avant la promulgation d'une loi définitivement adoptée par le Parlement.

#### *Le contrôle de constitutionnalité systématique.*

Au-delà de ses compétences consultatives, (notamment pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels du Président de la République dans le cadre de l'article 16 de la Constitution et de son rôle dans le

24 - Qui de toutes les déclarations des droits de l'homme, dénommées ainsi en français, est la seule qui porte bien son nom puisqu'elle ne concernait que les citoyens de sexe masculin, pour les autres l'emploi de cette expression est un anachronisme. En effet, en 1789, les femmes n'eurent pas le droit de vote, continuèrent d'être placées sous la tutelle de leurs pères et maris quant à l'administration de leurs biens, voire la disposition de leur personne, et de voir leurs droits de successions réduits. Il faudra attendre en France le lendemain de la Seconde Guerre mondiale, pour que les femmes accèdent en France à une véritable égalité avec les hommes, dans l'accès à leur droits fondamentaux.

contentieux électoral et référendaire), il appartient au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle de constitutionnalité systématique pour les lois organiques avant leur promulgation et pour les règlements des assemblées parlementaires.

### *Le contrôle de constitutionnalité facultatif.*

Pour les lois ordinaires, en revanche, le contrôle *a priori* est facultatif. Les personnes habilitées à saisir le Conseil constitutionnel sont :

- Le Président de la République, le Premier ministre ou le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat ;
- 60 sénateurs ou 60 députés, depuis la révision constitutionnelle de 1974.

#### ■ Après la promulgation d'une loi : les QPC.

En vertu de l'article 61-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la loi organique du 10 décembre 2009 a mis en place, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010, un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des dispositions législatives par la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC).

Chaque justiciable peut le déclencher, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, en soutenant qu'une disposition législative, déjà promulguée voire ancienne, est contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il appartient alors à la juridiction de vérifier que les conditions posées par la loi organique sont bien remplies puis de transmettre la question à la juridiction suprême de son ordre (Cour de cassation ou Conseil d'État), laquelle exerce à son tour un filtre et décide, le cas échéant, de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Ce dernier statue alors sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de la disposition législative ainsi contestée, dans un délai de trois mois.

#### c) La sanction de l'inconstitutionnalité.

##### ■ Le contrôle *a priori*.

Le Conseil constitutionnel, en cas de non-conformité, peut dans le cadre d'un contrôle *a priori* censurer :

- soit l'intégralité de la loi, ce qui interdit sa promulgation ;
- soit une partie de la loi (dans ce cas-ci, le Conseil constitutionnel précise que la disposition visée est inséparable du reste du texte, soit le texte sera abandonné, soit il fera l'objet d'un nouveau dépôt intégrant les modifications susceptibles de le rendre conforme à la Constitution). Si, en revanche, la disposition est séparable, le Président de la République promulguera la loi mais amputée de la disposition non constitutionnelle ou il demandera une nouvelle délibération, conformément à l'article 10, alinéa 2 de la Constitution.

##### ■ Le contrôle *a posteriori*.

Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel abroge *a posteriori* la disposition déjà promulguée qu'il juge inconstitutionnelle. Il a la latitude de moduler dans le temps les effets de sa décision. Il peut aussi déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition abrogée a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Le Conseil peut par ailleurs assortir de conditions une déclaration de constitutionnalité en émettant des « réserves d'interprétation ». Celles-ci orienteront l'interprétation de la loi.

#### § 4 - Le contrôle de proportionnalité.

Le contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel s'inspire, des jurisprudences constitutionnelles allemande et communautaire. Elles requièrent que toute mesure restreignant un droit fondamental

doit, pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict.

Cependant le Conseil constitutionnel français emprunte aussi des voies qui se démarquent de celles des juges administratifs et des juridictions constitutionnelles étrangères ou européennes, pour exercer une forme de contrôle de proportionnalité qui lui est propre<sup>25</sup>.

#### **a) Le contrôle de l'adéquation.**

Il est apparu en 1990 à propos de la mise en œuvre du droit de suffrage. Désormais, il est l'une des figures générales du contrôle de proportionnalité exercé sur les mesures restrictives des droits et libertés constitutionnels. Une mesure soumise au contrôle doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée, ce qui suppose qu'elle soit *a priori* susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur.

#### **b) Le contrôle restreint de la nécessité.**

Pour être nécessaire la mesure ne doit pas excéder – par sa nature ou ses modalités – ce qu'exige la réalisation du but poursuivi. Notamment **il ne doit pas exister d'autres moyens appropriés, mais qui affecteraient de façon moins préjudiciable les personnes concernées ou la collectivité.**

Cependant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français n'inclut que le contrôle de l'adaptation de la mesure prise à l'objectif poursuivi, tant dans son champ matériel que temporel ; la recherche d'une mesure alternative de nature différente est exclue, contrairement à ce qu'admet la jurisprudence allemande et communautaire.

Ainsi, en matière de droit de suffrage, le juge ne recherche pas s'il existe une autre mesure que le report d'une élection pour aboutir à l'objectif concerné, mais il vérifie si le champ de la prolongation décidée ne dépasse pas ce qui est nécessaire à l'objectif poursuivi. La prolongation doit non seulement être « strictement nécessaire » à la réalisation de l'objectif de la loi mais également revêtir un caractère « exceptionnel et transitoire »<sup>26</sup>.

Le contrôle de la nécessité est donc bien exercé, mais entendu plus strictement que dans la jurisprudence allemande et communautaire. Ceci au détriment du contrôle de proportionnalité, au sens strict.

#### **c) Le contrôle de proportionnalité.**

L'exigence d'une proportionnalité au sens strict est requise. **La mesure ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.**

## **CHAP II. LES CONTRÔLES EN DROIT EUROPÉEN.**

### **A. LE CONSEIL DE L'EUROPE.**

#### **§ 2 - La Cour européenne des droits fondamentaux.**

##### **a) Rôle et compétences de la Cour.**

La Cour européenne est une **juridiction du Conseil de l'Europe chargée de veiller au respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** par les 47 États qui l'ont ratifiée. Elle siège à Strasbourg et se compose de 47 juges (un par État membre) élus pour un mandat de 9 ans non renouvelable par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ces

---

25 - « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel* » Valérie GOESEL-LE BIHAN - Professeure à l'Université de la Réunion cahier du conseil constitutionnel N° 22 (dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007.

26 - Ibidem.

magistrats sont organisés en cinq sections, composées de chambres de sept juges et de comités de trois juges. Une Grande Chambre, composée de 17 juges, constitue la formation solennelle de jugement et l'organe de révision des arrêts rendus par les chambres. La Cour contrôle le respect des droits substantiels, comme la liberté d'expression (article 10) ou le respect de la vie privée (article 8), mais encore des droits procéduraux, comme le droit au procès équitable (article 6).

La Cour rend des arrêts qui s'imposent aux États parties. Et en vertu de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n. 16 à la Convention, certaines juridictions des Parties contractantes à ce protocole peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatif sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles. Ces dispositions sont applicables en France, qui a ratifié le Protocole n. 16 le 1<sup>er</sup> août 2018.

**b) L'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (dites CEDH) du 4 novembre 1950.**

■ **Énoncé.**

« 1. *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.*

2. *La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'art. 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux art. 3, 4 (par. 1) et 7.*

3. *Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application. »*

L'article 15 CEDH est une clause dérogatoire, qui est devenu par la suite l'article 4 du PIDCP. Il ménage aux États contractants la possibilité, en cas de circonstances exceptionnelles, de déroger, de manière limitée et supervisée, à leur obligation de garantir certains droits et libertés protégés par la Convention. **Ainsi, l'article 15 § 1 pose trois conditions à la validité de la dérogation : il doit y avoir une guerre ou un autre danger public menaçant la vie de la nation ; les mesures prises pour répondre à cette guerre ou à ce danger public ne doivent pas aller au-delà de la stricte mesure où la situation l'exige ; et ces mesures ne doivent pas être en contradiction avec les autres obligations de l'État découlant du droit international.**

En outre, la condition formelle posée à l'article 15 § 3 oblige les États contractants à tenir le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises par dérogation à la Convention et des raisons les justifiant, cela est implicite au mécanisme de la Convention. Rappelons que la Cour a pu considérer que le non-respect des mesures provisoires constitue en tant que telle une violation de la Convention quand bien même il n'y a pas de violation d'un droit garanti par la Convention, et alors que la Convention ne prévoit pas ce mécanisme issu du Règlement. De même, la Cour peut constater une violation autonome de l'article 13 de la Convention en l'absence de mécanisme de recours interne. Enfin, lorsque la Cour est saisie de l'application de l'article 15, elle en contrôle les modalités d'application (*Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, 2018, § 89 ; *Sahin Alpay c. Turquie*, 2018, § 73). **La France n'a pas à ce jour notifié au Secrétariat général du Conseil de l'Europe sa volonté d'invoquer l'article 15 de la Convention à propos de la loi d'urgence sanitaire.** Cette notification doit faire l'objet d'un acte formel et public donnant des indications sur les mesures prises et les motifs qui les ont justifiées et préciser la date à laquelle les mesures cessent d'être en vigueur.

L'exercice d'une dérogation ne signifie pas que la situation concernée par l'état d'urgence ne relève plus de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme ni que la Convention n'est plus applicable à l'échelon national. Les individus conservent leurs droits à un recours effectif, devant la Cour.

À la lumière de la jurisprudence de la Cour et de sa doctrine développée sur la marge d'appréciation, l'on peut s'interroger sur la proportionnalité des mesures adoptées par la loi du 23 mars 2020 et privatives de libertés. Reflètent-elles un juste équilibre entre les intérêts publics et privés et garantissent-elles l'intérêt collectif ? N'aurait-on pu imaginer un confinement ciblé des citoyens malades et des porteurs et un dépistage systématique des autres, sans violation disproportionnée des libertés fondamentales, tel qu'il se pratique dans d'autres sociétés démocratiques ?

#### ■ Jurisprudence.

##### *Danger public menaçant la vie de la nation.*

Le choix de déroger au respect de la Convention est une décision unilatérale et souveraine de l'État.

À cet égard, la conception de la marge d'appréciation de la Cour est au cœur du mécanisme subsidiaire de la Convention, lequel considère que les États parties sont en principe mieux placés pour évaluer la nécessité et la proportionnalité de certaines mesures dans un contexte donné. Les États sont appelés à ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différends droits protégés par la Convention.

Cela n'empêche pas de questionner son opportunité. La dérogation n'avait jamais été invoquée dans un contexte de pandémie mondiale. La pratique antérieure concernait essentiellement des contextes de menaces terroristes, de coups d'État ou encore, de guerres civiles. Cela étant, le risque de mortalité que fait courir la pandémie à des parties importantes des populations, et les conséquences potentielles sur l'ensemble de la société, devraient pouvoir être qualifiés de « *danger public menaçant la vie de la nation* ». Il reviendra à la Cour européenne des droits de l'homme d'en juger en dernier ressort lorsqu'elle se trouvera saisie par des requérants individuels.

En effet, Il faut que la crise ou le danger soient exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales permises par la Convention aux fins de la protection de la sûreté et de l'ordre publics et de la santé soient manifestement insuffisantes (Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce (l'« *Affaire grecque* »), rapport de la Commission, 1996, § 153).

Dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 1978, § 207, la Cour a précisé : « *Il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de « la vie de (sa) nation », de déterminer si un « danger public la menace ».* Si la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales est large, la Cour a néanmoins souligné que les États ne jouissent pas d'un pouvoir illimité en ce domaine. La marge nationale d'appréciation s'accompagne d'un contrôle européen (*Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, 2018, § 91 ; *Sahin Alpay c. Turquie*, 2018, § 75; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 1993, § 43).

##### *Les mesures prises ne doivent pas aller au-delà de la stricte mesure où la situation l'exige.*

Dans son évaluation de l'exigence de nécessité, qui implique inévitablement un examen de la proportionnalité, la Cour européenne peut étendre son contrôle au-delà des limites du droit en cause et élargir son évaluation en jugeant de l'essence démocratique de l'État à l'aune de plusieurs indicateurs tels que la liberté. Quant à ce qu'il faut entendre par « nécessité », la Cour n'a pas donné de définition précise de ce concept. Elle utilise une notion composite et équilibrée. La notion de nécessité implique deux conditions : toute ingérence doit être fondée sur un « besoin social impérieux » et l'ingérence doit être proportionnée au but légitime recherché. La jurisprudence de la Cour montre que plus le droit en cause est important dans le dispositif de la Convention, plus les raisons avancées pour justifier une restriction à ce droit devront être convaincantes.

L'ingérence n'est pas considérée comme disproportionnée si elle est limitée dans son application et ses effets et si elle est dûment assortie des garanties prévues par le droit interne pour protéger l'individu contre l'arbitraire<sup>27</sup>.

À titre d'exemple, le dispositif législatif exceptionnellement mis en place par le Royaume-Uni concernant les pratiques de prélèvement et conservation d'échantillons et de profils ADN, contestées dans l'affaire S. et Marper, a été considéré comme outrepassant la marge d'appréciation conférée à l'État, entraînant un constat de violation<sup>28</sup>. Si la Cour a reconnu que la lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme, constituait l'un des défis auxquels les sociétés européennes devaient faire face à l'heure actuelle, qui dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification ainsi que le rôle important que jouent ces informations dans la détection des infractions, elle précise que « *la conservation des données doit être proportionnée au but pour lequel elles ont été recueillies et être limitée dans le temps ( ) d'autres États contractants ont décidé de fixer des limites à la conservation et à l'utilisation de (données ADN) afin de parvenir à un équilibre adéquat avec l'intérêt concurrent que constitue la préservation de la vie privée.* »

Une mise en balance attentive est nécessaire, des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part pour garantir que soit proportionnée et reflète un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui se trouvent en concurrence.

Dans le même esprit mais dans un autre domaine, par un arrêt du 23 janvier 2006, la Cour d'appel de Pau rappelait, à titre liminaire, que « *si l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit un droit à l'environnement sain, composante du droit au respect du domicile, de la vie privée et familiale, ce droit doit se concilier avec les nécessités du développement économique et s'apprécier au regard d'un équilibre entre l'utilité économique ou sociale et le dommage environnemental* ». <sup>29</sup>

En outre, lorsque l'ingérence à finalité environnementale affecte l'un des principaux droits et libertés de la Convention, la Cour accorde, dans un premier temps, une marge d'interprétation étroite aux autorités nationales dans les « *circonstances particulières de l'espèce* ». Puis, elle contrôle strictement la manière dont ces autorités se sont acquittées de leurs obligations positives en vertu de l'article 8, afin de déterminer si un juste équilibre a été maintenu.

*Des mesures qui ne contrarient pas les autres obligations de l'État découlant du droit international.*

La Cour exige que l'allégation d'ingérence soit basée sur des motifs non seulement pertinents, tel que le bien-être du pays, mais suffisants : précis et justifiés. Aux yeux des juges de Strasbourg, ces motifs ne sont suffisants qu'en l'absence d'autres ingérences possibles, moins radicales du point de vue des droits fondamentaux. En pratique, le juste équilibre implique d'accorder la priorité à l'intérêt des droits de l'individu par rapport aux intérêts généraux de la communauté considérée dans son ensemble. Ainsi, les premiers arrêts consacrant la protection indirecte « par ricochet » d'un droit fondamental à l'environnement ont déclenché une évolution capitale assimilant la pollution à une ingérence dans l'exercice des droits individuels contenus dans les articles 8 à 11 de la Convention. Il s'agit des décisions rendues dans les affaires Powell et Rayner c/Royaume-Uni, où les requérants dénonçaient une atteinte à leur « bien-être », et l'affaire López Ostra c/Espagne, où ils se plaignaient d'une atteinte à leur « santé ».

27 - M.S c. Suède, 1997.

28 - S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008.

29 - Brèves réflexions sur les splendeurs et misères d'un vieux couple : protection de l'environnement et droits fondamentaux, Laurent Fonbaustier, in Mélanges, François Julien-Laferrrière, Éd. Bruylant, 2011.

Et dans l'arrêt *Guerra et autres c/Italie*, la Cour concluait à la violation de l'article 8 parce que les requérants n'avaient pas reçu d'information adéquate sur des questions intéressant la protection de leur environnement. L'angoisse ressentie par les requérantes découlait de l'incertitude entourant les mesures à prendre en cas d'accident dans l'usine chimique : elles estimaient que leur santé et même leur vie étaient en danger. **Les autorités nationales n'avaient pas fourni les informations requises et un juste équilibre n'a pas été trouvé dans les circonstances particulières de l'espèce.** Le droit de recevoir des informations concernant l'environnement n'est pas, en effet, garanti directement par l'article 10 mais par l'article 8. Cette approche est d'ailleurs confirmée par les arrêts *McGinley et Egan c/Royaume-Uni* et *Öneryildiz c/Turquie*.

**Le même raisonnement pourrait être appliqué à l'ingérence à finalité sanitaire.**

Dès lors, à l'instar de la pratique développée en matière de droit de l'environnement, notamment sur le fondement de l'article 8 CEDH, un contrôle accru du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et des juridictions, dans l'examen des normes ou des dispositifs de protection, devrait permettre, dans une logique d'étude de proportionnalité, la recherche d'un « juste équilibre » et le maintien des garanties constitutionnelles et juridictionnelles attachées à chaque droit.

Une autre possibilité d'intervention de la Cour sur l'application du principe de proportionnalité des mesures prises par la France, pour lutter contre la pandémie pourrait encore venir d'une saisine de la Cour européenne pour avis par une haute juridiction nationale d'un des États faisant appel à l'article 15 CEDH, article qui serait opposé dans le cadre d'un litige en droit interne<sup>30</sup>.

### **c) Modalités de saisine de la Cour européenne.**

#### **■ Procédure ordinaire et appel.**

La Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie de requêtes individuelles, par toute personne physique ou toute personne morale non gouvernementale se trouvant dans la juridiction des États parties à la Convention (article 34 CEDH). Le nombre de requérants potentiels est par conséquent immense : outre les huit cent millions d'habitants de la « Grande Europe » et les ressortissants de pays tiers qui y résident ou transitent, il faut compter des millions d'associations, fondations, partis politiques, entreprises, etc... Pour que la requête soit recevable, toutes les voies de recours internes doivent être épuisées et la Cour doit être saisie dans un délai de six mois à compter de la décision interne définitive (article 35 CEDH). Une fois saisie, la Cour examine la recevabilité de la requête, tenant à la procédure, à sa compétence et au fond. L'arrêt rendu par la Cour devient définitif lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, ou trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé ou encore lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée. Tout arrêt rendu par la Grande Chambre est définitif (article 44 CEDH).

#### **■ Mesures provisoires (article 39 du règlement de la Cour).**

La Cour européenne des droits de l'homme peut, en vertu de l'article 39 de son règlement, indiquer des mesures provisoires à tout État partie à la Convention européenne des droits de l'homme.

Les mesures provisoires sont des mesures d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable. Il n'est pas besoin d'épuiser au préalable les voies de recours interne, condition de recevabilité propre à la procédure classique de saisine de la Cour. L'article 39 du règlement de la Cour est habituellement appliqué à des affaires d'expulsion ou

---

30 - Cf. Part. I, Titre II, Ch. I A § 2 - La possibilité ouverte par le protocole 16 de la CEDH à la Cour de cassation et au Conseil d'État de demander un avis à la Cour et Carole Nivard, « *Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale* », La Revue des droits de l'homme, avril 2020.

d'extradition dans lesquelles existe un risque d'atteinte à la vie ou de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants. Exceptionnellement, il est appliqué dans des affaires mettant en jeu l'article 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale), lorsqu'un risque potentiellement irréparable pèse sur la vie privée ou familiale. Les décisions de refus d'application de l'article 39 ne sont susceptibles d'aucun recours.

### § 3 - Autres modalités de contrôle et de sanction du respect des droits fondamentaux.

#### a) Le Commissaire aux droits fondamentaux du Conseil de l'Europe.

La Commissaire aux droits fondamentaux du Conseil de l'Europe, institution non judiciaire, indépendante et impartiale (Résolution 99 (50)), rappelle que si « *Les gouvernements européens prennent des mesures fortes pour lutter contre la propagation de la pandémie (...) il est clair que cette pandémie et les mesures prises pour la contrer ont des conséquences sur l'exercice des droits de l'homme. Dans ces circonstances, le droit à la santé, les divers droits économiques et sociaux ainsi que les libertés politiques et civiles ont toute leur importance. Il est donc capital que les mesures prises par les autorités n'entraînent pas de discriminations et qu'elles soient proportionnées aux buts poursuivis (...) Il est essentiel que les gouvernements restent vigilants à l'égard de tout acte raciste, xénophobe ou stigmatisant et qu'ils fournissent un large accès à des informations objectives sur la situation sanitaire, la disponibilité des services et les mesures prises.* » (Déclaration du 16 mars 2020).

#### b) Le Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949.

##### ■ **L'article 3 du Statut : obligation pour les Membres d'assurer la jouissance des droits et libertés fondamentales.**

En application de l'article 3 du Statut : « *Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre I<sup>er</sup>.* » Il est ainsi rappelé que « *Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* » (Chapitre I<sup>er</sup> - article 1.a) du Statut).

##### ■ **Les articles 8 et 9 du Statut : la suspension et l'exclusion.**

En application de l'article 8 du Statut : « *Tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même.* » Et en vertu de l'article 9 du Statut : « *Si un membre n'exécute pas ses obligations financières, le Comité des Ministres peut suspendre son droit de représentation au Comité et à l'Assemblée Consultative, aussi longtemps qu'il n'aura pas satisfait auxdites obligations.* »

***Aucune exclusion n'a encore été prononcée.***

À ce jour, aucune exclusion n'a été prononcée du Conseil de l'Europe.

***La Grèce, la Turquie et la Russie ont été déjà suspendues.***

En revanche, trois pays ont été suspendus de leur droit de représentation en raison de manquements graves à l'article 3 du Statut. Ainsi, la Grèce, après l'établissement de la dictature militaire des colonels en 1967, a été menacée de suspension, mais s'est retirée de l'organisation en 1969, avant le vote de suspension du Comité des ministres et la procédure n'a pas abouti. Le pays a rejoint l'organisation en 1974 après la chute du régime. La Turquie, après le coup d'État militaire de 1980, mais en 1984 elle a récupéré

son droit de vote à l'Assemblée après les élections démocratiques. Enfin, la Russie a été suspendue à l'Assemblée de 2000 à 2001 à cause de sa politique en Tchétchénie puis en 2014 en raison de l'annexion de la Crimée en 2014 et de la guerre dans le Donbass. Elle a réintégré l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 25 juin 2019.

## **B. LES MÉCANISMES DE SAUVEGARDE DES DROITS FONDAMENTAUX PROPRES À L'UNION EUROPÉENNE (UE).**

### **§ 1 - La Cour de Justice de l'union européenne (CJUE) et les droits fondamentaux.**

#### **a) Rappel sur le rôle et les compétences de la CJUE.**

La Cour de Justice de l'Union européenne, appelée Cour de Justice des Communautés européennes avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, est la juridiction de l'Union européenne. Elle a compétence exclusive pour régler les différends entre États membres<sup>31</sup>, pour les recours établis par les traités et dirigés contre l'Union européenne et pour constater l'invalidité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne<sup>32</sup>. Si elle ne dispose pas de compétence exclusive pour interpréter le droit de l'Union, son rôle d'uniformisation en la matière est d'une importance constitutionnelle pour le système juridique de l'Union européenne.

#### **b) L'article 6 du traité sur l'Union européenne (TUE).**

L'article 6 est la principale disposition du traité sur l'Union européenne en matière de droits fondamentaux. **Le paragraphe 1 de l'article 6** dispose que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée solennellement (à l'époque sans valeur juridique) par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, et adaptée le 12 décembre 2007, a la même valeur juridique que les traités depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1<sup>er</sup> décembre 2009. En vertu de l'article 51 § 1 de la Charte, celle-ci s'applique aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres mais uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Cette notion de « mise en œuvre » est interprétée largement par la Cour de Justice de l'Union européenne, qui considère que « *les droits fondamentaux garantis par la Charte devant (...) être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte* »<sup>33</sup>. Cette appréciation large de l'applicabilité de la Charte aux États membres n'est toutefois pas sans limite, et la Cour précise que « *lorsque, en revanche, une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence* »<sup>34</sup>. L'élément déclencheur de l'applicabilité de la Charte à un État est donc l'existence d'une norme juridique de l'Union européenne applicable à la situation litigieuse.

**Le paragraphe 2** impose à l'Union européenne d'adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Une telle adhésion ferait de la CEDH une source formelle du droit de l'Union européenne, et soumettrait celle-ci à la compétence de la Cour européenne

31 - Art. 344 TFUE.

32 - CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85.

33 - CJUE, grande chambre, 26 févr. 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 21.

34 - *Ibid.*, point 22.

des droits de l'homme. Cette adhésion n'a toutefois pas encore eu lieu. Une première tentative (et pour l'heure, la seule) a avorté lorsque la Cour de Justice, le 18 décembre 2014, a estimé dans son avis 2/13 que l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention était contraire au droit primaire de l'Union et menaçait l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. À ce jour, aucun autre accord d'adhésion n'a été négocié en remplacement de ce premier accord.

**Le paragraphe 3** énonce que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Ce paragraphe reprend le contenu de l'art. 6 § 2 TUE « pré-Lisbonne » et rappelle la jurisprudence de la Cour de Justice remontant aux années soixante-dix, en particulier les arrêts *Stauder*<sup>35</sup> et *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>36</sup>. Il signifie que l'entrée en vigueur de la Charte n'a pas abrogé la protection des droits fondamentaux sous forme de principes généraux du droit. Il est toutefois indéniable que cette source est devenue d'un usage marginal dans la jurisprudence de la Cour, au profit de la Charte.

### **c) L'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE).**

Cet article pose un certain nombre de principes d'interprétation de la Charte.

**Le paragraphe 1** dispose que « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* » et que « *dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ». La Charte a donc fait le choix, contrairement à la CEDH, d'une clause transversale de limitation. L'art. 52 § 1 reprend les trois conditions « standard » de légalité d'une ingérence dans un droit fondamental telles qu'issues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la limitation doit être « prévue par la loi » ; elle doit être justifiée par un intérêt légitime, qui peut être soit un « intérêt général » soit la « protection des droits et libertés d'autrui » : et elle doit être proportionnée, c'est-à-dire non excessive au regard de l'intérêt légitime poursuivi. L'art. 52 § 1 ajoute cependant, par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une autre exigence : celle du respect du « contenu essentiel » des droits et libertés.

**Le paragraphe 2** dispose que « *Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci* ». Si l'on considère uniquement le droit primaire, cela concerne les droits de citoyenneté (art. 39 à 46) ainsi que l'art. 15 § 2 et 3 (liberté économique des citoyens de l'Union) et l'art. 21 § 2 (non-discrimination en raison de la nationalité). Toutefois, plus largement, de nombreuses dispositions de la Charte font écho à des dispositions de droit dérivé, comme l'art. 8 (protection des données personnelles), l'art. 18 (droit d'asile) ainsi que de nombreuses dispositions du Titre IV (« Solidarité ») qui font référence à la législation de l'Union européenne en matière de droit du travail.

**En vertu du paragraphe 3**, « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* ». Cette clause garantit une certaine cohérence entre la jurisprudence des deux cours européennes. Cette disposition ne fait toutefois « *pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* ». Cette possibilité a été illustrée récemment concernant la qualification de la situation des demandeurs de protection internationale et des ressortissants de pays de tiers maintenus dans la zone de

35 - CJCE 12 nov. 1969, *Stauder*, 29-69.

36 - CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70.

transit hongroise de Röszke, à la frontière serbe. Les personnes demeurant dans cette zone ne pouvaient en effet ni pénétrer en Hongrie, qui leur refusait l'accès à son territoire, ni retourner en Serbie, qui ne considérait pas que ces personnes étaient entrées en Hongrie illégalement au sens de l'accord de réadmission entre la Serbie et la Hongrie. Les « résidents » de cette zone de transit se trouvaient donc piégés dans un *no man's land* juridique, n'étant pas à proprement parler emprisonnés mais n'étant pas davantage capables en fait de sortir de la zone. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie de cette question dans une affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, jugea en 2019 que les requérants n'ont pas été privés de leur liberté au sens de l'article 5 CEDH, dans la mesure où ils n'étaient pas physiquement empêchés de sortir de la zone pour retourner en Serbie<sup>37</sup>. À l'inverse, la Cour de Justice de l'Union européenne, dans son arrêt *FMS* du 14 mai 2020<sup>38</sup>, estima que cette situation apparaissait comme une privation de liberté au sens du droit de l'Union européenne.

**En vertu du paragraphe 4**, « Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions ». Cette disposition fait écho à la période des arrêts « pionniers » en matière de protection communautaire (à l'époque) des droits fondamentaux. C'est en effet dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970<sup>39</sup> que la Cour de Justice désigna les « traditions constitutionnelles communes » comme source matérielle première pour identifier les droits fondamentaux garantis en droit communautaire sous forme de principes généraux du droit. L'histoire de cette source est cependant celle de sa perte inexorable d'importance. En effet, dès l'arrêt *Nold* de 1974<sup>40</sup>, la Cour de Justice consacra les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme en tant que deuxième source d'inspiration pour dégager des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire. Même si, à ce titre, la Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas citée, c'est elle qui est visée. Ratifiée par l'ensemble des États membres des Communautés européennes d'alors, elle présente le premier avantage de constituer un standard commun plus immédiatement identifiable que les « traditions constitutionnelles communes ». Dotée en outre d'une juridiction chargée de la protéger, elle présente le second avantage d'être assortie d'une jurisprudence dynamique et évolutive. Le traité de Maastricht consacra d'ailleurs cette hégémonie de la Convention européenne des droits de l'Homme au regard des autres instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, puisque c'est depuis ce traité que la Convention européenne des droits de l'Homme est l'une des deux sources d'inspiration des principes généraux du droit de l'Union consacrées par les traités. En pratique, c'est en réalité la source principale. Certes, les traditions constitutionnelles communes figurent elles aussi – et encore aujourd'hui à l'article 6 § 3 du TUE – à égalité avec la CEDH en tant que sources d'inspiration des principes généraux du droit. Toutefois, il résulte de l'analyse de la jurisprudence que cette source est subsidiaire et n'est utilisée qu'en cas de silence de la Convention sur une question précise. On peut ainsi mentionner l'arrêt *Berlusconi*<sup>41</sup>, qui se fondait sur les traditions constitutionnelles communes pour dégager un principe général de rétroactivité de la loi pénale plus douce, qui n'est pas consacré textuellement par la Convention européenne des droits de l'Homme et n'était pas non plus, à l'époque, consacré dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>. La mention desdites traditions à l'article 52 § 4 peut dans ce contexte être perçue comme une tentative aussi anachronique que déses-

37 - Cour EDH, grande chambre, 21 nov. 2019, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15.

38 - CJUE, grande chambre, 14 mai 2020, *FMS e. a.*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU.

39 - Précit.

40 - CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4-73.

41 - CJCE, grande chambre, 3 mai 2005, *Procédures pénales c. Silvio Berlusconi & autres*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

42 - Il l'a été depuis dans l'arrêt *Scoppola contre Italie (n° 2)* (Cour EDH, grande chambre, 17 sept. 2009, n° 10249/03).

pérée des États membres de parer à des expansions jurisprudentielles incontrôlées de la substance de la Charte qui mettrait cette dernière en tension, voire en opposition, avec le droit constitutionnel national. Cet anachronisme, pour ne pas dire cette navigation à contre-courant, est confirmé par la quasi-absence de référence à cette disposition dans la jurisprudence de la Cour.

**En vertu du paragraphe 5,** « *Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* ». Cette disposition ne détermine cependant pas comment identifier les « principes » à la justiciabilité ainsi limitée. Cette catégorie peut toutefois sembler correspondre ou à tout le moins converger largement avec celle des dispositions de la Charte que la Cour estime dénuées d'effet direct, et donc non invocables devant le juge national aux fins d'écarter une norme nationale contraire, motif pris de ce qu'elles renvoient à des dispositions du droit de l'Union ou du droit national afin de produire pleinement leurs effets<sup>43</sup>, même si la Cour n'utilise pas le terme de « principes » pour désigner ces dernières ni ne renvoie à l'art. 52 § 5 de la Charte.

**En vertu du paragraphe 6,** « *les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte* ». De nombreuses dispositions de la Charte renvoient en effet, comme on vient de le mentionner, au droit national (ainsi, le plus souvent, qu'au droit de l'Union européen). C'est le cas en particulier d'un certain nombre de dispositions contenues dans le titre « Solidarité » de la Charte, qui contient des droits économiques et sociaux, en particulier l'article 27 (droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise), l'article 28 (droit de négociation et d'actions collectives), l'article 30 (protection en cas de licenciement injustifié), l'article 34 (sécurité sociale et aide sociale), l'article 35 (protection de la santé) et l'article 36 (accès aux services d'intérêt économique général).

**En vertu du paragraphe 7,** « *Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres* ». Le texte intitulé « Explications » a été établi à l'origine sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte en 2000 et fut mis à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention européenne en 2007. Ce texte retrace la généalogie des dispositions de la Charte, et en particulier les textes et jurisprudences qui les ont inspirées. L'insistance du constituant de l'Union européenne quant à la prise en compte desdites explications ne va pas sans une certaine lourdeur, puisque l'obligation de prendre en compte ce texte est posée à l'article 6 § 1, alinéa 3, du TUE, dans le préambule de la Charte (cinquième paragraphe) et à nouveau à l'article 52 § 7 de la Charte.

#### **d) Les voies de droit.**

Le juge national étant le juge de « droit commun » du droit de l'Union européenne, la Cour de Justice de l'Union européenne est quant à elle une juridiction d'attribution. Elle ne peut être saisie qu'au moyen de l'une des voies de droit énumérées dans les traités. Il ne s'agira pas ici de présenter de façon exhaustive l'intégralité des informations procédurales relatives à ces voies de droit, mais plus modestement d'identifier la façon dont ces voies de droit peuvent être mises au service de la protection des droits fondamentaux. Il faut pour ce faire distinguer deux types de violation (alléguée) de droits fondamentaux : *celles qui ne sont pas imputables à l'Union européenne elle-même et celles qui le sont.*

---

43 - CJUE, grande chambre, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C176/12, points 45 à 48.

Concernant les violations non imputables à l'Union européenne, la voie de droit la plus adaptée est la **procédure en manquement**. Si cette procédure va jusqu'à son terme, la Cour de Justice peut rendre un arrêt par lequel elle reconnaît qu'un État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union européenne. Cet arrêt, déclaratoire, impose à l'État défendeur de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour. Si, ultérieurement, la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut à nouveau saisir la Cour, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations, de ce que l'on appelle couramment un recours en « manquement sur manquement ». Si la Cour reconnaît alors que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte, sur la base du montant indiqué par la Commission et qu'elle estime adapté aux circonstances. Par ailleurs, lorsque le recours en manquement est effectué par la Commission, celle-ci peut demander à la Cour de condamner l'État au paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte sans avoir à attendre un éventuel « manquement sur manquement », mais seulement si l'État membre concerné a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative (au sens de l'article 289 du TFUE). Le pouvoir d'initier une procédure en manquement est réservé à la Commission européenne (TFUE, art. 258) et aux États membres (TFUE, art. 259). Dans le premier cas, la Commission ne peut saisir la Cour de Justice qu'au terme d'une procédure précontentieuse au cours de laquelle la Commission doit mettre l'État en demeure de présenter ses observations puis, si l'État ne corrige pas le manquement allégué ou ne convainc pas la Commission de l'absence de manquement, émettre un avis motivé à ce sujet. Cet avis prévoit un délai permettant à l'État de s'y conformer, à défaut de quoi la Commission peut saisir la Cour. Dans le second cas, d'occurrence assez rare, avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours en manquement devant la Cour de Justice, il doit en saisir la Commission. Celle-ci émet un avis motivé après que les États intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales. Si la Commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour. Certes, un particulier peut se plaindre à la Commission de la violation de ses droits par un État membre – de telles plaintes ne sont d'ailleurs pas rares en pratique. Toutefois, la Commission européenne n'est jamais tenue de donner suite<sup>44</sup>. En outre, la procédure de manquement n'a d'intérêt pour les particuliers que s'ils souhaitent la cessation, par l'État membre, du comportement litigieux. Elle n'est en effet pas susceptible, par elle-même, de leur ouvrir droit à réparation.

**Le renvoi préjudiciel en interprétation**, sans être une véritable voie de recours, peut permettre indirectement à la Cour d'identifier une violation des droits fondamentaux imputable soit à un État soit à toute autre personne relevant de la juridiction d'un État membre. Le renvoi préjudiciel en interprétation est l'une des deux procédures préjudicielles prévues par l'article 267 du TFUE<sup>45</sup>. Lorsqu'une question d'interprétation du droit de l'Union européenne est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Il s'agit là d'une simple faculté pour la juridiction nationale, sauf s'il s'agit d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne – typiquement, une Cour suprême ou une cour constitutionnelle. Une telle juridiction, confrontée à une question d'interprétation du droit de l'Union européenne, est tenue de saisir la Cour, sauf si la disposition du droit de l'Union européenne en cause est suffisamment

44 - CJCE, 14 févr. 1989, *Star Fruit Company SA*, aff. 247/87.

45 - L'autre est le renvoi préjudiciel en appréciation de validité (v. les développements *infra*)

claire pour ne pas nécessiter l'intervention de la Cour de Justice<sup>46</sup>. La Cour de Justice ainsi saisie rend, au terme d'une procédure contradictoire, un arrêt d'interprétation qui lie juridiquement le juge national qui l'a interrogée. *De facto*, sinon *de jure*, cette interprétation s'impose cependant au-delà du seul juge *a quo*, ne serait-ce que parce que l'interprétation en question fait jurisprudence. L'interprétation en question est en principe rétroactive car elle s'attache à la disposition interprétée. Cependant, la Cour de Justice s'est octroyée le pouvoir de moduler dans le temps les effets de son interprétation et donc de décider, si elle l'estime nécessaire pour sauvegarder la sécurité juridique, que l'interprétation qu'elle délivre ne vaut que pour l'avenir<sup>47</sup>. À strictement parler, cette voie de droit ne permet pas à la Cour d'apprécier la compatibilité du droit national ou du comportement d'une autorité publique nationale ou d'un particulier avec le droit de l'Union (y inclus les droits fondamentaux que ce dernier garantit). Toutefois, elle peut y conduire indirectement, lorsque la Cour de Justice est interrogée sur le point de savoir si le droit de l'Union européenne doit être interprété dans un sens compatible avec le droit national ou avec le comportement litigieux d'une autorité publique nationale, voire d'un particulier dans l'hypothèse où le droit de l'Union est susceptible de créer des obligations à la charge de ces derniers. Si le droit de l'Union ne peut être interprété dans un tel sens, il appartient au juge national d'en tirer toutes les conséquences. Or, les normes de droit de l'Union dont l'interprétation est ainsi demandée peuvent tout à fait être des droits fondamentaux. L'interprétation délivrée par la Cour de Justice peut alors induire un constat de violation des droits fondamentaux de l'Union, de façon plus ou moins directe selon que la Cour de Justice réserve plus ou moins au juge national l'appréciation de certains faits de l'espèce.

Les voies de droit permettant de redresser une violation des droits fondamentaux imputable à l'Union européenne sont le recours en annulation, l'exception d'illégalité, le recours en carence, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité et le recours en responsabilité.

**Le recours en annulation** est prévu par l'article 263 du TFUE. Il permet à la Cour de Justice de l'Union européenne de contrôler la légalité de tout acte de l'Union, ce qui inclut leur compatibilité avec les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne. Si le recours est fondé, la Cour de Justice déclare nul et non avenue l'acte contesté. Toutefois, par souci de sécurité juridique, la Cour peut indiquer, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs. Elle peut, en d'autres termes, moduler les effets dans le temps de l'annulation et limiter le caractère rétroactif de cette dernière. Le recours en annulation doit être formé dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance. La Cour est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission. Ces requérants sont communément qualifiés de « privilégiés », en ce qu'ils n'ont pas à prouver un quelconque intérêt pour agir. La Cour de Justice est également compétente pour se prononcer sur les recours formés par la Cour des comptes, par la Banque centrale européenne et par le Comité des régions, mais cette fois seulement si les recours en question tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci – hypothèse qui ne couvre pas la violation des droits fondamentaux. Ces requérants sont qualifiés de « semi-privilégiés ». Les requérants qui ne sont ni privilégiés ni semi-privilégiés, et notamment les particuliers, sont dits « requérants non privilégiés » ou « ordinaires ». Ils ne peuvent en effet former un recours en annulation que contre trois types d'actes : les actes dont ils sont les destinataires ; les actes qui les concernent directement et individuellement et les actes réglementaires qui les concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.

46 - CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, aff. 283/81.

47 - CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne II*, aff. 43-75.

En vertu de l'article 277 du TFUE, toute partie peut se prévaloir de l'**illégalité** d'un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union à l'occasion d'un litige devant la Cour de Justice. Il suffit que le litige en question « mette en cause » cet acte à titre incident, ce qui signifie que l'examen de sa légalité doit être nécessaire pour déterminer l'issue du litige. Typiquement, par exemple, il est possible d'exciper l'illégalité d'un acte général de l'Union à l'occasion du recours formé contre un autre acte de l'Union qui exécute le premier : l'illégalité du premier peut alors justifier l'annulation du second. L'exception d'illégalité est perpétuelle et n'est donc pas soumise au délai du recours en annulation. Elle n'est pas davantage soumise aux conditions restrictives de recevabilité s'imposant aux requérants dits « ordinaires » - sous réserve, bien entendu, que le recours principal à l'occasion duquel l'exception est soulevée soit, lui, recevable. L'exception d'illégalité ne peut pas conduire à l'annulation de l'acte contesté, mais seulement à son inapplicabilité. Cette inapplicabilité est en principe relative, c'est-à-dire que l'acte jugé illégal par voie d'exception n'est inapplicable qu'au litige au cours duquel son illégalité a été soulevée, sans disparaître pour autant de l'ordonnancement juridique. Pour autant, le constat d'illégalité opéré a force de précédent, sauf modification de circonstances de droit ou de fait qui seraient de nature à faire disparaître la cause d'illégalité, de sorte que l'acte litigieux pourra en principe être déclaré illégal dans chaque instance où il est susceptible d'être applicable. Il est donc *de facto* neutralisé avec effet *erga omnes*. En revanche, un éventuel constat de légalité est plus précaire, car il ne vaut qu'au regard des moyens qui ont été effectivement soulevés devant le juge de l'Union. Le même acte pourrait donc être contesté ultérieurement avec succès, soit que les circonstances de fait ou de droit aient changé, soit sur la base d'autres moyens non envisagés lors de la première instance.

**Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité** est la deuxième procédure préjudicielle prévue par l'article 267 du TFUE, avec le renvoi préjudiciel en interprétation. Lorsqu'une question relative à la validité d'un acte d'une institution, organe ou organisme de l'Union européenne est soulevée devant une juridiction de l'un des États membres, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de Justice de statuer sur cette question. La validité des actes de l'Union européenne étant, entre autres, conditionnée par le respect des normes supérieures de droit de l'Union, dont les droits fondamentaux font partie, le renvoi peut porter sur la compatibilité de l'acte avec les droits fondamentaux. À l'instar du renvoi préjudiciel en interprétation, il s'agit donc d'une procédure de coopération juridictionnelle entre le juge national, juge de droit commun du droit de l'Union européenne, et le juge de l'Union. Il existe toutefois une différence de taille entre le renvoi préjudiciel en interprétation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Alors que le renvoi préjudiciel en interprétation n'est obligatoire que pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours dès lors qu'elles ont un doute sur l'interprétation du droit de l'Union, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité est quant à lui obligatoire pour toute juridiction, même si ses décisions sont susceptibles de recours, dès lors qu'elle éprouve un doute sur la validité d'un acte de l'Union européenne applicable au litige. Il est à noter que cette différence entre les deux procédures préjudicielles n'apparaît pas à la lecture de l'article 267 du TFUE : elle résulte en effet de l'arrêt *Foto-Frost* de la Cour de Justice<sup>48</sup> qui a consacré le monopole de la Cour de Justice pour constater l'illégalité d'un acte de l'Union et, partant, l'obligation pour tout juge national de renvoyer cette question à la Cour de Justice. En revanche, si le juge national estime que l'acte de l'Union européenne en question est légal sans aucun doute possible, il n'est pas tenu de procéder au renvoi préjudiciel et peut, de lui-même, constater la légalité de cet acte.

---

48 - CJCE 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85.

Le recours en carence, prévu par l'article 265 du TFUE, est le pendant « négatif » du recours en annulation : alors que ce dernier permet de sanctionner un acte illégal, le premier permet de sanctionner une inaction illégale imputable au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil de l'Union européenne, à la Commission européenne, à la Banque centrale européenne ou à tout organe ou organisme de l'Union. En matière de protection des droits fondamentaux, il peut présenter un intérêt dans l'hypothèse où l'Union européenne négligerait de prendre des mesures destinées à assurer une protection effective des droits fondamentaux, en particulier au titre d'une obligation « positive »<sup>49</sup>. Le recours n'est recevable que si l'institution, l'organe ou l'organisme en cause a été préalablement invité à agir. Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution, l'organe ou l'organisme n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois. Le recours est ouvert aux autres institutions de l'Union, aux États membres ainsi qu'à « toute personne physique ou morale ». Cependant, l'article 265 du TFUE précise que dans ce dernier cas, le requérant ne peut que « faire grief à l'une des institutions, ou à l'un des organes ou organismes de l'Union d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis ». Le recours en carence distingue donc lui aussi, tout comme le recours en annulation, entre requérants « privilégiés » et requérants « ordinaires », puisqu'il résulte de cette formulation (« lui adresser ») que l'abstention d'agir ne peut concerner que les décisions qui leur sont destinées, à l'exclusion de tout acte dont ils ne seraient pas les destinataires. Toutefois, par analogie avec le recours en annulation, la Cour de Justice estime qu'un acte dont le requérant n'aurait pas été le destinataire mais qui l'aurait affecté directement et individuellement peut, s'il n'a pas été pris, donner lieu à un recours en carence d'un requérant « ordinaire », lequel aurait été recevable à l'attaquer par la voie du recours en annulation s'il avait été pris<sup>50</sup>.

En vertu de l'article 340 § 2 du TFUE, « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». L'article 268 du TFUE donne compétence à la Cour de Justice pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à cet article. Les actions contre l'Union en matière de responsabilité non contractuelle se prescrivent par cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu. La prescription est interrompue soit par la requête formée devant la Cour de Justice, soit par la demande préalable que la victime peut adresser à l'institution compétente de l'Union. Dans ce dernier cas, la requête doit être formée dans un délai de deux mois à compter de la réponse de l'institution en question. Par application des dispositions pertinentes concernant le recours en carence, si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution, l'organe ou l'organisme n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois<sup>51</sup>. La référence, vague, aux « principes généraux communs aux droits des États membres » a été explicitée par la jurisprudence. Il résulte de cette dernière que c'est l'illégalité du comportement de l'Union qui est de nature à engager sa responsabilité, dès lors que cette illégalité a causé un dommage<sup>52</sup>. En matière d'actes juridiques de l'Union européenne, il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice que la mise en jeu de la responsabilité de l'Union, désormais alignée<sup>53</sup> sur le régime de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union européenne devant le juge national<sup>54</sup>,

---

49 - V. not. CJCE, 26 nov. 1996, *T. Port*, aff. C-68/95.

50 - *Ibid.*, pt 59.

51 - Article 46 du Statut de la Cour de Justice.

52 - CJCE, 28 avr. 1971, *Liitticke*, aff. 4-69, pt 10.

53 - CJCE, 4 juill. 2000, *Bergaderm & Goupil*, aff. C-352/98 P.

54 - Pour le principe de cette responsabilité, v. CJCE, 19 nov. 1991, *Franovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90. Pour le régime de cette responsabilité, v. CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93.

requiert que trois conditions soient réunies. À savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers (ce qui inclut très naturellement les droits fondamentaux), que la violation soit suffisamment caractérisée et, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation qui incombe à l'Union et le dommage subi par les personnes lésées. Le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit de l'Union est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre comme par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. Par conséquent, lorsque l'institution en cause ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit de l'Union peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée. Il n'est plus exigé désormais que la règle de droit violée soit une règle « supérieure », condition qui était exigée avant l'arrêt *Bergaderm* pour les actes normatifs de l'Union qui impliquaient un choix de politique économique<sup>55</sup> et que remplissent de toute façon les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union.

## § 2 - Autres mécanismes de protection des droits fondamentaux.

### a) L'article 2 du Traité sur l'Union européenne.

L'article 2 du Traité sur l'Union européenne est ainsi libellé : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ». La première phrase de cet article reprend essentiellement le contenu de l'art. 6 § 1 TUE « pré-Lisbonne » : « *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres* ». L'on peut faire ici plusieurs commentaires. D'une part, le terme « principes » a été remplacé, dans la version en vigueur, par le terme « valeurs ». D'autre part, la position de l'article a évolué, passant de l'article 6 à l'article 2. Enfin, cet article est enrichi, dans sa version en vigueur, d'une nouvelle référence aux droits des minorités, au pluralisme, à la non-discrimination, à la tolérance, à la justice, à la solidarité et à l'égalité entre les femmes et les hommes. Tous ces changements convergent vers la conclusion d'une évolution de ces éléments comme des valeurs politiques fondamentales à l'Union européenne, aussi bien au niveau de ses institutions que de ses États membres. Il s'agit là du substrat constitutionnel axiologique du vivre-ensemble européen.

L'article 2 n'est pas, en lui-même, justiciable. Toutefois, les valeurs qu'il contient sont « concrétisées » par plusieurs autres dispositions que la Cour de Justice interprète à la lumière des valeurs de l'article 2. Ainsi la Cour de Justice a-t-elle pu estimer que, « aux termes de l'article 10, paragraphe 1, TUE, le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative, laquelle concrétise la valeur de démocratie » qui est, « en vertu de l'article 2 TUE, l'une des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée »<sup>56</sup>. Elle a également estimé que l'article 19 TUE, qui confie la charge d'assurer le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales, « concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE »<sup>57</sup>. Surtout, c'est l'art. 2 TUE que la procédure mise en place à l'art. 7 TUE est destinée à garantir.

55 - CJCE, 2 déc. 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. 5/71, pt 11.

56 - CJUE, grande chambre, 19 déc. 2019, *Patrick Grégor Puppincx e. a.*, aff. C 418/18 P, point 64.

57 - CJUE, grande chambre, 27 févr. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, point 32.

**b) L'article 7 du TUE.**

Introduit par le traité d'Amsterdam, le dispositif prévu par l'article 7 du TUE permet de suspendre temporairement et partiellement l'appartenance d'un État membre à l'Union européenne en cas de violation grave et persistante des valeurs fondamentales de l'Union. La procédure prévue pour mettre en œuvre cette sanction est lourde et complexe. Depuis le traité de Nice, l'article 7 prévoit deux procédures distinctes. Une procédure de sanction répressive qui était celle initialement prévue et une procédure d'alerte, venue s'ajouter à la première.

**La procédure de sanction** initiale, qui perdure aujourd'hui, permet au Conseil, en présence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Les conditions de mises en œuvre de cette sanction sont relativement lourdes. En effet, la violation grave et persistante des valeurs doit d'abord être constatée à l'unanimité par le Conseil européen sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen. Il appartient ensuite au Conseil, à la majorité qualifiée, de décider des sanctions appropriées<sup>58</sup>. Ces sanctions ne sont pas prédéterminées. En effet, selon l'article 7 § 3, le Conseil « *peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil* ». La suspension des droits est provisoire et les obligations de l'État concerné au titre du traité perdurent. Le but de ce dispositif répressif est que l'État cesse de porter atteinte aux valeurs de l'Union. Ce dernier est d'ailleurs entendu et invité à échanger avec les institutions européennes. Cette ambition curative est également au cœur du mécanisme d'alerte introduit par le traité de Nice et désormais prévu au premier paragraphe de l'article 7 du TUE.

**La procédure de déclenchement du dispositif d'alerte** est moins complexe que la procédure de sanction principale. Au plan décisionnel, seul le Conseil intervient sur proposition d'un tiers des États membres, de la Commission, mais également, contrairement à la procédure de sanction, du Parlement européen. Le Conseil décide à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres. Surtout, le dispositif d'alerte n'a pas le même objet que la procédure principale. Il s'agit en effet ici de constater qu'il existe « *un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2* » et non une violation « *grave et persistante* » déjà réalisée. Introduit quelques années après la procédure principale, ce dispositif permet d'agir avant que la violation ne soit réalisée. C'est un mécanisme préventif qui permet une intervention graduelle des institutions européennes. À cet égard, il convient de souligner que dans cette procédure, comme dans la procédure initiale, l'État est invité à présenter ses observations.

Le contrôle juridictionnel des mesures prises en application de l'article 7 est organisé par l'article 269 du TFUE. Ce dernier prévoit que la légalité des actes adoptés par le Conseil européen et par le Conseil ne peut être contestée que par l'État concerné et dans un délai d'un mois et compter de l'adoption des actes en question. Le contrôle de légalité est en outre limité puisqu'il ne porte, d'après les termes mêmes de l'article 269 du TFUE, que sur « *les seules prescriptions de procédure* ». Il ne peut donc concerner les conditions substantielles d'engagement de l'article 7 du TUE.

**c) Les précédents de la Pologne et de la Hongrie.**

Depuis quelques années, plusieurs États membres de l'Union européenne sont accusés par plusieurs institutions de l'UE ainsi que de nombreuses ONG et OIG de porter atteinte aux valeurs européennes, aux principes de démocratie et d'État de droit. C'est le cas en particulier de la Pologne et de la Hongrie,

---

58 - Les règles de votation sont calculées en ne tenant pas compte, évidemment, de l'État concerné par la procédure.

contre qui ont été ouvertes deux procédures pour risque de violation grave des valeurs de l'Union, respectivement par la Commission<sup>59</sup> et le Parlement européen<sup>60</sup>. Les gouvernements populistes et conservateurs de ces pays se sont employés méticuleusement, selon des stratégies différentes mais essentiellement convergentes, à éliminer les différents contre-pouvoirs, y compris le pouvoir judiciaire.

Ainsi, fort en 2010 d'une majorité des deux tiers à l'Assemblée nationale, le **Fidesz hongrois** a rapidement entrepris de modifier la Constitution à son avantage, notamment en multipliant le champ des lois « organiques » nécessitant une super-majorité que d'éventuels successeurs du Fidesz auront du mal à atteindre, rendant *de facto* les lois ainsi adoptées quasiment impossibles à amender ou abroger en cas d'alternance. Le pouvoir judiciaire a fait l'objet d'un remaniement d'ensemble<sup>61</sup>, par le biais notamment d'une réduction de l'âge de la retraite des juges avec effet immédiat, ce qui a conduit à la mise à la retraite d'office de 27 % des juges hongrois, remplacés par de nouveaux juges choisis par le Fidesz, y compris à la Cour constitutionnelle dont le nombre de juges a par ailleurs été étendu de 11 à 15, les juges supplémentaires ayant été nommés par le Fidesz. Cette mise à la retraite d'office a conduit à une condamnation en manquement de la Hongrie pour... violation du principe de non-discrimination en raison de l'âge<sup>62</sup> ! Le président de la Cour suprême hongroise a été démis d'office, ce qui a conduit à une condamnation de la Hongrie par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Baka c. Hongrie* du 23 juin 2016<sup>63</sup>. La compétence de la Cour constitutionnelle a été réduite, excluant notamment les matières budgétaire et fiscale. Le président de l'équivalent hongrois du Conseil supérieur de la magistrature détient quant à lui, à titre individuel, le pouvoir discrétionnaire de choisir les juges et les hauts fonctionnaires, sans être soumis à un réel contrôle.

Le contrôle du gouvernement s'étend aussi aux médias et à la société civile. Une nouvelle autorité de régulation de la presse a été créée, dotées d'importants de pouvoirs de sanction financière à l'encontre des médias, dont le directeur et les membres ont été choisis par le Fidesz. Le 4 avril 2017, le Parlement hongrois a adopté un amendement à la loi n° 204 de 2011 sur l'enseignement supérieur qui introduit de nouvelles conditions pour que les universités accréditées dans un État tiers à l'Union européenne puissent opérer en Hongrie, en particulier celle de maintenir un campus dans le pays qui les a accrédités et celle que l'implantation de l'université soit fondée sur un traité international entre la Hongrie et l'État d'accréditation. Cet amendement est généralement considéré comme visant principalement la seule université qui n'en remplit pas les conditions, l'Université d'Europe Centrale (Central European University - CEU), située à Budapest et financée par la bête noire du régime, le milliardaire philanthrope américain d'origine hongroise Georges Soros – d'où le surnom de cet amendement : « lex CEU ». Toujours en 2017, le parlement a adopté la loi dite sur la transparence des organisations finances depuis l'étranger qui, s'inspirant très fortement de la législation russe de 2012 sur les « agents de l'étranger », oblige toute organisation recevant plus de 24 000 euros en financement direct ou indirect depuis l'étranger à dévoiler ses donateurs, à s'enregistrer en tant que « organisation civile fondée depuis l'étranger » et à apposer ce label à connotation péjorative sur toute publication. Ces deux dernières législations font ou ont fait l'objet d'une procédure en manquement devant la Cour de Justice. Concernant la « lex CEU », l'avocat général

---

59 - Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'État de droit, 20 déc. 2017, COM (2017) 835 final.

60 - Résolution du Parlement européen du 12 sept. 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131 (INL)).

61 - V. not. K. Kovacs et K. L. Scheppele, "The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland – and the European Union", *Communist and Post-Communist Studies*, 2018, n° 51, p. 189.

62 - CJUE, 6 nov. 2012, *Commission c. Hongrie*, aff. C-286/12.

63 - Cour EDH, grande chambre, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12.

a conclu à une violation du droit de l'Union<sup>64</sup>. La Cour de Justice a constaté le 18 juin 2020 que la loi sur les ONG constituait un manquement au droit de l'UE, et notamment à la Charte des droits fondamentaux<sup>65</sup>. En juin 2018, le Parlement hongrois a adopté une loi qui criminalise le travail des avocats et des membres d'ONG qui aident les migrants, y compris lorsque cette aide se limite à les informer sur ou à les assister dans l'exercice de leurs droits légaux (par exemple demander l'asile ou un droit de séjour). Un recours en manquement a également été introduit contre cette loi le 8 novembre 2019<sup>66</sup>.

Plus récemment, à la faveur de la crise du coronavirus, le Premier ministre hongrois a obtenu du Parlement qu'il lui octroie des pouvoirs exorbitants, mal définis si ce n'est vaguement par l'objectif de gérer la crise sanitaire, sans limite de temps<sup>67</sup>. Bien que cet état d'urgence ait depuis lors pris fin, le Parlement a donné au gouvernement le pouvoir de déclarer un « état d'urgence médical » lui permettant, à nouveau, de concentrer un grand nombre de pouvoirs<sup>68</sup>. Le Parlement a aussi voté une nouvelle infraction pénale qui interdit à quiconque d'énoncer ou de disséminer auprès d'un large public des faits « erronés ou déformés », sans qu'un élément intentionnel soit requis, susceptibles de faire obstacle ou de porter atteinte à l'efficacité de la protection, sous peine d'un à cinq ans de prison<sup>69</sup> – une infraction susceptible de dissuader les voix éventuellement critiques par rapport à la gestion gouvernementale de la crise.

**En Pologne**, le parti « Droit et Justice » (PiS en polonais), arrivé au pouvoir suite aux élections législatives du 25 octobre 2015, suit globalement le schéma de démantèlement de l'État de droit défini par le Premier ministre hongrois Viktor Orbán<sup>70</sup>, à cette différence (notable) près que ce parti ne bénéficie pas d'une majorité suffisante pour modifier la Constitution polonaise. Pour pallier ce désagrément, le parti a donc entrepris dès son arrivée au pouvoir de prendre le contrôle du gardien et interprète de la Constitution qu'est la Cour constitutionnelle, afin de pouvoir violer la Constitution en toute tranquillité. Après avoir refusé de nommer les juges élus par la majorité précédente, le parti a modifié les règles de fonctionnement de la Cour constitutionnelle, notamment en l'obligeant à trancher les affaires dans l'ordre où elles arrivent (lui interdisant donc de prioriser les affaires) et en modifiant les règles de majorité pour prendre une décision, de façon à perturber son fonctionnement. Puis, il a désigné le successeur du président sortant de la Cour dans des conditions plus que douteuses.

La Cour constitutionnelle ayant été ainsi efficacement mise sous contrôle, le parti a entrepris de s'en prendre au reste du pouvoir judiciaire. L'âge de la retraite des juges à la Cour suprême et des juges ordinaires a été abaissé avec effet immédiat, le Président de la République ayant un pouvoir discrétionnaire pour prolonger, sur leur demande, le mandat des juges actifs, ce qui a conduit à deux condamnations en manquement par la Cour de Justice<sup>71</sup>. Une procédure d'appel extraordinaire a en outre été mise en place qui permet, pendant trois ans, à une « Chambre extraordinaire » de la Cour suprême de rouvrir toute décision de justice devenue définitive après le 17 octobre 1997, sans l'accord des parties. Les « juges assistants » nommés par le ministère de la justice se voient permettre de siéger comme juges uniques

---

64 - Conclusions de l'avocate générale Kokott rendues le 5 mars 2020 dans l'affaire C-66/18 Commission c. Hongrie.

65 - CJUE, grande chambre, 18 juin 2020, *Commission c. Hongrie*, aff. C-78/18.

66 - Recours introduit le 8 novembre 2019 – Commission européenne c. Hongrie (Affaire C-821/19).

67 - K. Kovács, "Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers", *VerfassungsBlog*, 6 avril 2020, <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>

68 - G. Halmi, G. Mészáros et K. L. Scheppele: "From Emergency to Disaster: How Hungary's Second Pandemic Emergency will Further Destroy the Rule of Law", *VerfassungsBlog*, 2020/5/30, <https://verfassungsblog.de/from-emergency-to-disaster/>

69 - Art. 337 § 2 du code pénal hongrois.

70 - Voir sur ce point : L. Pech et K. L. Scheppele, "Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 23 août 2017, p. 2.

71 - CJUE, grande chambre, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18; CJUE, grande chambre, 5 nov. 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-192/18.

dans les juridictions locales, sans oublier que le ministre de la justice détient le pouvoir discrétionnaire de nommer et démettre les présidents de juridictions.

Les juges membres de l'équivalent polonais du Conseil Supérieur de la Magistrature sont en outre désormais élus non plus par leurs pairs mais par les députés, et donc par le PiS, ce qui a conduit le Réseau européen des Conseils de la Justice à suspendre son membre polonais en 2018<sup>72</sup>. Les membres de ce CSM polonais proposent la nomination des membres d'une chambre spéciale de la Cour suprême en charge de la discipline des juges, dont l'indépendance, mise en doute dans l'arrêt A.K. de la Cour de Justice<sup>73</sup>, a été déniée par la Cour suprême elle-même dans le cadre d'une résolution<sup>74</sup> qui a été jugée inconstitutionnelle par la cour constitutionnelle polonaise<sup>75</sup>, dont nous avons vu qu'elle n'est plus indépendante. L'indépendance de cette chambre est mise en cause dans une procédure en manquement contre la Pologne, pendante devant la Cour de Justice<sup>76</sup>, dans le cadre de laquelle la Cour a ordonné, à titre provisoire, que son fonctionnement soit suspendu<sup>77</sup>. Les procédures disciplinaires peuvent en outre être désormais engagées en raison du contenu même des décisions de justice.

Plus récemment, une nouvelle loi, dite « muselière » par ses détracteurs, sur le système judiciaire du 20 décembre 2019, entrée en vigueur le 14 février 2020 élargit la notion de faute disciplinaire, augmentant ainsi le nombre de cas dans lesquels le contenu des décisions de justice peut être qualifié de faute disciplinaire. Elle confère en outre à la nouvelle chambre du contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême la compétence exclusive de statuer sur des questions relatives à l'indépendance de la justice et interdit aux juridictions polonaises d'apprécier, dans le cadre des affaires pendantes devant elles, le droit de statuer sur des affaires par d'autres juges, ce qui empêche les tribunaux polonais de remplir leur obligation d'appliquer le droit de l'UE ou d'adresser des demandes préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne en la matière, comme c'était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt A.K. précédemment mentionné. Pour toute ces raisons, la Commission a initié le 29 avril 2020 une nouvelle procédure en manquement contre la Pologne concernant cette loi<sup>78</sup>. Plus récemment encore, un nouveau président de la Cour suprême polonaise a été élu dans des conditions de légalité douteuse puisqu'ont participé au scrutin les juges nommés par l'équivalent polonais du CSM, dont l'indépendance est mise en cause, le président étant lui-même l'un de ces juges<sup>79</sup>.

Il est à noter que, à l'heure où ces lignes sont écrites, ni la procédure relative à la Pologne ni celle relative à la Hongrie n'ont abouti à un vote du Conseil, alors même que, dans le cas de la Pologne, la procédure est ouverte depuis décembre 2017 et a été précédée de presque deux ans de « dialogue » entre la Commission européenne et le gouvernement polonais.

### § 3 - L'expulsion de l'UE.

Le terme « expulsion » sera ici retenu pour désigner le retrait forcé d'un État membre de l'Union européenne. Ce terme sera retenu à titre stipulatif, non sans relever cependant que d'autres termes sont parfois

---

72 - <https://www.enj.eu/node/495>.

73 - CJUE, grande chambre, 19 nov. 2019, A. K. e. a., aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

74 - Résolution des chambres civile, criminelle et sociale de la Cour suprême du 23 janvier 2020. Pour une traduction en anglais, voir ici : « Translation of Polish Supreme Court resolution on judicial appointments », Blog *Rule of Law*, <https://ruleoflaw.pl/translation-of-polish-supreme-court-resolution-on-judicial-appointments/>

75 - “Constitutional Tribunal rules in favour of Polish government against Supreme Court on judicial reform”, *Notes from Poland*, 21 avril 2020, <https://notesfrompoland.com/2020/04/21/constitutional-tribunal-rules-in-favour-of-polish-government-against-supreme-court-on-judicial-reform/>

76 - Recours introduit le 25 oct. 2019 – Commission européenne/République de Pologne (Affaire C-791/19).

77 - CJUE, grande chambre, ord., 8 avril 2020, *Commission c. Pologne*, aff. C-791/19 R.

78 - [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_772](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_772).

79 - “Polish judge leaves office, hopes for judicial independence”, *ABC News*, 30 avril 2020, <https://abcnews.go.com/International/wireStory/polands-president-appoints-acting-head-supreme-court-70421838>.

employés par la doctrine, en particulier relativement à l'exclusion d'un État fédéral, comme exclusion<sup>80</sup>, éviction ou séparation<sup>81</sup>.

Il faut tout d'abord préciser que, d'un point de vue pratique, la frontière entre retrait (volontaire) et expulsion (forcée) peut être floue. Pour prendre un exemple tiré non pas d'une organisation internationale mais d'un État, c'est formellement de manière volontaire et consensuelle que Singapour s'est séparé de la Malaisie en 1965, mais le contexte général de cette séparation atteste de ce que cette séparation a été imposée par le gouvernement fédéral<sup>82</sup>. De ce point de vue donc, il serait possible d'affirmer qu'une clause d'expulsion existe déjà en droit de l'Union européenne sous la forme du droit de retrait prévu par l'article 50 TUE, lequel, combiné à une pression adéquate, pourrait produire le même effet. C'est d'ailleurs en ce sens que l'article 50 avait été conçu d'après son rédacteur, Lord Kerr of Kinlochard, à l'époque secrétaire général de la Convention qui a élaboré le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Pour Kerr, la procédure de retrait avait vocation à être déclenchée après que l'éventuelle accession au pouvoir d'un dirigeant autoritaire ait amené l'Union européenne à suspendre le droit de vote de l'État membre en question sur la base de l'article 7 TUE<sup>83</sup>.

L'on se contentera ici de réfléchir à l'opportunité d'une clause officielle d'expulsion. Toutefois, l'existence de l'article 50 est utile à la réflexion, en ce que l'existence même d'une clause de sécession implique nécessairement que l'Union européenne, de par ses traités constitutifs, ne considère pas l'appartenance à l'Union comme irréversible, ce qui pourrait éventuellement se déduire de l'intensité des liens politiques, juridiques, institutionnels et économiques que celle-ci engendre. La procédure de retrait de l'article 50 fournit par ailleurs un modèle de la façon dont, en cas d'expulsion, l'Union européenne et l'État « expulsé » pourraient organiser l'expulsion et déterminer leurs relations futures, si tant est que l'un et l'autre souhaitent en conserver. En outre, il pourrait être argué qu'une procédure d'expulsion rééquilibrerait le rapport de force entre États membres et Union européenne, dont on pourrait dire qu'il est déséquilibré par le fait qu'un État membre peut faire pression sur l'Union européenne en menaçant de se retirer alors que la réciprocité n'existe pas<sup>84</sup>.

Le premier élément à relever est qu'il ne fait guère de doutes que la mise en place d'une procédure d'expulsion nécessiterait une révision des traités. Autant avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne il était possible de débattre sur l'existence ou non d'un droit de retrait unilatéral des États membres (l'article 50 ne venant alors éventuellement qu'organiser un droit qui existait déjà), autant il semble inconcevable que l'Union européenne dispose d'un droit implicite d'expulsion de ses membres, faute d'une base juridique organisant une telle expulsion, que ce soit sur la base du droit international ou sur celle du droit de l'Union<sup>85</sup>. Le seul substitut, à droit constant, à une expulsion serait un retrait simultané de l'ensemble des États membres autres que l'État ostracisé, lesquels, après avoir abandonné l'État en question devenu membre unique de l'Union européenne, créeraient entre eux une Union européenne « bis ». Le

80 - Voir par ex. L. Wildhaber, "Territorial Modifications and Breakups in Federal States", *Canadian Yearbook of International Law*, 1995, n° 33, p. 41.

81 - Termes employés notamment par A. Bari in "Malaysian Constitutional Perspectives on the Admission and Separation of Singapore," in T. Shiraish (dir.), *Across the Causeway: A Multi-Dimensional Study of Malaysia-Singapore Relations*, Institute of Southeast Asian Studies, 2008, p. 159.

82 - Voir not. Sur cette question : B. K. P. Chou, "Singapore: Expulsion or Negotiated Secession," in A. Pavkovic et P. Radan (dir.), *The Ashgate Research Companion to Secession*, Farnham, 2013, p. 479.

83 - "Article 50 author Lord Kerr: I didn't have UK in mind", Politico, 28 mars 2017, <https://www.politico.eu/article/brexit-article-50-lord-kerr-john-kerr/>: "Kerr imagined that the exit procedure might be triggered after an authoritarian leader took power in a member country and the EU responded by suspending that country's right to vote on EU decisions".

84 - Voir not., évoquant dès 1982 l'opportunité de pouvoir répondre aux menaces du Royaume-Uni (déjà!) de quitter la Communauté économique européenne : J. Makarczyk, "Legal Basis for Suspension and Expulsion of a State from an International Organization", *German Yearbook of International Law*, 1982, 25, 476, p. 480.

85 - Cf. en ce sens B. de Witte, "The Process of Ratification and the Crisis Options: A Legal Perspective", in S. Blockmans, D. M. Curtin et A. E. Kellerman (dir.), *The EU Constitution: The Best Way Forward?*, TMC Asser Press, 2005, p. 21, spéc. p. 21.

scénario d'une Union « bis » a été élaboré essentiellement dans l'hypothèse où un État membre refuserait d'adopter des amendements aux traités que l'ensemble des autres États jugeraient désirables, en particulier dans le contexte du traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>86</sup> et du rejet initial du traité de Lisbonne par le peuple irlandais<sup>87</sup>, mais est applicable à d'autres hypothèses, dans la mesure où l'article 50 TUE n'est soumis à aucune condition quant au motif du retrait. On mesure cependant sans qu'il soit nécessaire d'insister la faible vraisemblance de ce scénario.

Plusieurs organisations internationales disposent ou ont disposé de procédures d'expulsion, avec une efficacité variable. La Société des Nations disposait d'une telle clause, mais n'a pas su l'utiliser contre la Russie soviétique en 1939. Le 30 janvier 1969, suite au coup d'État des colonels en Grèce le 21 avril 1967 et à l'adoption d'une nouvelle constitution non démocratique en 1968, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe décida de ne plus reconnaître les délégués grecs et recommanda en outre au Comité des Ministres de prendre, dans un délai à déterminer, les mesures appropriées à la lumière des articles 3 (principes fondamentaux du Conseil de l'Europe), 7 (droit de retrait) et 8 (pouvoir d'expulsion) du Statut du Conseil de l'Europe<sup>88</sup>. La Grèce se retira du Conseil de l'Europe le 12 décembre 1969. Les Nations Unies ont menacé d'activer l'article 6 de la Charte<sup>89</sup> contre l'Afrique du Sud en 1974, mais n'ont finalement fait que suspendre ses droits de votes jusqu'aux élections démocratiques de 1995<sup>90</sup>. Le caractère *sui generis* de l'Union européenne, et le degré élevé d'intégration qu'entraîne l'appartenance, limite la pertinence de toute comparaison avec une autre organisation internationale. Toutefois, les précédents historiques nous montrent que ces procédures, lorsqu'elles existent, ne sont pour ainsi dire jamais utilisées.

Il est frappant de constater que les théories politiques de la Fédération mentionnent peu l'hypothèse d'une clause d'expulsion, que ce soit pour la justifier ou la critiquer, alors même que le droit de sécession est très étudié, que ce soit pour en admettre ou pour en rejeter l'opportunité<sup>91</sup>. E. M. Hausteiner, cependant, estime que dans les cas où des membres d'une fédération qui ne respectent pas les règles communes persistent à porter atteinte aux facteurs de cohésion de l'Union, l'expulsion peut être une option pour sauvegarder le reste de la fédération<sup>92</sup>. Encore faut-il, cependant, qu'une telle procédure soit conforme à l'esprit des traités. Il a pu être affirmé que le système de sanctions dans le cadre de l'Union européenne a pour but non pas de punir mais d'encourager l'État récalcitrant à respecter les règles<sup>93</sup>, y compris la procédure en manquement<sup>94</sup>.

86 - Cf. not. E. Philippart et M. S. D. Ho, "Flexibility and the new constitutional treaty of the European Union", in J. Pelkmans, M. S. D. Ho et B. Limonard (dir.), *Nederland en de Europese grondwet*, Amsterdam University Press, 2003, p. 140, spéc. p. 142. Voir également S. Biernat, "Ratification Of The Constitutional Treaty And Procedures For The Case Of Veto" in I. Pernice et J. Zemánek (dir.), *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Nomos Verlag, 2005, p. 21, also available at [http://www.ecln.net/elements/conferences/book\\_prag/BiernatFinal.pdf](http://www.ecln.net/elements/conferences/book_prag/BiernatFinal.pdf).

87 - R. Boudewijn et J. Emmanouilidis, J., "How to proceed after the Irish "No"", Netherlands Institute of International Relations, *Clingendael Commentary* 5, 9 juillet 2008, [https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/20080709\\_clingendael\\_commentary\\_005.pdf](https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/20080709_clingendael_commentary_005.pdf).

88 - Recommandation 547 (1969).

89 - « Si un Membre de l'Organisation enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la présente Charte, il peut être exclu de l'Organisation par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité ».

90 - Cf. K. D. Magliveras, *Exclusion from Participation in International Organisations: The Law and Practice behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership*, Kluwer Law International, 1999; L. Sohn, "Expulsion or Forced Withdrawal from an International Organization", 77 *Harvard Law Review* 1964, 8, p. 1381; C. N. Patel, "The Politics of State Expulsion from the United Nations — South Africa a Case in Point", 13 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, novembre 1980, 3, p. 310.

91 - E. M. Hausteiner, "Expulsion and the European Union – a challenge to theorizing federation?", Western Political Science Association, <https://wpsa.research.pdx.edu/papers/docs/hausteiner.pdf>, pp. 6 s.

92 - *Ibid.*, p. 14: "in cases where non-compliant members persistently undermine the factors of cohesion, expulsion can serve as an option for safeguarding the remainder of the federation."

93 - Ph. Athanassiou, "Withdrawal and expulsion from the EU and EMU. Some reflections", Banque centrale européenne, *Legal Working Paper Series*, n° 10, décembre 2009, p. 35.

94 - Voir not. S. Gervasoni, « Les sanctions de la non-exécution des arrêts de la Cour de Justice », in I. Pingel (dir.), *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, LGDJ, 2006, p. 29, spéc. p. 33: « La Commission a, dès l'origine estimé que l'action en manquement avait pour finalité le rétablissement objectif de la légalité communautaire et que, dans cette perspective, la finalité de la nouvelle voie de droit de l'article 228 CE était d'aboutir à la disparition du manquement ».

L'expulsion empêche, par définition, tout retour de l'État expulsé dans le droit chemin, sauf à voir dans la perspective d'une réadhesion une incitation à respecter les valeurs de l'Union.

La question se pose aussi des modalités d'une telle expulsion. Il serait difficile de concevoir que l'expulsion ne soit pas au moins aussi difficile à décider que la suspension de droits au titre de l'article 7 TUE, ce qui implique l'unanimité des États membres autres que l'État concerné. Dans la mesure où le jeu des alliances stratégiques et de la diplomatie entre États rend déjà cette hypothèse-là improbable, l'on mesure à quel point une expulsion le serait encore davantage. Notons toutefois qu'inscrire l'expulsion dans les traités pourrait, à l'inverse, conduire à alléger les conditions de la suspension de droits. Si, en effet, l'expulsion devenait la sanction « suprême » contre un État violant systématiquement les valeurs de l'Union, et dans la mesure où l'on conçoit difficilement une procédure plus difficile à utiliser que l'unanimité, la suspension de droits pourrait devenir le niveau intermédiaire (et non plus maximum) de sanction, soumise alors à une super-majorité plutôt qu'à l'unanimité. Notons cependant qu'il peut exister des variantes, et que l'on pourrait par exemple considérer que la décision d'expulsion est qualitativement différente de la procédure de sanction de l'article 7 TUE et qu'elle pourrait être confiée à une autre institution, par exemple le Parlement européen<sup>95</sup>.

### C. LE CHOIX ENTRE LA SAISINE DE LA COUR EDH ET LA CJUE.

Le choix entre Cour EDH et CJUE est essentiellement stratégique, et ne peut donc pas faire l'objet d'une préconisation *in abstracto* mais seulement à la lumière des éléments pertinents de l'espèce.

**Le premier paramètre à prendre en considération est d'ordre temporel.** La Cour EDH ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes – et donc, potentiellement, tardivement. À l'inverse, il n'existe aucune condition de subsidiarité pour pouvoir former un recours contre l'Union européenne. Il n'est par contre pas possible pour une personne privée de former un recours contre un État membre ou l'un de ses démembrements (par exemple une collectivité territoriale) devant la Cour de Justice. Toutefois, dès lors que le contentieux aura pu être lié devant un juge national, il est possible de demander au juge saisi de renvoyer une question préjudicielle en interprétation devant la Cour de Justice aux fins d'obtenir de la Cour des éléments permettant d'apprécier la compatibilité d'une législation, d'une réglementation, d'une décision individuelle, d'un comportement ou d'une situation avec les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne. Le renvoi est cependant facultatif pour les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours : il n'est obligatoire que pour les juridictions dont les décisions sont insusceptibles de recours, et uniquement si la question posée est sérieuse et si sa réponse est nécessaire au litige. La saisine de la Cour de Justice reste donc tributaire de l'appréciation du juge national. Il convient de noter toutefois que, dans la période récente, la Cour de Justice a entendu renforcer l'obligation qu'ont les juridictions suprêmes de renvoyer à la Cour de Justice les questions d'interprétation du droit de l'Union soulevées devant elles. En effet, la Cour de Justice a condamné la France en manquement en raison de la carence du Conseil d'État à poser une question préjudicielle à la Cour de Justice<sup>96</sup>. L'avantage de la question préjudicielle par rapport à la Cour EDH est que la juridiction européenne peut intervenir avant la fin de la procédure juridictionnelle interne, et donc avoir une réelle influence sur cette dernière plutôt que de constater une violation a posteriori, laquelle peut être difficile à redresser. Cette « faiblesse » de la procédure devant la Cour EDH est en partie nuancée par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> août 2018, du protocole n° 16 à la CEDH, qui permet aux juridictions nationales d'adresser

95 - E. M. Hausteiner, "Expulsion and the European Union – a challenge to theorizing federation?", Western Political Science Association, <https://wpsa.research.pdx.edu/papers/docs/hausteiner.pdf>, p. 21.

96 - CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17.

à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis dans le cadre d'une affaire pendante devant elles. Cette procédure s'inspire fortement de la procédure préjudicielle, mais s'en distingue à plusieurs égards : 1) la demande ne peut être adressée que par « les plus hautes juridictions » de l'État, telles que listées dans l'instrument de ratification ; 2) cette demande n'est jamais obligatoire pour les juridictions en question ; 3) la demande doit porter sur « des questions de principe » relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles et 4) la Cour ne rend dans ce cadre qu'un avis consultatif sans effet juridique contraignant et non un arrêt revêtu de l'autorité de chose jugée.

**Le deuxième paramètre à prendre en considération est d'ordre substantiel.** La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend essentiellement les droits contenus dans la CEDH, sous la réserve de la possibilité d'une protection plus étendue réservée par l'art. 52 § 3 (cf. supra). Elle est cependant sensiblement plus riche que la CEDH. D'une part, contrairement à la CEDH, elle contient des droits explicitement économiques et sociaux, énumérés au Titre IV intitulé « solidarité ». Toutefois, certaines des dispositions de ce Titre sont dénuées d'effet direct car elles renvoient, pour leur condition d'octroi ou leur régime, à la législation et à la pratique nationale et/ou européenne<sup>97</sup>. D'autre part, la Charte contient des droits plus « modernes » que la Convention, par exemple en matière de bioéthique ou de données personnelles. Enfin, certains droits contenus dans la Charte et repris de la CEDH sont autonomes dans la Charte alors qu'ils ne le sont pas dans la Convention. C'est le cas du droit à un procès équitable qui, dans la Charte, contrairement à l'art. 6 § 1 CEDH, n'est pas tributaire de ce que le litige relève de la matière civile ou pénale. C'est également le cas du droit à la non-discrimination qui, dans la Charte, contrairement à l'art. 14 CEDH, ne se limite pas à interdire les discriminations dans l'exercice d'un autre droit mais interdit plus largement toute discrimination – à l'instar du Protocole n° 12 CEDH, peu ratifié et en tout cas pas par la France.

**Le troisième paramètre à prendre en considération est le champ d'application personnel des deux instruments.** Par « champ d'application personnel », on entend ici les autorités publiques à qui ces deux textes imposent le respect des droits qu'ils posent.

D'un côté, seule la Cour de Justice peut protéger les individus contre l'Union européenne elle-même et contre la législation qu'elle adopte. La Cour européenne des droits de l'homme ne peut contrôler que l'exécution, par les États membres, du droit de l'Union européenne, à qui elle accorde qui plus est une présomption de compatibilité avec les droits qu'elle protège<sup>98</sup>. La Cour EDH ne pourra contrôler le respect des droits fondamentaux par l'Union européenne que lorsque celle-ci aura adhéré à la CEDH, ce que l'art. 6 § 2 TUE requiert mais sans limite de temps. Or, l'avis 2/13 de la Cour de Justice du 18 décembre 2014 qui a conclu à l'incompatibilité de l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH avec le droit primaire a interrompu le processus d'adhésion, lequel semble à l'heure actuelle au point mort.

En revanche, la compétence de la Cour de Justice pour contrôler le respect des droits fondamentaux par les États membres est plus limitée que celle de la Cour EDH puisque les droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union, qu'ils soient garantis par la Charte des droits fondamentaux ou sous la forme de principes généraux du droit, ne sont applicables aux États membres que dans le champ d'application du droit de l'Union. Cela signifie que, pour que ces droits soient applicables, il est nécessaire qu'une norme de droit de l'UE autre que la Charte soit concomitamment applicable au litige. Cela génère une complexité supplémentaire, ainsi d'ailleurs qu'un certain degré d'incertitude au regard de la complexité de la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière.

97 - CJUE, grande chambre, 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C176/12.

98 - Cour EDH, grande chambre, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98.

### CHAP III. LES CONTRÔLES EN DROIT INTERNATIONAL.

#### A. LE PACTE INTERNATIONAL SUR LES DROITS CIVILS ET POLITIQUES (PIDCP DU 16 DÉCEMBRE 1966).

##### § 1- Les dispositions des articles 30 de la DUDH et 4 du PIDCP.

###### a) L'article 30 de la DUDH.

En application de l'article 30 DUDH : « *Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés.* »

###### b) L'article 4 PIDCP.

En application de l'article 4 PIDCP : « *1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. ; 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18; 3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.* »

L'état d'urgence ne confère ainsi nullement un blanc-seing à l'État.

##### § 2 - Le contrôle du Comité des droits de l'homme de l'ONU.

###### a) L'existence d'un danger public menaçant la nation.

Si la notion d'« urgence publique » n'est pas clairement définie, l'expression « **menacer la vie de la nation** » a été insérée afin d'éviter les abus d'appréciation de la part des États et de restreindre l'application de l'article 4. Comme dans le cas de la Convention, ce n'est pas la qualification que donne l'État à la situation à laquelle il fait face qui est déterminante pour évaluer la compatibilité de la proclamation de l'état d'urgence avec l'article 4 mais les effets concrets de la proclamation de l'état d'exception, qu'il soit appelé état de siège, état d'alarme, état d'urgence, état de guerre ou état de nécessité nationale. La menace peut être « physique », mais elle peut également atteindre le fonctionnement de l'État. Pour le Comité des droits de l'homme, **les situations dans lesquelles le fonctionnement des organes constitutionnels est entravé, ou l'approvisionnement en nourriture des populations empêché**, constituent certainement des situations pouvant justifier le déclenchement d'un état d'exception. Il envisage également les manifestations de masse incluant des actes de violence. **Mais le même Comité rappelle que « tout trouble ou toute catastrophe n'entre pas automatiquement dans la catégorie d'un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation, selon la définition du paragraphe 1 de l'article 4 ».** Sans préjuger du caractère souhaitable du recours aux clauses dérogatoires dans de tels cas, il faut bien admettre que certaines situations exceptionnelles demeurent en effet moins évidentes à qualifier comme telles.

Les situations de crises économiques, ensuite, sont également délicates à traiter sous l'angle de l'état d'exception. **En tant que telles, ces crises ne peuvent, selon le Comité des droits de l'homme, justifier**

un état d'exception au sens du droit international, mais leurs conséquences peuvent entraîner une situation nécessitant la proclamation d'un état d'exception.<sup>99</sup>

Enfin, le Comité dans son Observation générale n° 29 invite lui-même « *l'État partie qui envisage d'invoquer l'article 4 dans une situation autre qu'un conflit armé à peser soigneusement sa décision pour savoir si une telle mesure se justifie et est nécessaire et légitime dans les circonstances* » (§ 3).<sup>100</sup>

#### **b) Les limites internationales « matérielles » aux réactions des États.**

Ces limites, face à une situation d'exception, peuvent être rassemblées sur les cinq principes distincts suivants : les principes de temporalité, de proportionnalité, de compatibilité avec le droit international, de non-discrimination et d'intangibilité de certains droits.

##### **■ Le principe de temporalité.**

Toute dérogation doit être limitée dans le temps.

##### **■ Le principe de proportionnalité.**

Dans la mesure où les dérogations ne sont permises « *que dans la stricte mesure où la situation l'exige* », cette condition vise la durée de l'état d'urgence comme le précise le Comité des droits de l'homme des Nations unies. Autrement dit, les caractères temporaire et nécessaire de l'état d'exception sont étroitement liés et « *le principe de proportionnalité (...) est commun aux pouvoirs de dérogation et de restriction* ». Pour le Comité, cette condition « *visait la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de toute dérogation appliquée par l'État du fait de l'état d'urgence.* »<sup>101</sup>

##### **■ Le principe de compatibilité avec le droit international.**

Toute dérogation doit être compatible avec le droit international. Il est en effet rappelé que l'article 55 de la Constitution de 1958 reconnaît aux « *traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés [...] une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

##### **■ Le principe de non-discrimination.**

L'article 4 § 1 PIDCP se réfère au principe de non-discrimination, même si c'est de manière nuancée et limitative, précisant que les mesures prises ne doivent pas entraîner « *une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale* ». Cette disposition interdirait toute mesure de tri systématique visant spécifiquement une catégorie de la population. De nombreux instruments plus récents visent également expressément « *l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap* ». Il convient d'examiner la stricte proportionnalité des mesures prises, en gardant à l'esprit, que « *toute garantie relative à la dérogation consacrée à l'article 4 du Pacte repose sur les principes de légalité et de primauté du droit, inhérents à l'ensemble du Pacte* » (§ 16)<sup>102</sup>

##### **■ Le principe d'intangibilité.**

L'intangibilité de certains droits fondamentaux, même dans l'hypothèse d'une guerre ou d'un danger public avéré, fait l'objet d'une ample littérature. La Convention européenne énumère quatre droits indérogeables : le droit à la vie – « *sauf pour les actes de décès résultant d'actes licites de guerre* » –, l'interdiction de la torture, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et le principe de légalité des

99 - « *États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise* » par Nicolas Bonbled et Céline Romainville, Aspirants du FNRS, Département de droit public, Université de Louvain (UCL), 2009.

100 - Annexe : « *La portée de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, et la création d'un « état d'urgence sanitaire », par la loi du 23 mars 2020, en France* », E. DECAUX.

101 - Cf. note 23.

102 - Cf. note 23.

délits et des peines. Le Pacte international en retient trois supplémentaires : la prohibition de l'emprisonnement pour dettes, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique et l'interdiction de la mort civile, ainsi que la liberté de pensée, de conscience et de religion. Enfin, l'article 27 de la Convention américaine est de loin le plus généreux, puisqu'il n'immunise pas moins de onze droits de toute mesure dérogatoire : outre ceux précités, on retrouve encore la protection de la famille, le droit à un nom, les droits de l'enfant, le droit à une nationalité et les droits politiques. Son deuxième paragraphe ajoute par ailleurs que la disposition « *n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés* ».

### § 3 - La déclaration de la dérogation au Secrétaire général de l'ONU.

#### a) Modalités.

En application de l'article 4 PIDCP, les États parties doivent, lorsqu'ils adoptent des mesures d'urgence et décident de déroger aux droits de l'homme, notifier une déclaration au Secrétaire général de l'ONU. **L'État est tenu, selon les règles internationales, d'adopter un « acte officiel » proclamant le danger public exceptionnel et d'en informer aussitôt, entre autres, le Secrétaire général de l'ONU**, et ainsi les autres États : il doit fournir au Secrétaire des explications circonstanciées sur ce qui l'a conduit à prendre ces mesures et sur les libertés ou droits qui sont suspendus. Les États doivent préciser « *les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation* ». De la sorte, les organes de protection des droits de l'homme des Nations unies peuvent s'assurer que l'État respecte bien ses obligations en matière de droits de l'homme.

#### b) Sanctions.

Si tel n'est pas le cas, l'individu dont les libertés ont été violées peut adresser une « plainte » à ces organes, en particulier au Comité des droits de l'homme des Nations unies (organe qui s'apparente à une juridiction et qui ne doit pas être confondu avec le Conseil des droits de l'homme des Nations unies). Or si l'État n'a pas formulé de déclaration de dérogation, il lui est impossible d'arguer de la situation d'urgence pour justifier les violations de droits individuels en cas de « plainte ». <sup>103</sup>

## B. LES PRINCIPES DE SYRACUSE DU 28 SEPTEMBRE 1984.

### § 1 - Historique.

Dans le cadre de la Commission des droits de l'homme des Nations unies et pour la mise en œuvre des dispositions du PIDCP qui autorisent des restrictions ou dérogations, les Principes de Syracuse ont été adoptés le 28 septembre 1984 par un groupe d'experts réunis par la Commission internationale de juristes <sup>104</sup>, l'Association internationale de droit pénal <sup>105</sup>, l'Association américaine pour la Commission internationale de juristes, l'Institut Urban Morgan des droits de l'homme, l'Institut international des Hautes études en sciences criminelles. Les Standards minimums de Paris ont été adoptés en avril 1984 sous les auspices de l'Association internationale de droit.

103 - (Annexe : « *La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le coronavirus* », C. LE BRIS).

104 - ONGI de défense des droits fondamentaux créée en 1952. La Commission est composée d'un groupe permanent de 60 éminents juristes (magistrats et avocats), comprenant des membres de la haute magistrature de l'Australie, du Canada, et de l'Afrique du Sud. L'ancienne commissaire des Nations unies pour les droits de l'homme et Présidente d'Irlande, Mary Robinson, a présidé la commission de 2008 à 2010. En janvier 2011, Pedro Nikken, qui fut président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, lui a succédé. Elle a un statut consultatif au Conseil économique et social des Nations unies, à l'Unesco, au Conseil de l'Europe et à l'Organisation de l'unité africaine.

105 - L'Association Internationale de Droit Pénal (A.I.D.P.) a été fondée à Paris le 14 mars 1924. Elle est issue d'une réorganisation de l'Union Internationale de Droit Pénal (U.I.D.P.), fondée à Vienne en 1889 qui s'était dissoute à l'issue de la Première Guerre mondiale. Elle réunit des spécialistes des sciences pénales. Depuis 1924, l'A.I.D.P. a acquis dans son domaine un statut spécial parmi les autres organisations et parmi la doctrine, les experts, les autorités gouvernementales et les professionnels. L'Administration de la justice pénale. Elle publie La Revue Internationale de Droit Pénal.

Par la suite, les Principes de Johannesburg ont été adoptés le 1<sup>er</sup> octobre 1995 par un groupe d'experts en droit international, sécurité nationale et droits fondamentaux, par Article 19<sup>106</sup>, le Centre international contre la censure, en collaboration avec le Centre d'études de droit appliquées de l'Université de Witwatersrand.

## § 2 - Présentation.

Les Principes de Syracuse ont pour vocation de poser les bases d'une interprétation des dispositions du PIDCP qui autorisent des restrictions ou des dérogations car celles-ci commençaient à « *susciter une grande inquiétude* ». Ils sont basés sur le droit international et régional ainsi que sur des normes se rapportant à la protection des droits fondamentaux, la pratique évolutive des États (qui se reflète entre autres dans les jugements des juridictions nationales) et les principes généraux de droit reconnus par la communauté des nations.<sup>107</sup>

Les Principes de Johannesburg reconnaissent l'applicabilité durable des Principes de Syracuse relatifs aux dispositions limitatives et dérogatoires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'applicabilité des Standards minimums de Paris relatifs aux normes de droits fondamentaux en état d'urgence.

## § 3 - La définition d'un danger public.

### a) Une menace pour l'intégrité physique de la population.

Les Principes de Syracuse précisent qu'un État partie ne peut prendre des mesures dérogeant à ses obligations que s'il est confronté à « *un danger exceptionnel qui menace l'existence de la nation* ». Cette menace doit : « *a) être dirigée contre l'ensemble de la population et contre la totalité ou une partie du territoire de l'État, et b) menacer l'intégrité physique de la population, l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État ou l'existence ou les fonctions essentielles des institutions qui sont indispensables pour assurer le respect et protéger les droits reconnus par le Pacte.* » (Point 39).

### b) Définition du mot danger.

La proclamation d'un danger public exceptionnel doit être faite de bonne foi. Sur la base d'une évaluation objective de la situation permettant de déterminer dans quelle mesure il y a, éventuellement, menace à l'existence de la nation. Une proclamation de danger public exceptionnel et des dérogations consécutives aux obligations prévues par les pactes qui ne sont pas faites de bonne foi constituent des violations du droit international (Point 62). Toute dérogation en cas de danger public exceptionnel doit s'interpréter restrictivement (Point 63). Elle doit être consentie et limitée (Point 64).

### c) L'intégrité physique de la population.

La santé publique peut être invoquée comme un motif pour restreindre certains droits, afin de permettre à un État de prendre des mesures en cas de menace grave à la santé de la population (point 25). Dans son Observation générale n° 14, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a donné des indications supplémentaires sur ce point, déclarant que les restrictions et limitations imposées pour des motifs de santé publique devaient « *être conformes à la loi, y compris aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, compatibles avec la nature des droits protégés par le Pacte et imposées dans l'intérêt de buts légitimes, exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique* »<sup>108</sup>. Elles doivent être provisoires, sujettes à un examen, et l'option la moins restrictive

106 - Association internationale de défense de la liberté d'expression.

107 - ONU E/CN.4/1984/4.

108 - Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14, § 28.

doit être retenue lorsque plusieurs types de limitations peuvent être imposés<sup>109</sup>. Dès lors que des mesures d'isolement et de quarantaine sont prises, il convient de veiller à ce qu'elles soient appliquées en toute sécurité et de façon respectueuse, en ayant bien conscience des risques qu'elles posent pour le plein exercice des droits humains. Si l'on souhaite renforcer la confiance du grand public, s'assurer de sa coopération, respecter le droit des personnes touchées à la dignité, et leur permettre de contrôler autant que possible leur vie, les mesures restreignant le droit de circuler librement doivent être dans la mesure du possible librement consenties. Si l'imposition d'un régime de quarantaine est nécessaire, les pouvoirs publics conservent néanmoins l'obligation de le mettre en place dans le respect des normes internationales relatives aux droits humains applicables, et notamment de veiller à ce que les personnes soumises à ce régime jouissent de conditions humaines, et d'établir un système d'examen et de surveillance efficace. Les droits des personnes en quarantaine doivent être respectés et protégés, et leurs besoins élémentaires (l'accès, dans des conditions convenables, à un hébergement, à de la nourriture, à l'eau et à des installations sanitaires) doivent être satisfaits. Ces principes doivent être appliqués à toutes les décisions de mise en quarantaine, ainsi qu'aux autres restrictions du droit de circuler librement, qui sont prises par les États pour lutter contre la propagation de la Covid-19.

#### **§ 4 - La définition d'une menace de la nation.**

##### **a) Une menace pour l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État.**

Outre le fait qu'une menace doit être dirigée contre l'ensemble de la population et contre la totalité ou une partie du territoire de l'État (Point 39 a), elle doit aussi menacer l'intégrité physique de la population, l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État (Point 39 b).

##### **b) Une menace pour l'existence ou les fonctions essentielles des institutions qui sont indispensables pour assurer le respect et protéger les droits reconnus par le Pacte.**

(Point 39 b).

#### **§ 5 - Ce qui n'est pas une menace pour la nation.**

##### **a) Un conflit ou agitation interne qui ne constitue pas une menace grave ou imminente à l'existence de la nation.**

Les Principes de Syracuse précisent qu'un conflit ou une agitation interne qui ne constitue pas une menace grave ou imminente à l'existence de la nation ne peut justifier des dérogations en vertu de l'article 4 PIDCP (Point 40).

##### **b) Les détournements de la procédure de dérogation ne sont pas admis.**

La sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier de mesures restreignant certains droits que lorsqu'il s'agit de mesures prises pour protéger l'existence de la nation, son intégrité territoriale ou son indépendance politique contre l'emploi ou la menace de la force (Point 29) ; pour prévenir des menaces de caractère local ou relativement isolées contre la loi et l'ordre (Point 30) ; pour imposer des restrictions vagues ou arbitraires et ne peut être invoquée que lorsqu'il existe des garanties adéquates et des recours utiles contre les abus (Point 31). Il en est de même de la sûreté publique (Point 33). La violation systématique des droits de l'homme compromet la sécurité nationale et peut mettre en péril la paix et la sécurité internationales (Point 32).

Enfin, les Principes de Johannesburg viennent préciser : « *En particulier, une restriction qu'un gouvernement tenterait de justifier par des raisons de sécurité nationale n'est pas légitime si son véritable but*

---

109 - Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14, § 29.

*et son effet démontrable est de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, comme par exemple de protéger un gouvernement de l'embarras ou de la découverte de ses fautes, ou pour dissimuler des informations sur le fonctionnement des institutions publiques, ou pour imposer une certaine idéologie, ou pour réprimer des troubles sociaux. » (Principe 2 b).*

## C. LOIS ET CONVENTIONS INTERNATIONALES SUR LA BIOÉTHIQUE.

### § 1 - Rappel sur le principe de proportionnalité en droit interne.

#### a) Cadre juridique de la bioéthique en France.

Il est constitué du règlement sanitaire international, du Code de la santé publique. **En outre le projet de loi relatif à la bioéthique du 24 juillet 2019 a été adopté par le sénat le 4 février 2020.**<sup>110</sup>

La société française évolue vers plus d'ouverture et de tolérance. Des marchés se développent, des pratiques prospèrent dans d'autres pays et les frontières s'effacent devant la mondialisation. L'édifice bioéthique assure, depuis vingt-cinq ans en France, un équilibre entre le respect de la dignité de la personne humaine, l'autonomie de chacun et la solidarité de tous. Il s'agit d'un nouveau cadre permettant à la liberté individuelle de s'exprimer, dans le respect de l'intérêt collectif **en cherchant ce point d'équilibre entre ce que la science propose, ce que la société revendique et les valeurs fondamentales** qui soutiennent l'identité bioéthique de la France, pionnière en matière de législation dans ce domaine, tout en accordant une place particulière aux situations de souffrance voire de drame que rencontrent certaines personnes. Les questions bioéthiques se caractérisent par leur complexité et le gouvernement s'est attaché à tirer le fil de leurs implications, à court et à long terme, pour l'individu et pour la société.<sup>111</sup>

La loi est articulée autour de six axes structurants. Je retiendrai dans notre champ de réflexion :

- Le Titre II qui encourage la solidarité entre les personnes, notamment par le don d'éléments et produits du corps humain, sans renoncer au respect et à la protection des droits individuels.
- Le Titre III qui soutient une diffusion de nouveaux progrès scientifiques et technologiques dans le respect des principes éthiques.
- Le Titre IV qui traduit la volonté de soutenir une recherche libre et responsable, au service de la santé humaine. Pour encourager cette recherche, il faut lever certains verrous juridiques et supprimer les contraintes infondées, tout en portant les valeurs éthiques françaises sur la scène internationale.
- Enfin, le Titre V qui encourage la poursuite de l'amélioration de la qualité et de la sécurité des pratiques concernées par le champ bioéthique.

#### b) Le principe de précaution ne s'oppose pas au principe de proportionnalité.

**Le principe de précaution est entré dans la Constitution, le 1<sup>er</sup> mars 2005 avec la Charte de l'environnement.** Ainsi le Parlement y a inscrit, au même titre que les droits fondamentaux qui s'y trouvent, quelques principes. À commencer par le fameux « principe de précaution ». L'article 5 de la Charte précise que les « *autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à la mise en œuvre d'application des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». Par ailleurs, la Charte stipule que « *chacun a le droit de vivre dans un*

110 - La loi comprend sept titres :

Titre 1<sup>er</sup> (articles 1<sup>er</sup> à 4) élargir l'accès aux technologies disponibles sans s'affranchir de nos principes éthiques ;

Titre II (articles 5 à 9) : promouvoir la solidarité dans le respect de l'autonomie de chacun ;

Titre III (articles 10 à 13) : appuyer la diffusion des progrès scientifiques et technologiques dans le respect des principes éthiques ;

Titre IV (articles 14 à 18) : soutenir une recherche libre et responsable au service de la santé humaine

Titre V (articles 19 à 28) : poursuivre l'amélioration de la qualité et de la sécurité des pratiques du domaine bioéthique ;

Titre VI (articles 29 et 30) : assurer une gouvernance bioéthique adaptée au rythme des avancées rapides des sciences et des techniques ;

Titre VII (articles 31 et 32) : dispositions finales.

111 - Étude d'impact Assemblée nationale et Projet de loi relatif à la bioéthique.

*environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Chacun « a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ». En contrepartie, la Charte précise que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Elle contraint également chaque citoyen et personne morale à « contribuer à la réparation des dommages » qu'il ou elle cause. Sans pour autant instituer le principe du « pollueur-payeur »<sup>112</sup>.

#### ■ L'articulation des deux principes de précaution et de proportionnalité.

Ils s'imbriquent l'un à l'autre. La précaution, principe scientifique, principe d'action<sup>113</sup>. Deux maîtres mots caractérisent la jurisprudence, notamment celle de la Cour de Justice des Communautés européennes – CJCE –, très abondante : science, d'une part ; action, d'autre part. Le principe de précaution conduit-il, structurellement, à rechercher le « risque zéro » ? Quand un produit ou une activité présente un risque, faut-il absolument s'abstenir de le courir ? La réponse est négative.

#### ■ Le principe juridique de précaution.

**Il oblige les pouvoirs publics à proportionner leurs mesures au risque redouté.** En pratique, ils doivent financer une recherche pour mieux cerner le risque, retirer provisoirement un produit, en assurer le suivi, l'interdire définitivement... **Ils doivent adopter la solution qui est la plus adaptée au risque.** En situation d'incertitude la proportionnalité ne serait qu'une vue de l'esprit, puisque, par hypothèse, le risque n'est pas quantifiable. Pourtant, si le principe de proportionnalité échappe bel et bien à une application mathématique, le juge en requiert la mise en œuvre, de façon plus subtile.

– D'une part, puisque l'on est **dans l'incertitude, les mesures adoptées doivent être provisoires et révisables** ; retirer du marché un médicament potentiellement dangereux, pour un temps seulement, la mesure devant être accompagnée d'évaluations destinées à en savoir davantage du risque redouté et à être rectifiée si nécessaire.

– D'autre part, **le décideur ne doit pas resté figé sur le seul risque sanitaire.** Ainsi la Cour de Justice des Communautés européennes a jugé<sup>114</sup>, dans une affaire où il semblait que l'emploi de substances anorexigènes dans le traitement de l'obésité présentait un risque cardiaque sur lequel s'était fondée l'autorité compétente pour retirer le médicament du marché, qu'en vertu de la réglementation, les médicaments ne peuvent être retirés que **si le risque qu'ils présentent excède les bénéfices attendus. Dans ce domaine, en effet, ce n'est pas le risque à lui seul qui compte, mais le principe de précaution et la santé.**

## § 2 - Le principe de proportionnalité en droit international.

### a) La Convention d'Oviedo.

Ou *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine Oviedo, 4.IV.1997).<sup>115</sup>

Cette Convention est le **seul instrument juridique international contraignant** pour la protection des droits fondamentaux dans le domaine biomédical. Ce texte est une Convention cadre visant à **protéger la dignité et l'identité de tous les êtres humains** et à garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Elle établit les principes fondamentaux applicables à la pratique médicale

112 - Didier Assoux Libération 1<sup>er</sup> mars 2005.

113 - Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudences Christine Noiville dans Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem 2009/1 (N° 3), pages 73 à 89.

114 - CJCE, T-147/00, Servier c/ cce, 28 janvier 2003, point 52.

115 - « *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine : Analyses et commentaires* », H. Gros Espiel, J. Michaud, G. Teboul, L. Azoux Bacrie.

quotidienne et est considérée comme telle dans le Traité européen sur les droits des patients. Elle traite également de manière spécifique de la recherche biomédicale, de la génétique et de la transplantation d'organes et de tissus.

#### ■ Le cadre juridique européen de la Convention d'Oviedo.

La Convention d'Oviedo a explicitement recours au droit international des droits fondamentaux. Elle vise la Convention de Rome de 1950 dans son préambule et elle confie à la Cour européenne des droits de l'homme, la tâche « *de donner, en dehors de tout litige concret se déroulant devant une juridiction, des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la présente Convention.* » Outre la Déclaration universelle des droits fondamentaux de 1948, la Convention d'Oviedo reprend, dans le domaine de la biologie et de la médecine, les principes développés par la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, et plus précisément à ses article 2 et article 3 et article 8.

#### ■ Le contenu de la Convention.

##### *Le Préambule.*

Le Préambule de la convention d'Oviedo est l'âme de la convention. On y retrouve, une série de références aux droits fondamentaux, avec visa des textes antérieurs. Puis la spécificité de la biomédecine est exprimée en ces termes ;

*« Conscients des rapides développements de la biologie et de la médecine ;*

*Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité ;*

*Conscients des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine ;*

Enfin ses dispositions indiquent que la biomédecine est son objet principal ;

*« Reconnaisant l'importance de promouvoir un débat public sur les questions posées par l'application de la biologie et de la médecine, et sur les réponses à y apporter ».* Afin de rappeler à chaque membre du corps social ses droits et ses responsabilités.

##### *La Convention elle-même.*

Elle laisse apparaître son objectif biomédical ; Les principes généraux figurent d'abord dans le Préambule, pour le reste, il s'agit d'un convention spécialisée en biomédecine. L'article 1<sup>er</sup> ne fait pas partie du préambule, mais, important, il reste dans sa lignée. Il est proclamatoire et assure la transition avec le reste, les principes qui précèdent doivent être appliqués à la biologie.

Son Chapitre I : Dispositions générales, est ainsi rédigé.

*« Article 1 - Objet et finalité.*

*Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.*

*Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention. ».*

À son tour, l'article 2 énonce le principe de primauté de la personne humaine.

*« Article 2 - Primauté de l'être humain.*

*L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science.*

**Cela signifie qu'aucune raison d'efficacité économique ou de progrès scientifique ne peuvent justifier l'instrumentalisation de l'être humain.** La Convention reprend ici un principe classique de l'éthique médicale, inclus entre autres dans la Déclaration d'Helsinki sur la recherche biomédicale, qui dispose

que « dans la recherche médicale sur les sujets humains, les intérêts de la science et de la société ne doivent jamais prévaloir sur le bien-être du sujet » (article 5). C'est encore l'idée de dignité humaine, en tant qu'exigence d'égalité, qui est à la base de l'article 3, selon lequel les États doivent assurer « **un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée** ». Comme le souligne le Rapport explicatif, il s'agit d'une obligation de moyens (non pas de résultat) pour les États, qui doivent prendre **les mesures appropriées** afin que tous les individus, sans discriminations, puissent bénéficier des services de santé.<sup>116</sup>

#### ***Le principe de proportionnalité dans la Convention d'Oviedo.***

Son article 26, est intitulé « Le principe de proportionnalité », dans son alinéa 1, il stipule ;

« *Restrictions à l'exercice des droits 1. L'exercice des droits et les dispositions de la protection contenus dans la présente Convention ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* ».

#### **b) La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits fondamentaux.**

Adoptée le 19 octobre 2005 par l'Unesco, dès ses premières lignes, elle rappelle les principes posés par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le consentement de la personne constitue l'un des principes fondamentaux auxquels doivent satisfaire les pratiques Le principe du consentement (article 6) est étroitement lié au principe d'autonomie (article 5) et à l'affirmation de l'importance des droits fondamentaux et du respect de la dignité humaine (article 3). La sauvegarde de la dignité humaine, premier des droits cités par la Déclaration, représente le fondement des grands principes relatifs au corps humain issus des lois relatives à la bioéthique Il convient de s'appuyer sur d'autres principes, parmi lesquels l'égalité, la liberté, le droit à la vie, l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit à la santé, le droit à bénéficier des progrès de la science et la liberté de recherche. Il revient au législateur d'assurer l'équilibre, particulièrement délicat, entre la liberté de la recherche, le bénéfice pour tous du progrès lorsqu'il est un bienfait pour la condition humaine et la protection des personnes contre les risques.

On peut citer deux articles phares de cette déclaration.

#### **– L'article 14 - Responsabilité sociale et santé.**

« **1. La promotion de la santé et du développement social au bénéfice de leurs peuples est un objectif fondamental des gouvernements que partagent tous les secteurs de la société.**

**2. Compte tenu du fait que la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques ou sa condition économique ou sociale, le progrès des sciences et des technologies devrait favoriser :**

**(a) l'accès à des soins de santé de qualité et aux médicaments essentiels, notamment dans l'intérêt de la santé des femmes et des enfants, car la santé est essentielle à la vie même et doit être considérée comme un bien social et humain ;**

**(b) l'accès à une alimentation et à une eau adéquates ;**

**(c) l'amélioration des conditions de vie et de l'environnement ;**

**(d) l'élimination de la marginalisation et de l'exclusion fondées sur quelque motif que ce soit ;**

**(e) la réduction de la pauvreté et de l'analphabétisme. »**

<sup>116</sup> - Cf. Rapport Explicatif à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Direction des Affaires Juridiques du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, paragraphe 22, p. 9.

– **L'article 20 - Évaluation et gestion des risques.**

Il conviendrait de promouvoir une gestion appropriée et une évaluation adéquate des risques relatifs à la médecine, aux sciences de la vie et aux technologies qui leur sont associées.

**c) Bioéthique et jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg.**<sup>117</sup>

Le terme « bioéthique » s'entend comme englobant la protection des êtres humains, de leurs droits fondamentaux et, en particulier, du droit au respect de la dignité humaine dans le contexte du développement des sciences biomédicales. Les questions spécifiques liées à ce terme notamment, le consentement à un examen ou traitement médical, les questions éthiques relatives au VIH-sida, les questions liées au coronavirus, la conservation de données biologiques par les autorités. Ces questions complexes sont de plus en plus fréquemment soulevées devant la Cour européenne. Un certain nombre d'affaires dans lesquelles la Cour a statué peuvent faire référence à la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 ou aux travaux du Conseil de l'Europe dans ce domaine. Ainsi la Cour a eu à connaître de questions de bioéthique, notamment portant sur le consentement à un examen ou un traitement médical, ou de questions éthiques concernant le VIH-sida et ou une grave maladie.

Plus précisément, dans l'affaire *Enhorn c. Suède*,<sup>118</sup> du 25 janvier 2005, sur l'isolement obligatoire d'une personne porteuse du VIH en vue d'empêcher la propagation de cette maladie contagieuse, une violation de l'article 5 § 1 a été retenue. La Cour ayant estimé que les critères essentiels à la lumière desquels doit s'apprécier la « régularité » de la détention d'une personne « *susceptible de propager une maladie contagieuse* » consistent à savoir, d'une part, si la propagation de la maladie est dangereuse pour la santé ou la sécurité publiques, et, d'autre part, si la détention de la personne contaminée constitue le moyen de dernier recours d'empêcher la propagation de la maladie. « *Dès lors, la Cour estime que le placement du requérant en isolement ne constituait pas la mesure de dernier recours pouvant empêcher l'intéressé de propager le VIH, étant donné que d'autres mesures, moins sévères, n'avaient pas été envisagées auparavant et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public.* »

**d) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE).**

Le Traité de Nice signé le 26 février 2001 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003. Le droit de recours devant la Cour de Justice des Communautés a été étendu. La Charte des droits fondamentaux a été adoptée au cours du sommet de Nice, mais aucune valeur juridique contraignante ne lui a été reconnue bien qu'elle ait été adoptée par toutes les instances de l'Union. Cependant, le traité de Lisbonne reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la CDFUE, du 7 décembre 2000<sup>119</sup>. Le traité de Lisbonne lui a donné ainsi la valeur juridique contraignante qui lui manquait. Elle a aussi une valeur symbolique très forte. Tous les États membres de l'Union européenne et l'Union elle-même ont adhéré à la CEDH et les principes généraux de cette Convention font, depuis le début du processus d'intégration européenne, partie du droit de l'Union. La Cour de Justice de l'Union européenne veille à son respect. Cependant la Charte prévoit de nouveaux droits qui s'ajoutent à ceux consacrés par la Convention européenne.

Dans sa première partie la Charte réaffirme des droits déjà couverts par les traités antérieurs y compris la Convention de biomédecine.

117 - publishing@echr.coe.int.

118 - n° 56529/00, CEDH 2005-I, arrêt.

119 - Légèrement modifiée et proclamée le 12 décembre 2007 au Parlement européen, la Charte a été publiée le 14 décembre 2007 au Journal officiel de l'Union européenne.

## D. LES PRESCRIPTIONS DE L'OMS POUR LE RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.<sup>120</sup>

### § 1 - Rôle de l'OMS en cas de crise sanitaire.

L'OMS a pour mission de sauver des vies et de réduire les souffrances des populations en temps de crise que celle-ci soit due à un conflit, à une flambée de maladie ou à une catastrophe.

Le nouveau programme OMS de gestion des situations d'urgence sanitaire englobe la totalité du cycle de gestion des risques, ce qui signifie qu'il collabore avec les pays pour prévenir les situations d'urgence avant qu'elles ne surviennent en travaillant à la prévention et à la préparation, qu'il soutient la riposte face à une situation d'urgence, et également, une fois l'événement initial passé, le relèvement. Ce nouveau programme tire parti des années d'expérience acquises par l'OMS dans le cadre de sa collaboration avec les pays lors des situations d'urgence.

### § 2 - Recommandations de l'OMS en cas de conflits entre le droit à la santé et les autres droits fondamentaux.

#### a) Les mesures générales à l'ensemble des pays.

Les pays doivent intensifier la surveillance de flambées inhabituelles d'affections de type grippal et de pneumonies sévères et suivre attentivement l'évolution des flambées de Covid-19 :

– En renforçant la surveillance épidémiologique.

En continuant de renforcer leur action de sensibilisation par une communication efficace des risques relatifs à la Covid-19 au grand public, aux professionnels de la santé et aux décideurs **et éviter toute mesure risquant d'entraîner une stigmatisation ou une discrimination.**

– En continuant de communiquer à l'OMS toutes les informations pertinentes nécessaires pour évaluer et prendre en charge les cas de Covid-19 en temps opportun, conformément au Règlement sanitaire international (2005).

#### b) Recommandations actualisées de l'OMS concernant le trafic international.

En rapport avec la flambée épidémique de Covid-19 du 29 février 2020. L'OMS déconseille toujours d'appliquer des restrictions aux voyages ou aux échanges commerciaux vers les pays touchés par une épidémie de Covid-19.

#### ■ **Les restrictions aux déplacements des personnes et de biens sont souvent inefficaces et contre-productives.**

De manière générale, les données montrent que l'application de restrictions à la circulation de personnes ou de biens pendant les situations d'urgence sanitaire **est inefficace.**

De plus, **ces restrictions peuvent interrompre l'aide et le soutien technique nécessaires, perturber l'activité économique, et avoir des retombées socioéconomiques négatives sur les pays touchés.**

Cependant, dans certaines circonstances, des mesures restreignant la circulation des personnes peuvent s'avérer temporairement utiles, par exemple là où il existe peu de liaisons internationales et où les moyens de riposte sont limités.

Les mesures relatives aux voyages qui entravent de manière importante le trafic international se justifient seulement au début d'une flambée épidémique, car elles permettent alors aux pays de gagner du temps, ne serait-ce que quelques jours, pour mettre rapidement en place des mesures de préparation efficaces.

---

120 - OMS site mondial.

**■ Ces restrictions doivent être proportionnées aux risques.**

Elles doivent se fonder sur une évaluation attentive des risques, pour la santé publique, être de courte durée et être régulièrement réexaminées en fonction de l'évolution de la situation.

Les interdictions de voyager vers les zones touchées ou le refus de laisser entrer les passagers en provenance de celles-ci **sont généralement inefficaces** pour empêcher l'importation de cas, mais peuvent avoir d'importantes retombées socioéconomiques.<sup>121</sup> Il faut éviter les restrictions inutiles du commerce international pendant la flambée de Covid-19. L'OMS continue de collaborer avec les États Membres, ainsi qu'avec les organisations internationales et les entreprises, pour permettre l'application de mesures sanitaires concernant les voyages qui soient proportionnelles aux risques pour la santé publique et efficaces.

**■ Le Règlement sanitaire international (2005).**

Il a pour objet de protéger contre la propagation internationale des maladies, de la combattre et d'y réagir par :

*Des mesures en rapport avec la menace pour la santé publique et ne dépassant pas ce cadre.*

Les pays appliquant des mesures sanitaires allant plus loin et entravant de manière significative le trafic international sont tenus de présenter à l'OMS dans les 48 heures qui suivent leur mise en œuvre les raisons de santé publique et les informations scientifiques pertinentes qui justifient l'application de ces mesures. L'OMS communique ces informations aux autres États Parties.

Par « entraver de manière significative », on entend généralement le refus de laisser entrer ou partir des voyageurs internationaux, des bagages, des cargaisons, des conteneurs, des moyens de transport ou d'autres marchandises ou le fait de retarder de plus de 24 heures leur entrée ou leur départ.

---

121 - Entre le moment où l'OMS a déclaré que la Covid-19 constituait une urgence de santé publique de portée internationale et le 27 février, 38 pays ont signalé à l'OMS des mesures sanitaires supplémentaires qui entravent de manière importante le trafic international pour les voyages depuis et vers la Chine et d'autres pays touchés, mesures allant de refus de laisser entrer des passagers à des restrictions aux visas en passant par la quarantaine au retour. Plusieurs pays ayant refusé l'entrée de voyageurs ou suspendu les vols vers, ou en provenance, de la Chine et d'autres pays touchés, signalent désormais des cas de Covid-19.

## SECONDE PARTIE

---

### Une atteinte massive aux droits fondamentaux fait courir un grave péril à la France.



© Noëlle Herrenschmidt

*« L'isolement est pour ainsi dire pré-totalitaire (...)  
La domination totalitaire comme forme de gouvernement, est nouvelle en ce qu'elle  
ne se contente pas de cet isolement mais détruit aussi la vie privée. »*

Hannah Arendt (1906-1975), *Le système totalitaire*, 1951

## TITRE I. LA GENÈSE DE LA LOI SUR L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE DE 2020.

### CHAP I. ÉTAT D'URGENCE, LES PRÉCÉDENTS FRANÇAIS.

Tous les systèmes de droit connaissent les notions de circonstances exceptionnelles et admettent des dérogations aux principes fondamentaux lorsque ces circonstances l'exigent (conditions économiques et sociales, cataclysmes naturels, troubles internes et conflits armés). Toutefois, de telles circonstances aussi exceptionnelles soient-elles, ne permettent pas de porter une atteinte aux principes constitutionnels et aux droits et libertés excédant un caractère strictement nécessaire, conforme aux objectifs poursuivis et proportionné aux risques encourus.

#### A. CHRONOLOGIE ET FONDEMENTS DES PRÉCÉDENTS SOUS LA V<sup>E</sup> RÉPUBLIQUE.

##### § 1 - La loi sur l'état d'urgence est née de la guerre.

- C'est en raison des événements survenus à partir de novembre 1954 (la « Toussaint sanglante »), dans le cadre de la guerre d'indépendance de l'Algérie, que l'état d'urgence est mis en place par la loi n° 55-385, du 3 avril 1955, modifiée notamment par l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960. À cette époque, comme plus tard en 2015 et en 2020, le motif invoqué est une « *insuffisance des moyens de droit* ». En réalité, il s'agit toujours, en raison des circonstances, de déroger à l'état du droit en vigueur.

Pour les promoteurs de l'idée, il s'agissait d'éviter de recourir à la proclamation de l'état de siège, défini par la loi du 9 août 1849, qui aurait transféré la totalité des pouvoirs à l'autorité militaire. L'état d'urgence est un régime exceptionnel qui a pour objet de renforcer les pouvoirs des autorités civiles, et de leur permettre de restreindre certaines libertés publiques ou individuelles.

- La loi du 3 avril 1955 permet de prendre des mesures urgentes exceptionnelles, qui restreignent les libertés individuelles pour une durée de 12 jours maximum (au-delà desquels il doit être prorogé par la loi) « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ».

L'état d'urgence mis en place par la loi de 1955 permet ainsi de prendre des mesures censées permettre de contrôler au mieux une situation d'urgence, parmi lesquelles certaines concernent la sécurité et le contrôle des individus : interdictions de séjour, assignations à résidence ; réquisitions de personnes ou de moyens privés ; couvre-feu, interdiction de circulation des personnes ou des véhicules dans des lieux spécifiques, interdiction de réunions ou rassemblements, fermeture de lieux publics, tels que des salles de spectacle, des cafés ou des salles de réunion, institution des zones de protection ou de sécurité.

Le décret peut également décider du contrôle de la presse, des publications, et des émissions de radio ou encore des projections de cinéma et des représentations théâtrales. Enfin, il dessaisit la justice de prérogatives essentielles : les autorités administratives obtiennent le droit de pratiquer des perquisitions, de jour comme de nuit, sans contrôle d'un juge, compétences de la justice militaire.

Sont ainsi restreintes : la liberté de circulation et la liberté d'aller et venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, avec notamment l'instauration de couvre-feux, la délimitation de zones de protection ou de sécurité ou encore les interdictions de séjour ou les assignations à résidence ; la liberté d'association, puisque le gouvernement peut dissoudre les associations « *qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public* » ; la liberté individuelle avec la possibilité de procéder à des contrôles d'identité, le droit au respect de la vie privée ou encore le droit à une vie familiale normale avec notamment les assignations à résidence ; la

liberté de réunion et de manifestation ; liberté de communication, avec la possibilité de prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse, de la radio, du ciné, du théâtre etc.

• L'état d'urgence s'est appliqué en Algérie pendant 12 mois dès 1955, puis pendant trois mois et sur le territoire métropolitain après le coup d'État du 13 mai 1958 à Alger.

Par définition, la loi du 3 avril 1955 n'a pas connu de contrôle de constitutionnalité, puisque antérieure à la Constitution de 1958 et ses dispositions n'ont été qu'occasionnellement sanctionnées par la suite.

Le nouvel état d'exception introduit dans le droit français par le gouvernement en raison de la conjoncture algérienne constitue un précédent qui devait être utilisé dans d'autres circonstances.

## § 2 - L'état d'urgence après 1958.

La Constitution de 1958 ne connaît pas l'état d'urgence. Elle n'a prévu que deux situations d'exception : L'article 16 qui confère des « pouvoirs exceptionnels » au chef de l'État *« lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu »*.

L'article 36 qui prévoit que l'état de siège (pouvoirs de police exercés par les autorités militaires avec des compétences accrues) peut être décrété en Conseil des ministres en cas de péril national. Au-delà de douze jours, sa prolongation doit être autorisée par la loi.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a « constitutionnalisé » *a posteriori* l'état d'urgence de 1955, en jugeant que le silence de la Constitution ne faisait pas obstacle à la possibilité d'instaurer, par voie législative, en dehors de ceux prévus à l'article 16 et en dehors de celui prévu à l'article 36 de la Constitution *« un régime d'état d'urgence pour concilier... les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public »*.<sup>1</sup>

Alors que l'état d'urgence ne pouvait être déclaré que par une loi qui en fixait la durée, c'est la V<sup>e</sup> République, par l'ordonnance du 15 avril 1960, qui a modifié le texte en prévoyant que *« l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres. Ce décret détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur... la prorogation de l'état d'urgence au-delà de 12 jours ne peut être autorisée que par la loi »*.

Le régime instauré en 1955 a été mis en œuvre à plusieurs reprises entre 1961 et 1963, lors de l'insurrection pour l'indépendance de la Nouvelle Calédonie en 1984, puis en novembre 2005, (présentée comme la remise en vigueur de « la loi de 1955 », les mesures les plus restrictives étant limitées à 25 départements, dont ceux d'Île-de-France) pour mettre fin aux émeutes dans les banlieues françaises.

## B. LA LOI DU 20 NOVEMBRE 2015 - DE L'URGENCE NÉE DE LA GUERRE À L'URGENCE SÉCURITAIRE.

Immédiatement après les attentats du 13 novembre 2015, l'état d'urgence a été à nouveau instauré par des décrets délibérés en Conseil des ministres n° 2015-1475 (NOR INTD 1527633D) et n° 2015-1476 (NOR INTD 1527634D) en date du 14 novembre 2015. Il s'appliquait, dans les termes de la loi de 1955 sur le territoire métropolitain et la Corse avant d'être étendu outre-mer, le 18 novembre.

À l'expiration du délai de 12 jours, la loi du 20 novembre 2015 a prolongé l'état d'urgence pour trois mois à compter du 26 novembre 2015 mais a aussi modifié plusieurs dispositions de la loi de 1955, *« afin d'adapter son contenu au contexte actuel »*, comme le précise la lettre adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe en date du 24 novembre 2015.

<sup>1</sup> - Conseil constitutionnel, Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 considérant n° 4, formulation reprise notamment dans ses décisions n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 et n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016.

Ajoutant aux dispositions de la loi de 1955, la loi de 2015 a ainsi :

- prévu l'information sans délai du Parlement des mesures prises par le gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ;
- renforcé les règles de l'assignation à résidence contre « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » avec possibilité de la placer sous surveillance électronique mobile ;
- autorisé la dissolution, en Conseil des ministres, d'associations ou groupements de fait qui participent, facilitent ou incitent à des actes portant atteinte grave à l'ordre public (les mesures prises perdurant à l'issue de l'état d'urgence) ;
- permis aux autorités administratives d'ordonner la remise des armes et des munitions, détenues ou acquises légalement par leurs propriétaires ;
- autorisé le ministre de l'intérieur et les préfets à ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris au domicile, de jour et de nuit, (sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes).

Par ailleurs, si la loi de 2015 a effectivement supprimé le contrôle de la presse, de la radio, des projections cinématographiques ou des représentations théâtrales inclus dans la loi de 1955, elle a en revanche, autorisé le ministre de l'intérieur à prendre toute mesure pour bloquer des sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou incitant à des actes terroristes ;

De plus, elle a aggravé sensiblement les peines encourues pour les infractions aux dispositions sur les perquisitions ou les assignations à résidence, en portant à :

- six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende (contre huit jours à deux mois et amende de 11 euros à 3 750 euros en 1955) la sanction des violations de l'interdiction de circulation, de séjour ou de la fermeture d'un lieu public ;
- trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende la violation de l'assignation à résidence ;
- un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende le non-respect de l'astreinte à demeurer en résidence, le défaut de pointage au commissariat ou la violation de l'interdiction d'entrer en contact avec d'autres personnes.

Elle a également permis le placement en garde à vue, y compris pour les mineurs, sur le fondement de ces seules infractions, (avec une aggravation des peines infligées à l'occasion d'atteintes à la défense nationale lorsque l'état d'urgence est déclaré. (Article 414-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code pénal).

En raison du consensus entre le gouvernement et le Parlement à la suite des attentats, il n'y a pas eu de saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. La loi n'a donc pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*.

### **§ 1 - Prolongation de l'état d'urgence et intégration dans le droit commun.**

Les mesures d'exception ont été maintenues pendant près de 2 ans, l'état d'urgence ayant fait l'objet de six prolongations successives : 20 novembre 2015, 19 février 2016, 20 mai 2016, 21 juillet 2016, 19 décembre 2016 et, enfin, du 11 juillet 2017, pour des durées de plus en plus longues (3 mois, 3 mois, 2 mois, 5 mois, 7 mois)<sup>2</sup>.

La loi du 21 juillet 2016, notamment, a ajouté de nouvelles dispositions attentatoires aux droits fondamentaux (possibilité de fouiller les bagages et les véhicules sans instruction du procureur, mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel notamment).

---

2 - Décr. n° 2015-1475 du 14 nov. 2015 ; L. n° 2015-1501 du 20 nov. 2015 ; L. n° 2016-162 du 19 févr. 2016 ; L. n° 2016-629 du 20 mai 2016 ; L. n° 2016-987 du 21 juill. 2016 ; L. n° 2016-1767 du 19 déc. 2016 ; L. n° 2017-1154 du 11 juill. 2017).

L'état d'urgence a pris fin le 1<sup>er</sup> novembre 2017 mais la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme n° 2017-1510 du 30 octobre 2017, a intégré les principales des dispositions de la loi de 2015 dans le droit commun, (mesures d'assignations individuelles, perquisitions administratives, zones de contrôles élargies, périmètre de protection de zone, fermeture des lieux de culte en cas de provocation du terrorisme), de sorte que le droit de l'état d'urgence prolongé n'est plus un droit exceptionnel, mais est devenu un droit commun.

Ainsi depuis la loi de 2015, les restrictions de liberté instaurées à titre de mesures d'urgence continuent donc à s'appliquer.

Depuis 1985, le Conseil constitutionnel n'a jamais remis en cause le principe de l'état d'urgence, mais il a, à plusieurs reprises, précisé qu'il lui appartient, dans ce cadre, « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ». (Cons. Constit., Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015)<sup>3</sup>.

Il a ainsi – au moins partiellement – abrogé plusieurs dispositions de la loi de 1955, dans sa version initiale ou modifiée durant la période 2015 -2017, notamment les versions les plus sévères de la loi du 21 juillet 2016 qui ont pu être contestées au cours des deux années de l'état d'urgence sécuritaire.

À défaut de contrôle de constitutionnalité *a priori*, les diverses QPC examinées par le Conseil constitutionnel, à partir de 2015, ont abouti à sept reprises à une censure totale ou partielle de dispositions concernant les assignations à résidence, les perquisitions administratives, la police des réunions ou encore les interdictions de séjour, en raison de la violation de liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du droit de mener une vie familiale normale, qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. De même, ont été sanctionnées les mesures relatives à la saisie ou au traitement de données informatiques, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, protégé par le même article 2 de la déclaration 1989.

Il demeure toutefois, qu'en terme de contrôle, la QPC ne saurait remplacer un contrôle de constitutionnalité *a priori*. De plus, ses effets ont été fortement atténués par le fait que le Conseil constitutionnel use généreusement du pouvoir que lui confère l'article 62 de la Constitution de déterminer les effets juridiques passés d'une disposition constitutionnelle et de reporter la prise d'effet de l'abrogation à une date postérieure à celle à laquelle l'inconstitutionnalité a été constatée.

C'est ainsi que, tout en censurant les dispositions permettant d'ordonner des perquisitions administratives à domicile de jour et de nuit sans prévoir de garantie, le Conseil constitutionnel a laissé perdurer les effets des perquisitions inconstitutionnelles réalisées entre le 14 et le 19 novembre 2015 (Cons. Constit., Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017<sup>4</sup>). De même, s'il a censuré la compétence donnée au préfet, sous le régime de l'état d'urgence, de prononcer des interdictions de séjour, il a dans le même temps considéré qu'elles pouvaient continuer à être décidées par les préfets, en dépit de leur inconstitutionnalité, jusqu'au 15 juillet 2017<sup>5</sup>. Plus encore, s'il a bien abrogé le dispositif autorisant des opérations de fouilles de bagages et des visites de véhicules, il a néanmoins admis que la pratique anticonstitutionnelle en perdure jusqu'au 30 juin 2018. (Cons. Constit., Décision n° 2017-677 QPC du 1<sup>er</sup> décembre 2017)<sup>6</sup>.

3 - Cons. Constit., Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

4 - Cons. Constit., Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017.

5 - Cons. Constit., Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

6 - Cons. Constit., Décision n° 2017-677 QPC du 1<sup>er</sup> décembre 2017.

*Il demeure qu'en dépit de son manque d'effectivité en période d'état d'urgence, à défaut de tout contrôle de constitutionnalité a priori, par les QPC, le Conseil constitutionnel demeure au coup par coup et au gré de ses saisines, l'ultime recours a posteriori.*

## **§ 2 - Les critiques de l'application de l'état d'urgence au niveau européen.**

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution 2209 (2018), a émis des réserves à l'égard de l'état d'urgence en France. Elle a reproché notamment à la loi son recours à des termes subjectifs et insuffisamment précis pour déterminer l'étendue de son application, et son recours à un contrôle juridictionnel exercé *a posteriori* par les juridictions administratives, y compris sur la base de notes blanches fournies par les services de renseignement, au lieu de l'autorisation préalable des juridictions ordinaires qu'exigent les principes du droit pénal. Elle s'est également inquiétée de l'application des mesures d'urgence qui ne sont pas directement liées à ce qui motive l'état d'urgence.

De son côté, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Nils Muižnieks, avait mis en garde sur les risques que faisait courir la durée de l'état d'urgence pour la démocratie et les droits de l'homme.

## **CHAP II. L'URGENCE SANITAIRE : LES PREMIERS TEXTES RESTRICTIFS DES LIBERTÉS.**

### **A. L'ARRÊTÉ DU 14 MARS 2020 NOR : SSAZ2007749A (JORF N° 0064 DU 15 MARS 2020).**

Par arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, le ministre de la santé a notamment ; Fermé les lieux accueillant du public non indispensables à la vie de la Nation tels que les cinémas, bars ou discothèques ; (...) commerces sauf ceux présentant un caractère indispensable comme les commerces alimentaires, pharmacies, banques, stations-services ou de distribution de la presse ; Interdit les rassemblement de plus de 100 personnes ; suspendu l'accueil dans les établissements d'enseignement primaire, secondaire et supérieur.

### **B. LE DÉCRET DU 16 MARS 2020 N° 2020-260 : PRMX2007858D (JO DU 17.03.2020).**

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 prévoit « (...) est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, (...) en évitant tout regroupement [sans définition dans le texte non plus que dans le Décret du 23.03.20, qui l'a remplacé] de personnes : 1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ; 2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé (...); 3° Déplacements pour motif de santé ; 4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ; 5° Déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie. Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions. »<sup>7</sup>

7 - Les formulaires administratifs à télécharger et remplir, pour chaque sortie, afin de production, en cas de contrôle par les forces de l'ordre, sont annexés au présent Rapport.

## TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.

### CHAP I. LES DROITS CIVILS ET POLITIQUES.

#### A. LES INSTRUMENTS DE PROTECTION DE CES DROITS.

##### § 1 - Droit interne, la Constitution et la déclaration de 1789.

Les droits fondamentaux sont garantis par le « *bloc de constitutionnalité* », constitué de la Constitution du 4 octobre 1958 (articles 1<sup>er</sup> à 89), de son Préambule et des textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, à savoir la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Les normes de ce « *bloc de constitutionnalité* » ont toutes une valeur constitutionnelle (CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971) et se situent donc « *au sommet de l'ordre juridique interne* » (CC, décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017). L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est ainsi l'un des fondements de notre démocratie : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

##### § 2 - Droit européen.

###### a) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950.

La Convention européenne des droits de l'homme est une convention signée au sein du Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950. Elle a été signée et ratifiée par la France en 1974. Elle a un effet direct, et donc les particuliers et personnes morales peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales à l'égard des États et dans les relations entre particuliers (effet horizontal).

La Convention énonce des droits absolus, tels que le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3), interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4). Elle précise que les autres droits et libertés qu'elle proclame ne peuvent connaître de restrictions autres que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires à la vie en commun dans une société démocratique. Tel est le cas des droits à la liberté et à la sûreté (article 5), à un procès équitable (article 6), au respect de la vie privée et familiale (article 8), des libertés de pensée, de conscience et de religion (article 9), d'expression (article 10), de réunion et d'association (article 11), du droit à un recours effectif (article 13). Seize protocoles additionnels sont venus compléter au fur et à mesure la Convention. Ils proclament notamment le droit à l'instruction, à des élections libres (Protocole n. 1), à la liberté de circulation (Protocole n. 2), l'interdiction de toute discrimination (Protocole n. 12).

###### b) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), du 7 décembre 2000.

La Charte reprend en un texte unique, l'ensemble des droits civils, économiques et sociaux des citoyens européens. Elle réaffirme, dans le respect des compétences de l'Union européenne (UE) et celle des États dans le cadre du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes. Elle reprend ainsi les droits issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des chartes sociales adoptées par l'UE<sup>8</sup>.

8 - La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, ss la dir. De B. Favreau, coll. IDHAE, Éd. Bruylant 2010 ; La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, L. Burgogue-Larsen (dir), Bruylant 2005.

La Charte a été officiellement proclamée à Nice le 7 décembre 2000 par le Parlement européen, le Conseil européen et la Commission européenne (JOCE, 18/12/2000, C 364/1). Elle est devenue juridiquement contraignante avec l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne dit « Traité de Lisbonne » le 13 décembre 2009. Elle a désormais la même valeur que les traités de l'UE. L'article 51, alinéa 1<sup>er</sup>, précise que « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité* ». La Charte doit être respectée par les institutions, organes et agences de l'Union européenne (par exemple la Commission est tenue de respecter les droits garantis par la Charte). Pour les États membres, la Charte ne s'impose à eux que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. C'est donc lorsqu'ils adoptent des mesures en application des textes communautaires que les États doivent respecter les principes fondamentaux<sup>9</sup>. Cependant, le citoyen ne peut invoquer les principes de la Charte (exemple : le droit au travail) à l'encontre de dispositions nationales lorsque ces dernières ne sont pas prises en application d'une directive ou d'un règlement de l'UE. La Charte peut être invoquée devant la Cour de Justice, en cas de manquement par un État membre, par la Commission européenne ou par un autre État membre. De même, la Charte n'a pas d'effet horizontal, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée dans un litige entre particuliers à propos d'une législation nationale contraire à une directive<sup>10</sup>. Le juge national prend en considération la Charte lorsqu'il interprète le droit national. Ainsi, pour apprécier si une limite d'âge a le caractère d'une discrimination selon l'âge, le Conseil d'État apprécie la portée du principe de non-discrimination énoncé à l'article 21 de la Charte en se référant aux objectifs légitimes dégagés par la Cour de Justice<sup>11</sup>.

### § 3 - Droit international.

**Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966**

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est un traité international adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200A (XXI). Il requiert des États parties qu'ils agissent en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels protégés dans le Pacte, dont le droit au travail.

Il est entré en vigueur le 3 janvier 1976, et il a été ratifié par la France le 4 novembre 1980.

Le Pacte est complété par le Protocole facultatif relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, lequel a été adopté par l'Assemblée Générale de l'ONU le 10 décembre 2008. Ratifié par la France le 18 mars 2015, il vient consacrer la « justiciabilité » des droits qui sont inscrits dans le Pacte par le biais de la procédure de réclamation auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Ce comité d'experts indépendants a compétence pour recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers concernant les violations par les États d'un des droits énoncés dans le Pacte, mais aussi d'enquêter sur les violations graves et systématiques de l'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte.

---

9 - Sur les conditions d'application : C. Nivard, Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux, in La Charte des droits fondamentaux, Droit et Justice, n° 117, pp31.

10 - CJCE, C176/12, 15/01/2014, Association de médiation sociale v. CGT ; Le traitement restrictif des droits sociaux par la jurisprudence de la CJCE concernant l'effet horizontal de la CDFUE, C. Deliyanni-Dimitrakou et J. Koukiades, in Mélanges en l'honneur de A. Lyon-Caen, Dalloz 2018.

11 - CE, n°352393, 13 mars 2013, Mme Chérence.

## B. DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE.

### § 1 - Droit interne.

#### a) La Constitution.

Le droit au procès équitable ou celui d'une procédure juste et équitable ne résulte d'aucun des textes dont le Conseil constitutionnel assure la garantie. Il trouve sa source dans les articles 2, 6, 7, 8, 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les articles 64 et 66 de la Constitution ou encore dans plusieurs « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ». Ainsi, la matière du procès équitable en droit constitutionnel s'est développée exclusivement de façon prétorienne « *ce qui la rend plus complexe* ». Force est de constater que la protection constitutionnelle du droit à un procès équitable est, pour l'instant, moins large et moins précise que la protection européenne.<sup>12</sup>

#### b) Autres sources.

Le droit d'accès au juge a été consacré par le Conseil constitutionnel.<sup>13</sup> Son indépendance doit être assurée. Et son devoir d'impartialité a été consacré comme principe général du droit par le Conseil d'État.<sup>14</sup> Garantie d'une justice impartiale et équitable, la publicité des débats constitue, selon la Cour de cassation, « une règle d'ordre public », et un « principe général du droit » dotés d'une portée générale.<sup>15</sup> Et de longue date, le droit français a fait du respect des droits de la défense, de la contradiction et du droit à un défenseur, les principes directeurs du procès : le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République.<sup>16</sup>

### § 2 - Droit international.

#### a) L'article 2 du PIDCP le droit à un recours utile.

« 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à :

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ;

12 - Jean Barthélemy et Louis Boré, « *Constitution et procès équitable* » in *Constitutions*, n° 1, 2010, pp. 67 et s.

13 - Conseil constitutionnel, Déc. 93-325 du 13 août 1993 ; 93-335 du 21 janvier 1994 ; 96-373 du 9 avril 1996 ; 96-378 DC du 23 juillet 1996 ; v. aussi Molfessis « la procédure civile et le droit constitutionnel » : « le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après », actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, la Documentation française.

14 - CE, 3 décembre 1999, arrêts Didier, Leriche, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, et Sudre, en particulier « la découverte du principe général d'impartialité en droit interne », in chronique JCP, 8 mars 2000, 10 267.

15 - Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1998, N° 155.

16 - Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, cons. 2.

c) *Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié* ».

**b) L'article 14 du PIDCP : le droit à ce que sa cause soit entendue.**

Le droit à un procès équitable est largement garanti par l'article 14 du PIDCP :

« 1. *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice ; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.*

2. *Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.*

3. *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes :*

a) *À être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle ;*

b) *À disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix ;*

c) *À être jugée sans retard excessif ;*

d) *À être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix ; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer ;*

e) *À interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;*

f) *À se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ;*

g) *À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable. »*

**c) L'article 6 de la CEDH.**

Il garantit le droit à un procès équitable :

1. « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.*

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

La Convention consacre ainsi le principe de la prééminence du droit qui sous-tend toute société démocratique, ainsi que le rôle primordial de l'appareil judiciaire dans l'administration de la justice et garantit les droits procéduraux et les droits des accusés en matière pénale.

#### **d) L'article 47 de la CDFUE.**

La Charte des droits fondamentaux de l'UE reprend les stipulations de l'article 6 CEDH en son article 47, lequel prévoit le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

### **§ 3 - Textes y portant atteinte.**

Les droits de la défense tels que garantis, sont mis à mal par l'**Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale prises sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020**. Ces dispositions d'exception seraient applicables jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. Mais rien ne garantit que, dans une vision purement gestionnaire de la justice, le gouvernement ne souhaite conserver après la crise ces mesures d'exception liberticides.

Pendant la garde à vue, l'avocat doit pouvoir communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien et la première audition ne peut débuter sans sa présence (articles 63-4 et 63-4-2 du Code de procédure pénale). Le droit d'être assisté par un avocat lors de l'interrogatoire veut non seulement que celui-ci soit autorisé à être présent, mais qu'il lui soit permis aussi d'assister effectivement le suspect notamment au cours de l'interrogatoire par la police et d'intervenir afin d'assurer le respect des droits de ce dernier (Soytemiz c. Turquie, 2018, (§§ 44-46, 27)). Dans l'arrêt *Beuze c. Belgique*, 2018, §§ 133-134, la Cour a distingué les deux exigences minimales suivantes : le droit au contact et à l'entretien avec l'avocat avant l'interrogatoire, ce qui inclut le droit de s'entretenir avec lui en privé et la présence physique de l'avocat lors de l'interrogatoire de police initial et de tout autre interrogatoire ultérieur avant le procès. Pareille présence doit permettre une assistance juridique effective et concrète. En outre, cela constitue un contrepoids important à la vulnérabilité des

suspects en garde à vue, offre une protection essentielle contre la coercition et les mauvais traitements dont ils peuvent être l'objet de la part de la police et contribue à la prévention des erreurs judiciaires et à l'accomplissement des buts poursuivis par l'article 6, notamment l'égalité des armes entre l'accusé et les autorités d'enquête ou de poursuite (Salduz c. Turquie [GC], §§ 53-54 ; Ibrahim et autres c. Royaume-Uni [GC], § 255 ; Simeonovi c. Bulgarie [GC], § 112) Ainsi, **l'article 13 de l'Ordonnance porte atteinte aux droits de la défense en ce qu'il prévoit** : « *Par dérogation aux dispositions des articles 63-4 et 63-4-2 du code de procédure pénale, l'entretien avec un avocat de la personne gardée à vue ou placée en rétention douanière, ainsi que l'assistance de la personne par un avocat au cours de ses auditions, peut se dérouler par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, y compris téléphonique, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges.* »

À l'audience et aux fins d'une bonne administration de la justice seulement, le président de la juridiction peut décider de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle. Or, par dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale, pour tenir compte du confinement imposé à la population et de la réduction au minimum du nombre de magistrats et de greffiers présents dans les juridictions, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties (article 5 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).

En matière de détention provisoire, l'ordonnance permet de rallonger arbitrairement les délais de détention provisoire, sans débat contradictoire avec l'avocat (articles 15 à 20 de l'Ordonnance), alors que des règles très précises encadrent la situation des personnes incarcérées avant leur jugement, et donc présumées innocentes. Au 1<sup>er</sup> janvier, la France comptait 70 651 détenus (pour 61 080 places opérationnelles), et parmi eux plus de 21 000 (29,8 %) dans l'attente de leur jugement. Or ces détentions provisoires sont soumises à des délais très stricts, qui viennent néanmoins tous d'être automatiquement rallongés de 2, 3 ou 6 mois selon la nature des infractions poursuivies. Par ordonnance du 3 avril 2020, le Conseil d'État, saisi par plusieurs organisations et syndicats d'avocats et de magistrats, a validé, sans même tenir d'audience, la prolongation de plein droit et sans débat des détentions provisoires (CE, 3 avril 2020). « *C'est la première fois depuis la loi des suspects de 1793 que l'on ordonne que des gens restent en prison sans l'intervention d'un juge* ». <sup>17</sup>

Enfin, la publicité des débats est garantie par les articles 306 et 400 CPP, sauf à ce qu'elle ne soit dangereuse pour l'ordre, les mœurs, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers. Le droit à un « procès public » garanti à l'article 6 § 1 implique nécessairement le droit à une « audience » (Döry c. Suède, § 37). Ainsi, le refus d'organiser un procès public ne peut se justifier que dans des circonstances exceptionnelles (Grande Stevens et autres c. Italie, §§ 121-122). Les circonstances exceptionnelles qui peuvent justifier de se dispenser d'une audience dépendent essentiellement de la nature des questions dont les tribunaux internes se trouvent saisis. Or, l'article 7 de l'Ordonnance prévoit : « *Par dérogation aux règles de publicité définies par les articles 306 et 400 du code de procédure pénale, le président de la juridiction peut décider, avant l'ouverture de l'audience, que les débats se dérouleront en publicité restreinte, ou, en cas d'impossibilité de garantir les conditions nécessaires à la protection de la santé des personnes présentes à l'audience, à huis clos.* » D'un trait de plume, et sans aucun débat, le gouvernement revient ainsi sur une tradition républicaine : l'audience publique, orale et contradictoire.

---

17 - Louis Boré, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Le Monde, 6 avril 2020.

#### **§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.**

##### **a) Accès au juge judiciaire réduit (juridictions fermées, affaires renvoyées).**

La fermeture des tribunaux et le « confinement » des magistrats notamment pour les affaires non urgentes a mis à mal l'accès au juge tel que garanti par la CEDH.

L'intégralité des affaires courantes non urgentes sont renvoyées, entraînant l'impossibilité de saisir le juge pour les affaires nouvelles dont le caractère urgent n'est pas reconnu.

Les ordonnances du 25 mars 2020 ont élargi la possibilité pour les tribunaux, notamment en matière pénale (ordonnance n° 2020-303) d'examiner et rendre de décisions à juge unique, en visio-conférence ou dans le cadre des échanges téléphoniques, sans recueillir l'accord de parties et sans publicité de débats. Les délais de prescription de l'action publique et de la peine sont suspendus à compter du 12 mars 2020 et jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après cessation de l'état d'urgence. Les délais de comparution immédiate ont été rallongés. Les détentions provisoires en matière correctionnelle sont prolongées de plein droit, de 2 à 3 mois, notamment en fonction du quantum de la peine encourue. En matière criminelle, le délai est prolongé de six mois.

Les prolongations de garde à vue peuvent être faites sans présentation du gardé à vue devant un magistrat.

##### **b) Entraves aux droits de la Défense.**

La CEDH garantit une défense effective avec le défenseur de son choix, en présence d'un interprète ou en l'absence de moyens, le pouvoir d'être assisté gratuitement par un avocat d'office.

Tel n'est pas le cas actuellement car certains Barreaux avançant pour raison la situation sanitaire, refusent de désigner des avocats dans les matières dans lesquelles les intérêts de la justice l'exigent comme par exemple dans les domaines du droit afférents aux domaines privatifs de liberté (*– en matière civile : rétention administrative, – ou pénale : garde à vue, comparution immédiate, mise en examen lorsque la détention est requise par le parquet*).

Ainsi ces justiciables se retrouvent sans défense, alors même que les conseils des préfectures ou le ministère public sont eux, présents.

##### **c) Impossibilité de recevoir ses client(e)s.**

Cette entrave se traduit notamment par l'impossibilité de recevoir ses client(e)s, de les défendre devant les juridictions, au dehors des cas où un délai légal doit être impérativement respecté.

##### **d) Impossibilité de défendre ses client(e)s devant les juridictions.**

(cf. infra : T II, Ch. II, A, § 1).

##### **e) Indépendance de l'avocat atteinte par manque de moyens matériels.**

La possibilité pour les avocats de gagner décemment leur vie participe à leur indépendance.

Lors d'une conférence du 29 janvier 2020, sur l'indépendance du Juge et de l'avocat (IDHBP et IDHAE), au regard des jurisprudences de la Cour EDH et de la CJUE, Thierry BONTINCK, avocat au Barreau de Bruxelles, a conclu que la première qualité de l'avocat au regard de son serment est l'indépendance car elle rend sensiblement plus aisé, le respect de toutes les autres qualités requises par ledit serment, à savoir dignité, conscience, probité et humanité. Il a ajouté que sans l'indépendance, aucune de ces qualités n'a de sens et qu'elle garantissait aussi la compétence de l'avocat. Cette indépendance a un coût : elle est dès lors mise à dure épreuve par les mesures prises dans le cadre de l'urgence sanitaire.

### C. DROIT À LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE.

L'expression « *vie privée* » recouvre une réalité « *aussi ancienne que la volonté des personnes d'être à l'abri du pouvoir et des autres.* » (Droits de l'homme et libertés fondamentales, J. Robert J. Duffar, 8<sup>e</sup> éd., n° 400).

#### § 1 - Droit interne.

##### a) La Constitution.

L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 implique le respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans une décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 : « *Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile ; que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* ».

Le Conseil constitutionnel a réaffirmé ce principe dans une décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet :

« 22. *Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ;* »

Le Conseil rappelle également que la collecte de données à caractère personnel, encadrée par la législation du 6 janvier 1978, est soumise au droit au respect de la vie privée :

« 27. *Considérant que la lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle ; que, toutefois, l'autorisation donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne conduit à la mise en œuvre, par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions ; qu'une telle autorisation ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, avoir d'autres finalités que de permettre aux titulaires du droit d'auteur et de droits voisins d'exercer les recours juridictionnels dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime* ».

Ainsi, doit être garanti le respect de la vie privée et la collecte de données à caractère personnel ne doit pas porter une atteinte disproportionnée à ce droit.

##### b) Autres sources.

La loi du 17 juillet 1970 posait un principe : chacun a droit au respect de sa vie privée. Ce principe a été consacré à l'article 9 du Code civil :

« *Chacun a droit au respect de sa vie privée.*

*Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.* ».

La Cour de cassation apprécie le rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi et la protection de la vie privée garantie par les articles 8 CEDH et 9 du Code civil (Cass, 1<sup>re</sup> civ, 9 avril 2015, n° 14-14146).

## § 2 - Droit international.

### a) L'article 17 du PIDCP.

L'article 17 du Pacte international des Nations unies sur les droits civils et politiques, repris de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'oppose aux ingérences arbitraires des autorités publiques dans la sphère de la vie privée. Il dispose :

« 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

### b) L'article 8 CEDH.

L'article 8 CEDH garantit le droit au respect à la vie privée et familiale :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Ainsi, toute ingérence doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et constituer une mesure, qui dans une société démocratique, est nécessaire à la réalisation des buts légitimes (article 8 alinéa 2 CEDH).

### c) L'article 7 CDFUE.

#### ■ Vie familiale.

Si la Charte reprend brièvement les stipulations de la Convention : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »,

#### ■ Protection des données.

Il est intéressant de noter qu'elle consacre son article 8 à la protection des données à caractère personnel :

« 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

Le droit à la protection des données à caractère personnel est un droit fondamental dont le respect constitue un objectif important pour l'Union européenne. Pour être justifiée, une atteinte à ce droit doit être prévue par la loi, respecter le contenu essentiel desdits droits et, en application du principe de proportionnalité, être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union, les dérogations et limitations à ces droits devant s'opérer dans les limites du strict nécessaire<sup>18</sup>.

## § 3 - Textes y portant atteinte.

**Le décret du 16 mars 2020 soumet à autorisation tout mouvement, toute visite même d'ordre familiale, ce qui constitue une violation incontestablement du droit à une vie privée et familiale tel que prévu par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.**

<sup>18</sup> - CJCE, 9 novembre 2010 (grande chambre), Volker und Markus Schecke et Eifert, C-92/09 et C-93/09, point 65).

La question de l'atteinte aux droits se pose, car, il faut le rappeler, nous vivons dans une société démocratique, dont ils sont le socle.

Sur le fait de savoir si les mesures de confinement prises par le gouvernement en Conseil des ministres les 16 mars et 23 mars 2020, ainsi que les dispositions de la loi sur l'urgence sanitaire adoptée le 23 mars 2020 (JO du 24 mars 2020), sont bien nécessaires voire proportionnelles à la protection de la santé des citoyens au regard des violations des libertés fondamentales qu'elles engendrent. La réponse est incertaine.

D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une ingérence prévue par la loi induit l'existence d'une loi, la clarté et la précision de la loi concernée et le but poursuivi.

Chaque sortie de son domicile est conditionnée à la production, en format papier, d'une attestation dérogatoire de déplacement préalablement remplie pour l'un des motifs énoncés dans les décrets des 16 et 23 mars 2020<sup>19</sup>. Les forces de police sont habilitées à vérifier la régularité de ces attestations, voire la validité des motifs cochés par le citoyen. Or se pose la question de la légalité de ces contrôles. Par quatre arrêts du 9 novembre 2016, la Cour de cassation a précisé qu'un contrôle d'identité fondé sur des caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable, est discriminatoire : il s'agit d'une faute lourde qui engage la responsabilité de l'État. En effet, les contrôles discriminatoires ou trop intrusifs risquent de violer les articles 14 et 8 CEDH, sans que cette ingérence dans l'exercice de nos libertés soit nécessaire ?

#### § 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.

« On a souvent fait observer que la terreur ne peut régner absolument que sur des hommes qui sont isolés les uns des autres, et qu'en conséquence, l'un des premiers soucis de tout régime tyrannique est de provoquer cet isolement. [...] ».<sup>20</sup>

##### a) Enterrements, mariage, réunions de famille.

Le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation de déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus – modifié par un nouveau décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 – prévoit, s'agissant de l'autorisation pour motif familial, uniquement un « motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ».

Or, « le confinement semble mettre en danger le lien social puisque l'on ne peut plus voir ni famille ni amis ni collègues ».<sup>21</sup> En effet cette distanciation des liens prônée par l'exécutif, qui empêche les rencontres familiales habituelles, peut avoir des suites non négligeables sur le plan psychologique des uns et des autres. Boris Cyrulnik, pour sa part, définit le confinement, comme une « situation d'agression psychologique ». Il précise : « Ceux qui, avant le trauma avaient acquis des facteurs de vulnérabilité : maltraitance familiale, précarité sociale, mauvaise école, mauvais métier, petit logement, le tout étant associé... Ceux-là vont souffrir actuellement, ils n'auront pas fait ressource interne des autres, ils vont ruminer. [...] Et quand le confinement sera terminé, ils seront plus traumatisés qu'avant. Donc il y a une inégalité sociale qui existait avant le traumatisme et qui sera aggravée. »<sup>22</sup>

En outre, l'interdiction de la célébration des mariages ou la restriction du nombre de personnes assistant à des obsèques portent nécessairement atteinte au respect de la vie privée et familiale et peut créer un niveau d'angoisse et de colère dangereux.

19 - Cf. Annexes « Documents ».

20 - Hannah Arendt, Le système totalitaire, 1951.

21 - Christophe Debien psychiatre, les Echos, 26 mars 2020.

22 - Boris Cyrulnik : « On est dans la résistance, pas encore dans la résilience », émission « Confinement vôtre », du 04.09.2020, sur France Culture.

**b) Impossibilité de rencontrer ses proches.****■ Les EPHAD.**

Les personnes âgées confinées dans les EPHAD ne peuvent que subir de plein fouet la rupture soudaine et totale des liens familiaux en l'absence de visites de proches dans le cadre des interdictions prônées. L'angoisse et la perte de repères qui risquent d'en résulter peuvent être encore plus néfastes pour ces personnes déjà fragilisées et engendrer des pathologies autres mettant fin précocement à leur vie dans un isolement total des proches.

**■ Les foyers où sont placés les mineurs.**

S'agissant des familles concernées par les placements de leurs enfants à l'aide sociale à l'enfance, elles vont subir également une dégradation des liens puisque certains jeunes restent confinés dans le lieu de placement sans possibilité de retour dans les familles avant la fin du confinement.

Le principe de proportionnalité pouvant justifier d'une telle atteinte au regard de l'article 8 de la CEDH est-il caractérisé ?

Même si la nécessité de les protéger est claire, car elles et ils font partie des personnes à risque, d'autres solutions, pouvaient être mises en œuvre (permettre le contact régulier avec un ou deux proches référents, testés négatifs, avec sas pour se laver les mains et port du masque...).

La revue américaine « The Lancet » a publié un article synthétisant les risques psychologiques de mise en quarantaine dans lequel est listée une série de facteurs de stress, le *premier étant la durée de la quarantaine* : « *les symptômes de stress post-traumatique deviennent significativement plus élevés lorsqu'elle dure plus de 10 jours* ». <sup>23</sup>

**D. DROIT À MANIFESTATION DES LIBERTÉS DE PENSÉE, DE CONSCIENCE ET DE RELIGION.**

La religion et la conviction sont au cœur des droits de l'homme et au centre de la nature même de la société et de l'État entre for interne et for externe. La liberté religieuse est à la fois individuelle et collective et constitue une liberté fondamentale dont la liberté de culte est une composante essentielle, un élément constitutif de la vie démocratique, un principe consacré tant en droit interne qu'en droit international et européen.

La liberté de culte doit être garantie par l'État ; pour être effective et ne pas demeurer un cadre vide, le libre exercice individuel et public du culte doit être protégé.

**§ 1 - Droit interne.****a) La Constitution.**

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dans son article 1<sup>er</sup>, mentionne que le peuple français a proclamé à nouveau que tout être humain sans distinction de race, de religion, ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés.

La Constitution du 4 octobre 1958 dans son article 1<sup>er</sup> proclame : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

---

23 - Les Echos, 26 mars 2020.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 juillet 1971<sup>24</sup> a reconnu valeur constitutionnelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et affirmés par le Préambule de la Constitution.

**b) Autres sources.**

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 a posé le principe de la liberté religieuse, considérant que nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public.

La loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État<sup>25</sup> a proclamé dans son article 1er le principe de la liberté de conscience en garantissant le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public.

Par la suite une réponse ministérielle du 13 décembre 1995<sup>26</sup> a indiqué : « *Les principes posés par la loi du 9 décembre 1905 doivent être considérés comme "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (PFRLR) en ce qu'ils précisent le principe constitutionnel de la laïcité de la République française rappelé par l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958. (...)* ».

Mais si les PFRLR ont valeur constitutionnelle, un ministre ne peut définir une norme comme telle.

En revanche, par décision du 21 février 2013<sup>27</sup> le Conseil constitutionnel a précisé : « *que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte ;* ».

Ainsi que l'a fait l'observer Jean-Marc Sauvé, dans une étude sur la liberté de conscience et la liberté religieuse en droit public français, la loi de 1905 n'a pas consacré l'ignorance du fait religieux par l'État dont la neutralité doit impliquer que chacun puisse pratiquer le culte de son choix. L'article 2 alinéa 2 de ladite loi a d'ailleurs précisé que les collectivités peuvent financer des services d'aumônerie afin d'assurer « le libre exercice des cultes » par les établissements publics, scolaires, les hôpitaux et les prisons. L'exigence de la neutralité de l'État ne le dispense pas de garantir l'effectivité de la liberté de culte.

Ainsi, l'article 25 de ladite loi a précisé que « *les réunions pour les célébrations d'un culte tenues dans des locaux appartenant à une association culturelle ou mis à sa disposition sont publiques. Elles sont dispensées des formalités de l'article 8 de la loi du 30 juin 1881 mais restent placées sous la surveillance des autorités dans l'intérêt de l'ordre public* ».

24 - Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 - Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association.

25 - La loi de 1905, et les garanties sérieuses qu'elle apporte, en termes de respect des droits fondamentaux, ne s'applique toujours pas aujourd'hui à l'ensemble du territoire national. Il n'est pas possible d'y recourir qu'en France Métropolitaine, l'Alsace-Moselle exceptée, toujours soumise à un régime concordataire pour des raisons historiques, aux Antilles françaises (Martinique, Guadeloupe, Saint Barthélemy, Saint Martin) et à la Réunion. Ce qui pose question au regard du principe de non-discrimination, notamment au regard des nombreux avantages prévues au fil des ans dans le cadre de cette loi (avec pour contrepartie légitime un respect renforcé de l'ordre public) pour l'accession et l'entretien des lieux de cultes. Le Conseil constitutionnel, le 5 août 2011 dans sa décision (n° 2011-157 QPC), relative à la Société Somodia, définit comme un PFRLR, le maintien en vigueur des dispositions particulières à l'Alsace-Moselle, à titre provisoire, tant qu'elles n'ont pas été abrogées ou harmonisées avec le droit commun (d'éventuels aménagements élargissant leur champ d'application ou les différences de traitement avec le reste du territoire étant toutefois interdits). En outre, par sa décision du 21 février 2013 (précitée supra), le Conseil constitutionnel a considéré (§ 6) : « *qu'il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1<sup>er</sup> que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une « République... laïque* », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes (...) ».

26 - Question n° 20155 posée au ministre de l'outre-mer.

27 - N° 2012-297 QPC Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité § 5.

## § 2 - Droit international.

### a) L'article 18 de la DUDH.

Il précise : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.* »

### b) L'article 18 PIDCP.

Il stipule : « *1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. 4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.* »

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 prévoient dans leurs articles 18 respectifs que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 a été ratifié par la France et a une autorité supérieure à la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution.

Son article 4, alinéa 2 interdit toute dérogation aux obligations prévues au Pacte, pour la liberté de pensée, de conscience et de religion, même dans le cas où un danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation (alors que la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales permet, elle, sous certaines conditions des restrictions à cette même liberté, dans ses manifestations – cf. ci-dessous § 3).

La Déclaration universelle des droits de l'homme s'analyse en une Résolution de l'assemblée générale des Nations Unies ne créant pas d'obligation à l'égard des États. C'est une Déclaration de principe sur les droits et libertés fondamentales de l'Homme, elle ne peut être utilement invoquée devant les juridictions internes françaises.

Ces deux textes internationaux ne sont pas inclus dans le bloc de constitutionnalité en droit interne. Mais, ainsi que l'a fait observer Emmanuel Decaux<sup>28</sup>, s'interrogeant sur les défis de l'universalité dans le cadre du droit international lors d'un colloque organisé par le Saint Siège le 10 septembre 2018 à l'occasion des 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme, face aux limites inhérentes au volontarisme étatique et au droit des traités, « *la Déclaration garde toute sa pertinence, comme inspiration, mais également comme norme de référence* ».

---

28 - Colloque organisé par le Saint Siège le 10 septembre 2018 à l'occasion des 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

### § 3 - Droit européen.

#### a) L'article 9 CEDH.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en date du 4 novembre 1950 prévoit dans son article 9 :

« (1) Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. (2) La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Il ressort de ces dispositions que la liberté de manifester sa religion et de pratiquer un culte ne peut être limitée que pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou des autres libertés fondamentales. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les droits de l'article 9 ont un « caractère fondamental », la liberté de religion représentant « l'une des assises d'une société démocratique » au sens de la Convention comme « un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents » (CEDH 25 mai 1993, Kokkinakis c/Grèce, n° 14307/88 § 33).

La liberté de culte, composante essentielle de la liberté religieuse, implique une autonomie dans l'organisation et la pratique cultuelle afin d'assurer son effectivité. La Cour européenne a rappelé que « les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées » et a consacré dans un arrêt de Grande Chambre l'autonomie des collectivités religieuses en tant qu'élément de l'article 9 de la Convention considérant que « si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9 de la Convention, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés » (CEDH, 26 octobre 2000 Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie n° 30985/96 § 62). Depuis l'arrêt Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France du 27 juin 2000, la Cour a affirmé le principe d'autonomie des collectivités religieuses et sa limitation par la marge d'appréciation de chaque État pour « ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre l'État et les religions ». Chaque État a donc la prérogative de fixer le statut des confessions religieuses. Ainsi, la Cour respecte un principe de non-immixtion dans le droit national en matière d'organisation des cultes. Dans le même temps, la Cour a également observé que « le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement sans ingérence arbitraire de l'État » et a estimé que le principe d'autonomie présentait « un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle mais aussi pour la jouissance effective par l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté de religion ».

L'interprétation croisée de ces principes devrait conduire à considérer que l'organisation du culte pour chaque Église – la commission européenne ayant défini dans un arrêt X. Danemark du 8 mars 1976 une Église comme étant une communauté religieuse organisée fondée sur une identité ou sur une substantielle similitude de convictions – ou chaque communauté religieuse ressort exclusivement de cette Église ou de cette communauté et non de l'État, dès lors, d'une part, que l'État a fixé le statut de celles-ci et, d'autre part, que, dans la détermination de leurs modalités d'organisation et de fonctionnement, elles ne portent pas atteinte à l'ordre public. L'ingérence de l'État dans l'organisation du culte d'une Église ou

d'une communauté religieuse, dotées d'un statut légal déterminé par l'État, conduirait à réduire la liberté religieuse à une coquille vide.<sup>29</sup>

#### **b) L'article 10 de la CDFUE.**

La Charte européenne des droits fondamentaux en date du 7 décembre 2000 protège aux termes de son article 10 les libertés de pensée, de conscience et de religion et mentionne que ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'enseignement des rites.

Sous le même intitulé que l'article 9 CEDH, il stipule « (1) *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* (2) *Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.* »

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans sa version consolidée issue du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, prévoit dans son article 17 que l'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient en vertu du droit national les églises, les associations ou communautés religieuses dans les États membres.

### **§ 4 - Textes restreignant la manifestation de ces droits.**

#### **L'état d'urgence sanitaire et les restrictions au principe de la liberté de culte.**

La loi du 23 mars 2020 n'a pas déclaré l'état d'urgence au sens de la loi du 3 avril 1955 modifiée mais a instauré un état d'urgence sanitaire pour lutter contre la pandémie du Covid-19 et a mis en place des mesures exceptionnelles restrictives des droits et libertés ; l'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020.

L'article L 3131-15 I 5<sup>o</sup> du code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2020 modifiée, a permis au Premier ministre, par décret réglementaire pris sur le rapport du Ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique, d'ordonner la fermeture provisoire et de réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité. L'article L 3131-15 III exigeait toutefois que ces mesures soient strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu et qu'il y soit mis fin lorsqu'elles ne seraient plus nécessaires.

Le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, a prévu, aux termes de son article 7, l'interdiction de tout rassemblement, réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 10 personnes en milieu clos et ouvert et ce jusqu'au 15 avril 2020 ; cette interdiction s'appliquait aux lieux de culte aux termes de l'article 8 IV de ce même décret, lesquels pouvaient rester ouverts mais tout rassemblement ou réunion en leur sein était interdit à l'exception des cérémonies funéraires dans la limite de 20 personnes.

29 - La loi de 1905 pose déjà ce principe dans son article 4 qui laisse la liberté aux associations culturelles de se conformer « *aux règles d'organisation générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice* ». Il en résulte qu'il n'appartient pas à l'État de se prononcer sur l'appartenance ou non d'une association à vocation religieuse, surtout si cette association est une association culturelle, au sens de la loi de 1905, a un courant religieux. Il peut seulement veiller au respect des lois et notamment des libertés évoquées ci-dessus et sanctionner toute atteinte à ces lois et libertés. Ce principe a été posé en France, dès les débats parlementaires sur la loi de 1905, tant par Briand que par Jaurès (Chambre des députés 15 avril 1905), qui ont appelé l'État à ne pas intervenir dans les affaires religieuses, sinon pour faire respecter la liberté de conscience et de culte.

Le « confinement » de la population a été ordonné sur tout le territoire national jusqu'au 15 avril 2020 et a été prolongé jusqu'au 11 mai 2020.

La loi du 11 mai 2020 a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020. Le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 – ayant abrogé le décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 – pris par le Premier ministre a prévu, dans son article 10 III que, s'agissant des établissements de culte, tout rassemblement ou réunion en leur sein demeurerait interdit à l'exception des cérémonies funéraires limitées à 20 personnes.

Le « déconfinement » de la population est intervenu le 11 mai 2020 mais l'interdiction de l'exercice collectif et public des cultes a été maintenue jusqu'au 2 juin 2020.

### § 5 - Conséquences de l'atteinte aux droits.

L'interdiction de participer à des offices religieux a constitué une situation historique et juridique inédite depuis la Révolution française. L'exercice collectif du culte est la manière la plus évidente de manifester sa religion. L'accès aux lieux de culte et les restrictions imposées aux fidèles, s'agissant des services religieux et de l'accomplissement des rites, relèvent de l'article 9 de la convention européenne. (CEDH, G. C, Chypre c/Turquie 10 mai 2001 requête n° 25781/94). La spécificité de la liberté de culte, composante essentielle de la liberté religieuse, a été ignorée dans la crise sanitaire du Covid-19. Il convient également de remarquer que, si les lieux de culte étaient autorisés à rester ouverts dans le cadre du confinement général, aucune mention relative aux lieux de culte ou aux aumôniers ne figuraient sur les autorisations de déplacements.

La singularité pourtant protégée du lieu de culte comme de l'exercice collectif et public du culte a été diluée ou amalgamée dans une notion plus neutre : la liberté de réunion et le lieu de culte a été assimilé à un « établissement recevant du public » au sens du code de la construction et de l'habitation.

Cette confusion de libertés publiques qui ne sont pas juridiquement équivalentes ne peut que conduire à s'interroger sur la légitimité du maintien des mesures restrictives à la liberté de culte dans la crise sanitaire du Covid-19.

Il ressort, d'une part, des dispositions de droit interne que la liberté religieuse est une liberté fondamentale devant être protégée et, d'autre part, des dispositions de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme que la liberté religieuse, dont la liberté de culte fait partie intégrante, ne peut faire l'objet de mesures restrictives que pour des raisons impérieuses d'intérêt général et à condition que ces restrictions soient justifiées, nécessaires et proportionnées.

La liberté religieuse est une liberté individuelle et aussi une liberté collective en ce sens que, comme l'affirment Jacques Robert et Jean Duffar « *ne s'épuisant pas dans la foi ou la croyance, elle donne naissance à une pratique qui est l'un de ses éléments fondamentaux. Il convient donc d'assurer le libre exercice des cultes afin de garantir pleinement la liberté religieuse* ».

La foi ne peut s'établir pleinement que si les Églises et les communautés religieuses sont totalement libres de leurs activités. La liberté religieuse, quelle que soit son degré de protection, n'est pas seulement celle de la croyance, elle implique l'autonomie dans l'organisation afin de garantir l'exercice effectif et non entravé du culte selon ce que chaque religion détermine. Ce principe d'autonomie dans l'organisation du culte pose la question des rapports entre les représentants des différentes confessions religieuses et l'État. À cet égard, le fait que le Ministre de l'Intérieur – Ministre des cultes – ait retenu une définition réductrice du culte en affirmant que « *la prière n'a pas forcément besoin de lieu de rassemblement* »<sup>30</sup> apparaît comme une ingérence de l'État dans l'organisation interne de l'Église et des différentes communautés

---

30 - Déclaration singulière en effet, si l'on considère qu'elle contredit tant l'esprit que la lettre de la loi du 9 décembre 1905. Outre que celle-ci consacre un titre entier aux lieux de culte (Titre III : Des édifices des cultes), son article 18 prévoit que les associations de la loi de 1905 sont formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte. Or, dans l'esprit du législateur de 1905, l'exercice public du culte passe avant tout par l'usage officiel de lieux de culte qui permettent les rassemblements de fidèles. L'article 32 de la loi de 1905 prévoit d'ailleurs : « *Seront punis des mêmes peines ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres*

religieuses et ne peut que confirmer les interrogations face aux nouveaux dispositifs ayant accompagné la levée du confinement et demeurant attentatoires à la liberté de culte.

Le fait que les rassemblements dans les lieux de culte soient restés durablement interdits alors même que d'autres lieux publics, notamment les magasins de vente et centres commerciaux, avaient été autorisés à rouvrir ne peut qu'interroger le rapport de l'État à la religion, le sens d'une telle discrimination s'agissant d'une liberté fondamentale moins bien traitée que la liberté de consommer.

Serait-ce que les pouvoirs publics ont estimé que les cultes étaient incapables de respecter les mêmes normes sanitaires que les autres lieux publics dont la réouverture a été autorisée ? Alors même que les représentants religieux, en particulier les évêques de France, avaient formulé des propositions concrètes et précises pour adapter la pratique cultuelle aux nouvelles contraintes sanitaires.

Comme l'a rappelé Paul Lemmens, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant des rapports entre l'État et la religion, la Cour a relevé que les conceptions de la religion peuvent varier d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public. (*Otto Preminger-Institut c/Autriche* 20 septembre 1994 série A n° 295-A § 50).

Toutefois, ainsi que l'a fait observer Laurent Eck dans son étude *Constitutions et libertés religieuses* : « *les constitutions démocratiques européennes protègent avec force et de manière relativement unifiée la liberté de religion. Ils se différencient toutefois dans l'organisation de l'exercice de cette liberté.* » Il a conclu que le droit constitutionnel contemporain semblait tout de même « *rendre à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César* ». (Mc 12, 17).

Dans cette crise sanitaire du Covid-19, il convient de remarquer que les différents pays européens n'ont pas porté atteinte à la liberté de culte dans les mêmes proportions. Certains pays n'ont pas ordonné l'interdiction totale des offices religieux. Ainsi, la Pologne a seulement limité le nombre de fidèles pouvant assister aux offices et depuis le 20 avril 2020, les offices peuvent être célébrés en respectant les règles de distanciation. De la même façon, l'Espagne n'a pas totalement interrompu les célébrations religieuses et leur reprise globale dans le cadre du déconfinement a été fixée au 11 mai 2020. Avec un protocole sanitaire adapté, la reprise des offices religieux a été fixée en Croatie au 2 mai 2020, en Slovaquie au 6 mai 2020, au Luxembourg au 10 mai 2020, en Autriche au 15 mai 2020, aux Pays-Bas au 30 mai 2020. Le Portugal a maintenu l'interdiction des célébrations religieuses jusqu'au 31 mai. La Suisse a prévu une reprise des cultes le 8 juin 2020. Certains pays comme la Belgique, la Lettonie et le Royaume-Uni n'avaient toujours pas fixé de date de reprise au mois de mai 2020.

S'agissant de l'Italie, la reprise des messes publiques a été fixée au 18 mai 2020 aux termes d'un protocole conclu avec l'épiscopat italien et un protocole de reprise concernant les autres confessions religieuses était en cours d'élaboration en mai 2020. S'agissant de l'Allemagne, l'interdiction des offices publiques a été levée le 30 avril 2020 après la décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en date du 29 avril 2020 qui a considéré que le caractère général de l'interdiction des célébrations religieuses n'était pas justifié et a constaté « *une grave intrusion dans la liberté de religion* ».

En France, l'interdiction des offices publics, sous la seule réserve des cérémonies funéraires pour lesquelles la présence de 20 personnes était admise, a été maintenue jusqu'au 2 juin 2020 même si le Premier ministre avait affirmé devant le Sénat que le gouvernement était prêt à « étudier » une éventuelle reprise des offices dès le 29 mai 2020. La France figure donc parmi les derniers pays européens à avoir restauré la célébration publique des cultes.

---

*causés dans le local servant à ces exercices.* » Cette conception qui privilégie l'exercice collectif du culte dans des lieux dédiés est le fruit d'une tradition séculaire Europe (et pas seulement). Il n'en a été généralement autrement que pour les cultes interdits et/ou persécutés.

Reste à savoir si, en maintenant l'interdiction des offices religieux au-delà de la date du déconfinement du 11 mai 2020, un juste équilibre a été préservé dans la balance à opérer entre le respect de la liberté de culte et le but légitime poursuivi, celui de la santé publique. Par ordonnance du 18 mai 2020, le Conseil d'État a estimé que ce juste équilibre n'avait pas été respecté et que l'interdiction générale et absolue de tout rassemblement dans les lieux de culte présentait un caractère disproportionné au regard de l'objectif de préservation de la santé publique, des mesures d'encadrement moins strictes étant possibles, notamment au regard de la tolérance des rassemblements de moins de 10 personnes dans les lieux publics. Le Conseil d'État a reconnu que « *le droit de participer collectivement à des cérémonies en particulier dans les lieux de culte* » constituait une composante essentielle de la liberté de culte et, eu égard au caractère essentiel de celle-ci, a constaté une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière. Il a enjoint au Premier ministre de modifier dans un délai de 8 jours à compter de la notification de l'ordonnance précitée le décret du 11 mai 2020, de lever l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte et d'édicter à sa place des mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu applicables en ce début de déconfinement<sup>31</sup>. À la suite de cette ordonnance, le Décret du 31 mai 2020<sup>32</sup>, a prévu par un article 47 intégré dans un chapitre VI « Culte » que « les établissements de culte » sont autorisés à recevoir du public dans le respect des règles sanitaires, dont le port du masque ; étant précisé que l'obligation du port du masque ne fait pas obstacle à ce que celui-ci soit momentanément retiré pour l'accomplissement des rites qui le nécessitent. La décision du Conseil d'État a donc rappelé la nécessité de garantir la liberté de culte, laquelle est partie intégrante de la liberté religieuse, liberté fondamentale. D'autant plus, si l'on considère que le droit à la liberté de religion est « *si étroitement lié aux autres droits fondamentaux que l'on peut soutenir à juste titre que le respect de la liberté religieuse est comme un test pour l'observance des autres droits fondamentaux* » (Jean Paul II, Discours au Corps diplomatique n.6, Insegnamenti XII/1, 1989).

## E. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET D'OPINION.

### § 1 - Droit interne.

#### a) La Constitution.

Article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi. » ; « Il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ». (Conseil constitutionnel, déc. n° 86-217 DC du 18/09/1986).*

31 - Conseil d'État du 18 mai 2020 (Nos 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590, M. W. et autres.

32 - Décret n° 2020-663 du 31 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 (JORF n° 0133 du 1<sup>er</sup> juin 2020 NOR : SSAZ2013547D :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041939818&categorieLien=id>

« Le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ». (C. const., 11 oct. 1984, n° 84-181 DC).

#### **b) Autres sources du droit national.**

#### **§ 2 - Droit européen.**

##### **a) L'article 10 CEDH.**

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à **certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.** »

##### **b) L'article 11 du CDFUE.**

Son titre est - Liberté d'expression et d'information – Il stipule ; « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. »

#### **§ 3 - Droit international.**

##### **a) L'article 19 de la DUDH.**

Il dispose ; « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. ».

##### **b) L'article 19 du PIDCP.**

Il est rédigé en ces termes ; « 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. **Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :**

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. »

#### § 4 - Des atteintes à la liberté d'expression pendant l'état d'urgence sanitaire.

#### § 5 - Effets indirects de l'état d'urgence sanitaire sur la liberté d'expression.

Hélas, il n'a pas été possible de traiter cette partie importante, car le temps et les moyens ont manqué. Il en est de même de la partie sur le droit à la vie culturelle. Nous ne désespérons pas de le faire ? et toutes les bonnes volontés seront examinées par le comité de rédaction. Nous les publierons alors sur les sites des Instituts.

Nous souhaitons toutefois signaler quelques chroniques, et invitons les lecteurs à découvrir certaines annexes et éléments bibliographiques :

<https://www.revuedesdeuxmondes.fr/covid19-medias-francais-enfants/>

<http://www.revuedlf.com/droit-penal/coronavirus-et-faussees-informations-les-aleas-de-la-liberte-dexpression-en-periode-de-crise-sanitaire/>

[https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/09/25/crise-sanitaire-l-urgence-ne-justifie-pas-que-l-on-s-exonere-de-tout-debat-public\\_6053542\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/09/25/crise-sanitaire-l-urgence-ne-justifie-pas-que-l-on-s-exonere-de-tout-debat-public_6053542_3232.html)

<https://www.coe.int/fr/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis>

### F. DROIT À LA LIBERTÉ DE RÉUNION OU D'ASSOCIATION.

La liberté de réunion ou d'association est une des conditions de la démocratie pluraliste. Elle est consacrée en droit interne et aux articles 20 DUDH, art. 21 et 22 du PIDCP, art. 11 CEDH et 12 CDFUE.

#### § 1 - Droit interne.

##### a) La Constitution.

Reconnue du « *bout des lèvres par la Révolution française* »<sup>33</sup>, elle ne trouve qu'indirectement sa source dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Les révolutionnaires ont fait le choix de ne pas adjoindre « réunir ». Ils signifiaient ainsi leur méfiance originelle à l'égard d'une liberté qui, exercée collectivement, était susceptible de renverser le nouvel ordre établi.

##### b) Autres sources.

Il faut attendre la III<sup>e</sup> République pour que le principe de la liberté de réunion soit posé à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 juin 1881. La Révolution française avait déjà substitué au régime de l'autorisation préalable celui de la liberté, lequel se trouve proclamé dans le texte constitutionnel de 1791. Le régime de Vichy rétablissait la déclaration préalable par décret-loi du 23 octobre 1935, avant que l'ordonnance du 9 août 1944 ne remette en vigueur le régime de la loi de 1881.

#### § 2 - Droit international.

##### a) Les articles 21 et 22 PIDCP.

La liberté de réunion ou d'association est reconnue par les articles 21 et 22 PIDCP.

Article 21 : « *Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique,*

33 - P.-H. Prélot, *Droit des libertés fondamentales* : Hachette, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 289 et s.

*dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui. »*

Article 22 : « 1. Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.

3. Aucune disposition du présent article ne permet aux États parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte -- ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte -- aux garanties prévues dans ladite convention. »

#### **b) L'article 11 CEDH.**

La Convention garantit la liberté de réunion et d'association en son article 11 :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État. »

Ainsi, une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté de réunion pacifique est contraire à l'article 11, sauf si elle est « prévue par la loi », si elle tend vers un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 de cette disposition et si elle est « nécessaire, dans une société démocratique » pour atteindre ces buts (*Vyerentsov c. Ukraine*, § 51).

Et constitue donc « un élément essentiel » de la vie politique et sociale d'un pays. Le droit à la liberté de réunion pacifique est un droit fondamental dans une société démocratique et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société. Dès lors, il ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive (*Djavit An c. Turquie*, § 56 ; *Kudrevicius et autres c. Lituanie* [GC], § 91) ; *Taranenko c. Russie*, § 65). Et si les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans les restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention qui peuvent passer pour « nécessaires dans une société démocratique », celle-ci n'est pas illimitée (*Barraco c. France*, § 42).

Ainsi, seuls des impératifs incontestables peuvent justifier une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'association (Commission de Venise, « *Avis sur la compatibilité de la législation de la République d'Azerbaïdjan relative aux organisations non gouvernementales avec les normes relatives aux droits de l'homme* », CDL-AD(2011)035, 19 octobre 2011, paragraphe 85) ; la loi doit être parfaitement claire, tout particulièrement en ce qui concerne les dispositions qui confèrent un pouvoir discrétionnaire aux autorités publiques<sup>34</sup> elle doit également être précise et certaine, et avoir été adoptée dans le cadre d'un processus démocratique (OSCE, Document de la réunion de Moscou de 1991, dont le paragraphe 18.1

34 - CEDH, *Hasan et Chausch c. Bulgarie* [GC] (requête n° 30985/96, arrêt du 26 octobre 2000), paragraphe 84 ; CEDH, *Aliyev et autres c. Azerbaïdjan* (requête n° 28736/05, arrêt du 18 décembre 2008), paragraphe 35.

précise que « [l]es lois seront élaborées et adoptées au terme d'une procédure ouverte exprimant la volonté du peuple, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants élus »).

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à de nombreuses reprises la relation directe entre la démocratie, le pluralisme et la liberté d'association. D'ailleurs, la manière dont la législation nationale consacre cette liberté et l'application de celle-ci par les autorités dans la pratique sont révélatrices de l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit.<sup>35</sup>

#### **c) L'article 12 CDFUE.**

Cet article affirme le droit à liberté de réunion et d'association sans prévoir dans cette même disposition d'une possible restriction :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.

2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union. »

#### **§ 3 - Textes y portant atteinte.**

L'arrêté du 14 mars 2020, dans ses considérants précise :

« Considérant que le respect des règles de distance dans les rapports interpersonnels est l'une des mesures les plus efficaces pour limiter la propagation du virus ; qu'afin de favoriser leur observation, **il y a lieu de fermer les lieux accueillant du public non indispensables à la vie de la Nation** tels que les cinémas, bars ou discothèques ; qu'il en va de même des commerces à l'exception de ceux présentant un caractère indispensable comme les commerces alimentaires, pharmacies, banques, stations-services ou de distribution de la presse ; que compte tenu de leur contribution à la vie de la Nation, les services publics resteront ouverts y compris ceux assurant les services de transport ; Considérant que **les rassemblements de plus de 100 personnes favorisent la transmission rapide du virus, même dans des espaces non clos ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'interdire tous ces rassemblements dès lors qu'ils ne sont pas indispensables à la continuité de la vie de la Nation ; qu'un recensement des catégories de rassemblements concernés est opéré par les différents ministères afin d'en établir une typologie indicative ; que les rassemblements maintenus dans chaque département à ce titre seront fixés par les préfets, sans préjudice de la possibilité qu'ils conserveront d'interdire les réunions, activités ou rassemblements, y compris de moins de 100 personnes, lorsque les circonstances locales l'exigeront.** »

L'arrêté du 14 mars 2020 et le décret du 16 mars 2020, qui restreignent fortement les déplacements (T II, Ch. I, G, § 3), apportent donc une véritable entorse et une limitation sévère à la liberté de circulation prévue par la convention européenne des droits de l'homme.

#### **§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.**

Toute manifestation d'opposition au pouvoir en place est nécessaire pour garantir le bon fonctionnement de notre démocratie. Tel est le cas des partis politiques, syndicats et associations professionnelles, des associations de la société civile.

##### **a) Impossibilité de tenir des réunions militantes.**

Par le confinement imposé, les partis politiques ne peuvent rencontrer leurs électeurs, ni organiser de meetings ou tenir de réunions militantes.

35 - Gorzelik et autres c. Pologne [GC], § 88 ; Sidiropoulos et autres c. Grèce, § 40.

**b) Syndicats et associations professionnelles.**

Les syndicats et associations professionnelles sont également coupés de leur base et dans l'impossibilité de se réunir physiquement et voient leur pouvoir de négociation amoindri.

**c) Société civile.**

Les associations de la société civile ont pour la plupart suspendu ou fortement réduit leurs activités sur le terrain. En pâtissent les populations les plus vulnérables, tels que les sans domicile fixe ou les familles les plus précaires. Ainsi que les personnes victimes de violences intra-familiales, majoritairement les enfants et les femmes.

**d) Impossibilité de manifester.**

Enfin, l'évidente interdiction de manifester qui découle des obligations de confinement imposées suspend définitivement toute expression populaire de protestations.

**G. DROIT À LA LIBERTÉ DE CIRCULATION.**

La liberté de mouvement des personnes physiques se trouve dans sa pratique subordonnée totalement ou presque à la souveraineté de l'État, à son bon vouloir. Seules les organes de la Convention européenne peuvent s'interposer entre l'État et son ressortissant.<sup>36</sup>

**§ 1 - Droit interne.****a) La Constitution.**

Sous l'Ancien Régime, les déplacements des personnes à l'intérieur du Royaume faisaient l'objet d'un contrôle strict. Après la Révolution de 1789, la liberté de circulation s'est affirmée peu à peu. La pratique du livret, instaurée sous Napoléon en 1803 et qui limitait singulièrement la mobilité des ouvriers était officiellement abolie en 1890.

Le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle au principe de la liberté d'aller et venir (Décision n° 79-107, DC du 12 juillet 1979). Ce principe est protégé au titre de la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution.

**b) Autres sources.**

Le principe est que l'exercice de la liberté de mouvement ne peut être assujéti ni à des restrictions ni à la disposition de documents particuliers. Ainsi, la liberté d'aller et venir à son gré, élément de la liberté individuelle, ne peut être interdite par arrêté préfectoral, sauf en cas de circonstances exceptionnelles de temps et de lieu (regain d'activité du volcan de la Soufrière en Guadeloupe).<sup>37</sup>

**§ 2 - Droit international.**

La Déclaration universelle des droits de l'homme consacre la liberté de circulation (article 13) :

« Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. »

**a) L'article 12 PIDCP.**

En vertu de l'article 12 PIDCP : « 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale,

36 - J. Robert, J. Dufar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, n° 471 et s., éd. Montchrestien.

37 - CE 18 mai 1983, *Rodes*.

*l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte. 4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. »*

**b) L'article 2 du protocole n° 4 de la CEDH et CDFUE.**

Le principe de la liberté de circulation est posé à l'article 2 du protocole n° 4 CEDH, en ces termes :

*« 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.*

*2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.*

*3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*

*4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique »*

Et la Charte prévoit que *« Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. »* (article 45 al. 1)

L'état d'urgence sanitaire déclaré limite fortement ce principe.

**§ 3 - Textes y portant atteinte.**

**a) L'arrêté du 14 mars 2020.**

(cf. supra : T II, Ch. I, F, § 3).

**b) 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.**

Il prévoit en son article 1 :

*« Afin de prévenir la propagation du virus Covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes :*

*1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ;*

*2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé pris sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique ;*

*3° Déplacements pour motif de santé ; 4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ;*

*5° Déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie. Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions. »*

**Le décret du 16 mars 2020 apporte donc une véritable entorse et une limitation sévère à la liberté de circulation prévue par la convention européenne des droits de l'homme.**

#### § 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.

Le décret du 16 mars 2020 soumet à autorisation tout mouvement, toute visite même d'ordre familiale, ce qui constitue une violation incontestablement du droit à une vie privée et familiale tel que prévu par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales.

Cette grave limitation, du droit d'aller et venir contrarie de nombreux droits fondamentaux, comme il est vu. La gravité ainsi que la conséquence des mesures privatives de liberté nécessitent l'examen de leur fondement, autrement dit, ce qui a pu justifier et rendre urgente la prise de décision ayant pour conséquence de soumettre à autorisation l'ensemble des mouvements de la population, sans distinction.

##### a) Cas des réfugiés.

En application de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés adoptée le 28 juillet 1951, le terme « réfugié » s'applique à toute personne « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays.* »

La Convention garantit la liberté de circulation aux réfugiés : « *Tout État contractant accordera aux réfugiés se trouvant régulièrement sur son territoire le droit d'y choisir leur lieu de résidence et d'y circuler librement sous les réserves instituées par la réglementation applicable aux étrangers en général dans les mêmes circonstances.* » (Article 26).

En dépit de ces stipulations, plusieurs pays, tels que les États-Unis ou l'Australie les enferment jusqu'à ce que le statut de réfugié leur soit officiellement reconnu. D'autres pays, tels que le Kenya ou l'Ouganda cantonnent les réfugiés dans des camps et criminalisent toute tentative d'en sortir.<sup>38</sup>

En France, l'enregistrement de la demande d'asile dépend de la préfecture du lieu de résidence. L'administration avait décidé d'interrompre cet enregistrement sous couvert de l'état d'urgence sanitaire. Or, par une ordonnance du 21 avril 2020, le Tribunal administratif de Paris, saisi en référé-liberté le 15 avril 2020 par sept associations (la Ligue des droits de l'homme, l'ACAT, Kali, Utopia 56, l'Ardis, le GISTI et l'association Droits d'urgence) et sept étrangers dans l'impossibilité de faire enregistrer leur demande d'asile, a jugé que l'urgence à statuer était caractérisée, enjoint au préfet de police et aux préfets des départements d'Île-de-France de rétablir le dispositif d'enregistrement des demandes d'asile et à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) et de procéder à la réouverture de la plateforme téléphonique dédiée à la prise de rendez-vous en guichet unique pour demandeur d'asile (GUDA). Sur l'atteinte grave et manifeste à une liberté fondamentale, le Tribunal a rappelé que le droit d'asile est un principe de valeur constitutionnelle et a pour corollaire le droit pour l'étranger qui se réclame de ce droit d'être autorisé à demeurer sur le territoire le temps de l'examen de sa demande, dans le prolongement de l'ordonnance du Conseil d'État du 12 janvier 2001 qui admet comme corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié.

Après avoir énoncé les restrictions aux libertés fondamentales, telles que la liberté d'aller et venir et la liberté de réunion, rendues possibles par la loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire, il a considéré qu'aucune des dispositions de cette loi et des textes réglementaires pris pour son application « *n'a pour objet, ni pour effet, d'autoriser les autorités administratives compétentes à ne plus procéder à l'enregistrement des demandes d'asile* ».

Il a ainsi jugé que les mesures d'hygiène et de distanciation sociale peuvent être respectées dans les GUDA à la fois en raison du faible nombre actuel de demandes et par la fourniture aux agents « *des instruments*

38 - The rights of refugees under international law, James C. Hathaway, éd. Cambridge University Press, 2005.

*de protection qui leur sont nécessaires, notamment des masques, des gants, de tenues adaptées ou encore par l'installation de vitres en plexiglas ».*

La juridiction a rappelé que tel était le cas pour d'autres administrations et que des préfectures, notamment dans les départements les plus touchés par l'épidémie, continuaient à procéder à l'enregistrement des demandes d'asile.

Le Tribunal administratif de Paris a ainsi conclu à « *une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile* ». Il a donné un délai de cinq jours aux différentes préfectures pour rétablir le dispositif d'enregistrement des demandes d'asile en s'adaptant au flux réduit de la demande et pour rouvrir « *un nombre de GUDA permettant de traiter ce flux* » et enjoint à l'OFII de rouvrir, sans délai, la plateforme téléphonique, ce que celui-ci se déclarait prêt à faire dans son deuxième mémoire, produit après la clôture de l'instruction<sup>39</sup>.

En ce qui concerne les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), placé sous la tutelle du ministère de l'intérieur, coordonne l'ensemble de la gestion de l'hébergement et décide des admissions, sorties et/ou changements de lieu d'hébergement des personnes demandant l'asile (article L. 744-3 et L. 744-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA). Si la personne demandant l'asile s'absente plus d'une semaine de son lieu d'hébergement sans justification valable, elle est considérée comme ayant abandonné son lieu d'hébergement (article R. 744-9 du CESEDA). Le dispositif d'accueil est néanmoins saturé et nombre de demandeurs ne se voient pas attribuer de logement. Toute requête enjoignant l'OFII de proposer un hébergement aux requérants est désormais rejeté « au tri » au motif que le dispositif est saturé.<sup>40</sup>

Or, le 2 juillet 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que les autorités françaises ont laissé durant des mois des ressortissants de pays, ayant sollicité la protection internationale, sans ressources et sans hébergement. Le fait que les demandeurs d'asile aient ainsi vécu pendant une longue période dans la peur, les attentes et le dénuement est aux yeux du juge de Strasbourg constitutif d'un traitement dégradant, alors même que « *l'obligation de fournir un hébergement ou des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités de l'État défendeur concerné, en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transpose le droit de l'Union européenne, à savoir la "directive Accueil" » (§ 161)<sup>41</sup>.*

En pratique, s'il dispose d'un logement, le demandeur d'asile est dès lors tenu de s'y maintenir. Sa liberté de circulation est *de facto* limitée. Parce qu'elle a encore davantage été limitée par le confinement forcé, les attestations dont disposaient les demandeurs d'asile ont été prorogées d'une durée de trois mois au-delà de la date figurant sur celle-ci à compter du 16 mars 2020<sup>42</sup>.

Et le renouvellement de leurs attestations de demandes d'asile a été interrompu du fait notamment de la fermeture de tous les services administratifs.

#### **b) Cas des SDF et des associations caritatives.**

La situation des sans domicile fixe en France a empiré en raison d'une liberté de circulation qui s'est limitée aux soupes populaires, aux toilettes et douches publiques, ainsi qu'aux hébergements de jour.

39 - Tribunal administratif de Paris, Ordonnance du 21 avril 2020, n° 2006359/9.

40 - CE réf., 20 septembre 2017, n° 414254 ; 27 avril 2018, n° 419884 ; 30 avril 2019, n° 430051 ; 24 octobre 2019, n° 435423 ; 14 novembre 2019, n° 435861.

41 - Cour EDH, 2 juillet 2020, N.H. & autres c. France, Req. n° 28820/13, 75547/13 & 13114/15.

42 - Ordonnance n° 2020-460 du 24 avril 2020 - art. 24, qui modifie l'Ordonnance n° 2020-328 du 25 mars 2020 portant prolongation de la durée de validité des documents de séjour.

Plusieurs d'entre eux ont été verbalisés pour non-respect du confinement notamment à Paris, Lyon et Bayonne.<sup>43</sup> Le système informel d'associations et de ressources caritatives sur lesquelles les SDF comptent pour survivre a été mis à rude épreuve.

Saisi en référé-liberté par le Fédération nationale du droit au logement, la Ligue des droits de l'homme, l'association Élu/es contre les violences faites aux femmes et l'association KÂLÎ, le Conseil d'État a rejeté la requête de ces associations par ordonnance du 2 avril 2020 aux motifs que :

*« Le juge des référés a rejeté cette requête, en observant tout d'abord que les capacités d'hébergement mobilisées par l'État n'ont jamais été aussi importantes (170 000 places contre 157 000 auparavant, ainsi que 200 000 places en logement adapté). Il a relevé que l'administration poursuit ses efforts pour les accroître encore à brève échéance, notamment en négociant avec les secteurs de l'hôtellerie et les centres de vacances afin d'identifier le plus rapidement possible des places supplémentaires, sans exclure de recourir à des réquisitions si cela s'avérait nécessaire.*

*Concernant les personnels accompagnants, le juge des référés a notamment rappelé qu'une distribution de masques était prévue dans les centres d'hébergement spécialisés pour personnes atteintes de symptômes ne nécessitant pas une hospitalisation, et qu'il a été permis aux opérateurs du champ social et aux collectivités territoriales d'importer, avec l'appui de l'État, les masques nécessaires, et de les distribuer par leurs propres réseaux. Au sujet du dépistage, le juge des référés a relevé que les autorités ont pris les dispositions nécessaires pour augmenter les capacités de test dans les meilleurs délais, et que, en attendant, les tests sont pratiqués selon des critères de priorité constamment ajustés et fixés, en tenant compte de l'avis du haut Conseil de la santé publique ».*<sup>44</sup>

Par des mémoires en intervention, plusieurs associations avaient néanmoins soutenu que *« l'absence de mesures appropriées concernant les populations sans abri, mal logées et hébergées en urgence porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie de l'ensemble des personnes concernées, protégé par l'article 2 CEDH, au droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants, protégé par l'article 3 CEDH, au droit de vivre dans un environnement sain, consacré par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement, ainsi qu'au droit à la sécurité sanitaire qui en découle. »*

Cette jurisprudence s'aligne sur celles déjà rendues par le Conseil d'État.<sup>45</sup>

### **c) Violences familiales (conjugales, contre les enfants), violences entre voisin(e)s.**

Il y a lieu de noter, que le confinement obligatoire familial (du couple avec ou sans enfants) parfois dans des espaces très étroits, peut créer une promiscuité source de stress, de violence intra-familiale dans des situations préexistantes déjà, exacerbées parfois par le stress lié à la situation financière pour les individus concernés par le chômage technique ou partiel.

La frustration de l'enfermement peut engendrer une nouvelle forme de violence à l'égard des personnes avec lesquelles on se retrouve confinés pendant une longue période.

Un enfant de 6 ans a été déclaré en mort cérébrale fin mars, le père étant suspecté de violences à son égard (Le Parisien, 31 mars 2020). Le confinement peut aussi exacerber les conflits de voisinage.

### **d) Incivisme (délations, stigmatisations actives).**

Le confinement en ce qu'il alimente la peur de l'autre qui est potentiellement porteur du virus, peut susciter la haine ou le rejet. C'est ce qui s'est passé à l'égard de ceux qui ont quitté une région pour se

43 - Dépêche AFP du 20 mars 2020: [https://www.liberation.fr/direct/element/dans-plusieurs-ville-des-sdf-verbalises-pour-non-respect-du-confinement\\_110982/](https://www.liberation.fr/direct/element/dans-plusieurs-ville-des-sdf-verbalises-pour-non-respect-du-confinement_110982/)

44 - CE, ord., 2 avril 2020, n° 439763.

45 - CE, ord., 27 mars 2020, n° 439720 ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439765, n° 439693 et n° 439726 [3 esp. distinctes] ; CE, ord., 29 mars 2020, n° 439798.

confiner dans une autre, provoquant des attitudes agressives et de violence des uns contre les autres telles que la détérioration de véhicules ou des insultes à l'égard de parisiens qui ont choisi d'être confinés en province<sup>46</sup>.

Le confinement peut encore créer des situations de jalousie et de frustration pouvant engendrer une nouvelle forme de délation à l'égard de celui qui ne respecte pas d'une manière subjective ou objective cette mesure et qui se promène dans la forêt ou sur les plages étendues de France, alors que certains arrêtés préfectoraux l'interdisent ; qui achète une seule baguette alors que certains arrêtés municipaux l'interdisent...<sup>47</sup>

L'anthropologue Jean Dominique Michel parle de l'« *hallucination collective que nous vivons...* »<sup>48</sup>

**e) Risques d'altercations entre citoyens et entre forces de l'ordre et population, voire d'émeutes.**

La restriction massive actuelle des libertés individuelles, et plus particulièrement de la liberté d'aller et venir, situation inédite en France peut avoir de conséquences graves à court mais aussi à long terme, difficiles à évaluer aujourd'hui puisque la situation est nouvelle.

Le 22 mars dernier le Conseil d'État a été saisi par le syndicat de jeunes médecins d'une demande de confinement total, tendant à une restriction plus ferme de la liberté d'aller et venir, dans les termes suivants : « *réexaminer le maintien de la dérogation pour "déplacements brefs, à proximité du domicile" compte tenu des enjeux majeurs de santé publique et de la consigne de confinement* ».

S'attachant tout particulièrement à l'exercice d'une pratique sportive, le conseil d'État a enjoint notamment au Premier ministre et au ministre de la santé, de prendre dans les quarante-huit heures les mesures suivantes : *réexaminer le maintien de la dérogation pour « déplacements brefs, à proximité du domicile » compte tenu des enjeux majeurs de santé publique et de la consigne de confinement.*

Ainsi depuis le 23 mars 2020, l'activité physique est autorisée dans la limite d'une heure quotidienne à condition de rester dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile. À Paris, la maire limitait la pratique d'une activité sportive en l'interdisant entre 10 h 00 et 19 h 00, sous peine d'amende (Arrêté du 7 avril 2020). Elle était imitée par cinq départements de l'Ile-de-France, qui revenaient ensuite sur leurs décisions, laissant ainsi à la seule ville de Paris, dense de 20 754 habitants au km<sup>2</sup>, le privilège d'interdire toute activité sportive entre 10 h 00 et 19 h 00.

Dans certaines communes, les maires avaient pris d'autres arrêtés restrictifs, portant notamment interdiction de sortir à plus de 200 mètres puis à plus de 10 mètres de chez soi...<sup>49</sup>.

Or, l'activité sportive et récréative est indispensable à l'équilibre psychique de la majorité d'entre nous et devrait être considérée comme un défouloir ou une manière positive de canaliser les difficultés dues au confinement.

**f) Les arrêtés instituant un couvre-feu pris dans certains départements et certaines villes.**

Plusieurs dizaines de communes et de départements ont durci le confinement en prenant des arrêtés limitant encore davantage la liberté d'aller-et-venir. Certaines ont interdit les sorties récréatives à certaines heures, d'autres ont pris des arrêtés prononçant un couvre-feu. Certaines préfectures n'ont pas manqué d'alerter les maires du département quant à l'éventuelle illégalité d'un tel arrêté. En effet, la lutte contre la crise sanitaire relève d'une police spéciale dévolue à l'État et à son représentant dans le département. Dans ce contexte, le maire ne peut intervenir au titre de ses pouvoirs de police générale qu'en « *cas*

46 - Ouest France, 26 mars 2020.

47 - La Provence, 27 mars 2020.

48 - Le Nouvel économiste, 22 mars 2020.

49 - La Provence, 27 mars 2020.

de situation d'extrême urgence créant un péril particulièrement grave et imminent »<sup>50</sup>. Ainsi, sauf cas exceptionnel, le préfet peut solliciter le retrait d'un arrêté pris par un maire ou en solliciter la suspension devant le juge administratif.

## CHAP II. LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS.

### A. LES INSTRUMENTS DE PROTECTION DE CES DROITS.

#### § 1 - Droit européen.

##### a) La Charte sociale européenne révisée, du 3 mai 1996.

La Charte sociale européenne révisée est une convention internationale conclue au sein du Conseil de l'Europe. Elle a été signée le 3 mai 1996. Elle a été ratifiée par la France le 7 mai 1999. Elle garantit les droits économiques et sociaux fondamentaux de tous les individus dans leur vie quotidienne<sup>51</sup>.

##### b) Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995.

Le Protocole additionnel également ratifié par la France, prévoit un système de réclamations collectives qui permet aux partenaires sociaux et aux organisations non gouvernementales de saisir le Comité européen des droits sociaux de recours alléguant de violations de la Charte dans les États l'ayant ratifiée.

##### c) La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950.

(cf. supra Sec. Part, T II, Ch. I, A, § 2, b).

##### d) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

(cf. supra Sec. Part, T II, Ch. I, A, § 2, c).

#### § 2 - Droit international.

##### a) Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) du 16 décembre 1966.

(cf. supra Sec. Part, T II, Ch. I, A, § 3, a).

### B. DROIT À LA SANTÉ.

#### § 1 - Droit européen.

##### a) Les articles 11 à 15 de la Charte sociale européenne (CSE - version révisée du 03.05.1996), prévoient.

##### ■ Article 11- Droit à la protection de la santé.

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment : 1. à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente ; 2. à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé ; 3. à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies endémiques et autres, ainsi que les accidents. »

50 - CE 10 oct. 2005, Commune de Badinières.

51 - La Charte sociale du conseil de l'Europe et son œuvre de régulation (1961-2011) le Comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan, Belorgey J.-M., RTDH, 2011, pp 787.

■ **Article 12 - Droit à la sécurité sociale.**

« Tous les travailleurs et leurs ayants droit ont droit à la sécurité sociale. »

■ **Article 13 - Droit à l'assistance sociale et médicale.**

« Toute personne démunie de ressources suffisantes a droit à l'assistance sociale et médicale. »

■ **Article 14 - Droit au bénéfice des services sociaux.**

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à bénéficier des services sociaux, les Parties s'engagent :  
I à encourager ou organiser les services utilisant les méthodes propres au service social et qui contribuent au bien-être et au développement des individus et des groupes dans la communauté ainsi qu'à leur adaptation au milieu social ».

■ **Article 15 - Droit des personnes handicapées à l'autonomie à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté.**

« En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment : 1. à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées; 2. à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées dans le milieu ordinaire de travail et à adapter les conditions de travail aux besoins de ces personnes ou, en cas d'impossibilité en raison du handicap, par l'aménagement ou la création d'emplois protégés en fonction du degré d'incapacité. Ces mesures peuvent justifier, le cas échéant, le recours à des services spécialisés de placement et d'accompagnement; 3. à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité et à leur permettre d'accéder aux transports, au logement, aux activités culturelles et aux loisirs. ».

**b) Les articles 35 et 26 de la CDFUE.**

■ **Article 35 - Protection de la santé.**

Il prévoit que « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union. ».

■ **Article 26 - Intégration des personnes handicapées.**

« L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté. ».

**§ 2 - Droit international.**

**a) L'article 25 de la DUDH.**

« (1) Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

(2) *La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale.* ».

**b) L'article 12 du PIDESC.**

« 1. *Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.*

2. *Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer :*

a) *La diminution de la mortalité infantile et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ;*

b) *L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ;*

c) *La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies ;*

d) *La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.* ».

**§ 3 - Textes y portant atteinte : la loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020.**

**a) Étendue et sanction de la mesure.**

Au regard du contexte épidémique en France, le Parlement a adopté la loi d'urgence sanitaire le 23 mars 2020. Ce dispositif inédit constitue la base légale des mesures de confinement mises en place pour lutter contre l'épidémie de Covid-19.

La loi sur l'état d'urgence sanitaire est composée d'une série de mesures exceptionnelles. Leur but est de renforcer la sécurité sanitaire et de lutter contre la propagation de l'épidémie de coronavirus sur le territoire français. Si ce projet de loi s'inspire de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, il s'agit toutefois d'**un dispositif inédit en France**. Il a été prévu que les mesures soient soumises « *au contrôle du juge et du Parlement* », a précisé Philippe Bas, président de la commission des lois, à l'issue du Conseil des ministres, mercredi 18 mars 2020.

Il autorise le gouvernement français à prendre, par ordonnances, une série de mesures pour endiguer l'épidémie du Covid-19 et prévoit que « *L'état d'urgence sanitaire est déclaré pour deux mois, soit jusqu'au 24 mai 2020* ».

**■ Durée.**

Dans le cas spécifique du coronavirus, l'état d'urgence sanitaire est « *déclaré pour une durée de deux mois* », à compter de l'entrée en vigueur de la loi, soit jusqu'au 24 mai 2020. Sa mise en place pourra toutefois être renouvelée, au regard du contexte épidémique, avec l'accord des parlementaires (Sénat et Assemblée nationale).

**■ Limites géographiques.**

L'état d'urgence sanitaire est déclaré « *sur tout ou une partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution en cas de catastrophe sanitaire, notamment en cas d'épidémie mettant en jeu par sa nature et sa gravité, la santé de la population* », précise le texte de loi.<sup>52</sup> Des ordonnances peuvent adapter l'état d'urgence sanitaire dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie.

52 - Cf. Annexes - Loi n° du 22 mars 2020 sur l'urgence sanitaire « Textes législatifs et réglementaires ».

### ■ Sanctions.

Une amende de 135 euros est prévue en cas de non-respect ou de méconnaissance des mesures listées pour assurer le confinement de la population. La sanction correspondra à une amende de 4<sup>e</sup> classe, au tarif de 135 euros pour la première violation. Elle peut être majorée à 375 euros en cas de non-paiement dans les 45 jours. Dans un cas de récidive commis dans un délai de quinze jours, la contravention peut aller jusqu'à 1 500 euros **et jusqu'à 3 750 euros d'amende et six mois de prison en cas de multi-récidive dans une période de 30 jours**. La suspension du permis de conduire est également possible. **Pour contrôler l'application des interdictions, 100 000 membres des forces de l'ordre (gendarmes, policiers, militaires...) sont déployés sur tout le territoire**. La police municipale, les gardes champêtres et, à Paris, certains agents de la mairie ou de la préfecture de police peuvent aussi verbaliser les contraventions. **Par ailleurs, le fait de ne pas respecter les réquisitions demandées pourra être puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende.**

### b) Le processus de décision.

Édifiés en « *garde-fous* » l'Assemblée nationale et le Sénat « *sont informés sans délai des mesures prises par le gouvernement pendant l'état d'urgence sanitaire et peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ». Il est également prévu que ce projet de loi soit analysé par **un comité scientifique**, composé d'un président désigné par le Président de la République, de deux autres membres désignés respectivement par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et d'autres personnalités qualifiées, nommées par décret. **Ce comité scientifique pouvant ainsi exiger des explications de la part du gouvernement.**

### **§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits à la santé.**

La question de savoir s'il ne fallait pas privilégier, pour lutter contre la pandémie, des mesures qui permettent le maintien des fonctions vitales du pays, nécessaires à sa santé et à celles de ses habitant(e)s est posée. Notamment au regard de ce qui se passe dans plusieurs autres pays de l'Union, qui ont exploré avec bénéfice, semble-t-il cette voie<sup>53</sup>. L'avenir dira si, par son étendue, en termes de durée, de limites géographiques et le degré de sévérité de ses sanctions, le confinement forcé général (CFG) répond au nécessaire équilibre entre le principe de précaution et le principe de proportionnalité, au regard du droit à la santé de la population française.

En attendant, il a été constaté que le CFG entraînait les altérations suivantes du droit à la santé.

### a) Restriction à l'accès aux soins, pour l'ensemble de la population.

Le conseil scientifique qui épaula le gouvernement a relevé « *l'importance de la continuité des soins de base lors de cette période de confinement, expliquant que l'épidémie de Covid-19 ne doit pas pour autant affecter la prise en charge et le suivi des patients atteints de pathologies chroniques.* » Cependant, William DAB<sup>54</sup> Professeur émérite au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM) prévoit à moyen terme, des répercussions sur la santé, causées, non par le virus, mais par les complications chez les patients souffrant de maladies cardiaques, pulmonaires, rénales, etc. Le suivi des malades chroniques ne pouvant plus être aussi bien assuré, en raison de la saturation du système de soins par l'épidémie. Le durcissement du confinement avec les nouvelles attestations de déplacement préoccupe aussi les médecins<sup>55</sup>. Seules les consultations et soins ne pouvant être assurés à distance ou ne pouvant

53 - Cf. Rapport : Part. 4. « *La question de la proportionnalité reste posée* ».

54 - *Le Monde* du 10 avril 2020.

55 - *L'Express* du 25 mars 2020.

être différés seraient autorisés. Par ailleurs, il a été question de soumettre à une urgence ou une « *convocation d'un médecin* » la validité de la justification de déplacement.

#### **b) Effets des procédures filtrantes et des limitations de sorties.**

Certains médecins généralistes, estiment à 75 % la baisse de leurs consultations. Leurs patient(e)s craignent de venir les voir, du fait des consignes données quant à la pandémie, attitude qui les inquiète particulièrement pour ceux atteints de maladies chroniques. Ils évoquent également des risques traumatiques liés à la situation de confinement et les angoisses qu'elle provoque<sup>56</sup>. Les activités physiques, dont il est démontré l'apport certain pour la santé, sont limitées à un rayon de un kilomètre, alors que tous les accès à des équipements sportifs, aux parcs et aux jardins sont devenus impossibles. Enfin les achats à la pharmacie doivent relever « *des achats de première nécessité* ».

#### **c) Dégradations de l'état de santé liées à l'inactivité, l'isolement social et/ou la promiscuité.**

##### **■ Traumas et décompensations.**

La décompensation psychotique est une rupture de l'équilibre psychique chez un individu, qui se caractérise par le fait que cette personne sort du réel, avec des bouffées délirantes. Il s'agit d'une tentative des êtres de trouver une réponse même dysfonctionnelle. Le confinement est une expérience déroutante pour les personnes en situation de handicap psychique qui sont impactées et fragilisées par le confinement. Des décompensations sont redoutées et le stress peut provoquer une baisse des défenses immunitaires. Une étude de *The Lancet* du 26 février, 2020, synthétisant 24 études scientifiques concernant la situation de dix pays lors de précédentes épidémies montre qu'une durée de confinement supérieure à dix jours engendre des symptômes post-traumatiques, des comportements d'évitement et de colère<sup>57</sup>.

##### **■ Addictions.**

**On relève une certaine incohérence dans les décisions en raison de l'absence d'évaluation préalable par les addictologues.** Il existe deux types de comportements différents, certaines personnes profitent de cette période pour réduire leur consommation, d'autres recherchent la détente et en consomment davantage.

Face au coronavirus, les maires prennent des arrêtés parfois étranges. Ainsi la préfecture de l'Aisne avait annoncé le 24 mars dernier l'interdiction de la vente d'alcool pour lutter contre les violences intra-familiales, dont sont principalement victimes les femmes et les enfants et provoquées également par le GFG<sup>58</sup>. Néanmoins, à la suite d'échanges avec des addictologues, sur certaines conséquences négatives possibles d'une mesure généralisée, même très temporaire, le préfet a **décidé de rapporter cette disposition, dans l'attente d'une évaluation plus large des mesures envisageables dans ce domaine**, selon la préfecture<sup>59</sup>.

Les situations d'angoisses résultant de l'enfermement et de l'isolation provoquent une hausse des comportements addictifs. Cela peut concerner le tabac, la drogue et l'alcool. La pratique des « apéro-internet » ou « apéros virtuels » s'est développée.

56 - Docteur Bensoussan, médecin généraliste (Fédération française des médecins généralistes) « *Confinement : être trop sédentaire va-t-il dégrader notre santé ?* » *Le Parisien*, 05.04.20.

57 - Extraits de l'entretien avec Astrid Chevance, psychiatre et doctorante en épidémiologie clinique à l'université Paris Inserm - « *Quelles sont les conséquences du confinement et de l'épidémie sur la santé mentale ?* » France inter - Émission « Le virus au carré » 07.04.2020.

58 - « *EXCLUSIF. Enfance en danger : les signalements explosent* » *Le journal du dimanche*, 18 avril 2020, selon lequel Le numéro d'alerte 119 pour les enfants maltraités a enregistré la semaine précédente un bond de 80 % des appels par rapport à une période non confinée.

59 - *Nouvel Observateur* avril 2020.

**d) Autres effets concernant les personnes à risques.**

Comment concilier immunité et confinement contre le nouveau virus pour reprendre une vie normale. La perspective d'une explosion du nombre de malades hante les gouvernements.

Les personnes affaiblies par l'un des facteurs suivants sont particulièrement concernées ;

– Une maladie chronique ou grave (diabète, maladie pulmonaire, troubles cardio-vasculaires, maladie rénale, cancer, infection au virus de l'immunodéficience humaine, un traitement de chimiothérapie).

– Les personnes âgées ont un système immunitaire qui répond de façon moins rapide.

**Ce sont également des personnes qui présentent un risque légal, en cas d'infection au coronavirus. Or, paradoxalement, aucune mesure de protection spécifique n'a été prévue les concernant.** Alors que du fait du CFG, certaines se retrouvent sans leurs aidant(e)s, qui ne se déplacent plus faute de masques, de gels et de test pour assurer leur sécurité. Elles sont souvent privées du soutien que leur apportent les visites de leurs proches, ce qui a un âge avancé, compte beaucoup. Elles ne bénéficient pas non plus d'un soutien psychologique organisé. Enfin, celles qui ont des problèmes de mobilité, quelque qu'en soit la cause, peuvent difficilement pourvoir à leurs approvisionnement ou produits de nécessité courante.

**e) Discrimination des plus pauvres pour l'exercice du droit à la santé.**

De nombreuses voix s'élèvent pour pointer les risques de discriminations, induits par le CFG. Ces risques ont été évoqués par le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE)<sup>60</sup>, particulièrement concernant les plus pauvres. ATD Quart Monde, dans un premier bilan des situations constatées suite aux mesures prises pour lutter contre l'épidémie, se fait l'écho des difficultés rencontrées, par cette catégorie de la population, relatives à la santé et la prise en charge médicale.<sup>61</sup>

**C. DROIT AU TRAVAIL.****§ 1 - Droit interne.****a) La Constitution.****■ Le préambule de 1946 de la Constitution.**

Le droit au travail est inscrit dans la Constitution, et plus précisément dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui a valeur constitutionnelle :

« 5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. »

L'affirmation du droit au travail résulte d'une première décision du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1986 (85-200 DC, 16 janvier 1986, cons. 4, Journal officiel du 18 janvier 1986, page 920, Rec. p. 9). Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du droit pour chacun d'obtenir un emploi comme découlant du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. (98401 DC, 10 juin 1998, cons. 26, Journal officiel du 14 juin 1998, page 9033, Rec. p. 258). Ce droit figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et peut être invoqué à l'appui d'une QPC. (2011-139 QPC, 24 juin 2011, cons. 4, Journal officiel du 25 juin 2011, page 10841, texte n° 71, Rec. p. 300). Cette valeur constitutionnelle ne signifie cependant pas que le citoyen dispose d'un droit de revendiquer le bénéfice d'un emploi auprès de l'État, ou d'une entreprise privée.

60 - Avis du CCNE du 13/03/20 Covid-19 « Enjeux éthiques face à une pandémie ». Réponse à la saisine du ministre en charge de la santé et de la solidarité.- Annexes au Rapport « Rapports, avis et déclarations institutionnels. »

61 - « Comprendre quelles sont les conséquences du coronavirus et des mesures prises pour lutter contre l'épidémie sur les personnes et les familles les plus pauvres. » Situations constatées du 16 au 31 mars 2020 - Contributions au Rapport.

Il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer, conformément aux dispositions du cinquième alinéa du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre. (2010-98 QPC, 4 février 2011, cons. 3, Journal officiel du 5 février 2011, page 2355, texte n° 90, Rec. p. 108).

En conséquence, c'est dans le cadre des dispositions légales prises par le Parlement que le citoyen pourra bénéficier de certaines garanties, ou mesures facilitant son accès à l'emploi, ou la préservation de son emploi, ou des dispositifs d'accompagnement ou de substitution de l'emploi, telles que par exemple des garanties à une indemnisation chômage.

Le Conseil constitutionnel pourra être saisi pour vérifier si la loi alors adoptée est conforme au principe général prévu au Préambule.

#### **La Constitution garantit également au travers du préambule de 1946 d'autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale :**

- La participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail (79-105 DC, 25 juillet 1979, cons. 1, Journal officiel du 27 juillet 1979, Rec. p. 33) ;
- Le droit de grève (79-105 DC, 25 juillet 1979, cons. 1, Journal officiel du 27 juillet 1979, Rec. p. 33) ;
- La liberté syndicale (82-144 DC, 22 octobre 1982, cons. 9, Journal officiel du 23 octobre 1982, page 3210, Rec. p. 61) ;
- Le droit à la protection sociale (86-225 DC, 23 janvier 1987, cons. 16 et 17, Journal officiel du 25 janvier 1987, page 925, Rec. p. 13).

Les mesures qui peuvent être prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire peuvent éventuellement être confrontées à ces droits constitutionnels garantis.

#### **■ Exemples de contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel.**

- Une disposition de loi qui habilite le gouvernement à limiter, en fonction de l'âge, des revenus et du nombre de personnes à charge la possibilité de cumul entre une pension de retraite et le revenu d'une activité professionnelle n'est pas contraire au droit de travailler et d'obtenir un emploi. (81-134 DC, 5 janvier 1982, cons. 5 et 6, Journal officiel du 7 janvier 1982, page 215, Rec. p. 15). À cet effet, il peut interdire le cumul de pensions de retraite et de certaines activités et, lorsque ce cumul est autorisé, il peut prévoir le versement d'une contribution de solidarité assise sur les salaires. (83-156 DC, 28 mai 1983, cons. 4, Journal officiel du 1<sup>er</sup> juin 1983, page 1646, Rec. p. 41) ;
- Au titre du droit d'obtenir un emploi, le législateur peut réduire de trente-neuf à trente-cinq heures la durée légale du travail effectif, en 2000 ou 2002 selon les cas et prévoir un dispositif visant à inciter les employeurs à réduire la durée du travail avant ces échéances. (98401 DC, 10 juin 1998, cons. 26, Journal officiel du 14 juin 1998, page 9033, Rec. p. 258) ;
- En fixant une règle générale selon laquelle, en principe, l'employeur peut mettre à la retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, le législateur, en adoptant l'article L. 1237-5 du code du travail, n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre. Il s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec l'objet de la loi. Dès lors, il n'a méconnu ni le cinquième alinéa du Préambule de 1946 ni le principe d'égalité devant la loi. (2010-98 QPC, 4 février 2011, cons. 5, Journal officiel du 5 février 2011, page 2355, texte n° 90, Rec. p. 108) ;
- En habilitant le gouvernement à prévoir que la cause économique d'un licenciement, dans une entreprise appartenant à un groupe peut être appréciée au niveau des entreprises appartenant au même groupe,

situées sur le territoire national et relevant du même secteur d'activité, le législateur n'a pas méconnu le droit à l'emploi.<sup>62</sup>

#### **b) Autres sources nationales du droit à l'emploi.**

Le droit à l'emploi au sens d'une garantie d'avoir un emploi, n'est pas prévu en tant que tel par une disposition légale. Par contre, le droit de ne pas être écarté de l'emploi ou le droit de conserver son emploi est garanti dans certaines hypothèses par un ensemble de dispositions légales prévues au Code du travail (exemples : maternité, discrimination, handicap, exercice du droit syndical...). De même, la loi a mis en place un ensemble de mécanismes destinés à faciliter l'accès à l'emploi (la formation, l'assistance au retour à l'emploi). Des dispositifs garantissent le bénéfice de compensations indemnitaires, ou d'allocations de substitution en l'absence d'emploi ou de perte d'emploi. Le service public de l'emploi qui couvre l'accueil, l'orientation, la formation l'insertion, l'accompagnement est assuré tant par les personnes publiques que par des personnes privées depuis la loi du 18 janvier 2005 (n° 2005-32).

### **§ 2 - Droit européen.**

Ces instruments internationaux trouvent leurs sources au niveau européen, soit le Conseil de l'Europe (47 États membres), ou l'Union européenne (27 États tous membres du Conseil de l'Europe).

#### **a) La Charte sociale européenne révisée.**

##### **■ L'article 1 de Partie II garantit le droit au travail.**

##### **■ Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par la CSE.**

La Charte sociale européenne révisée est une convention internationale conclue au sein du Conseil de l'Europe. Elle a été signée le 3 mai 1996. Elle a été ratifiée par la France le 7 mai 1999. Elle garantit les droits économiques et sociaux fondamentaux de tous les individus dans leur vie quotidienne<sup>63</sup>.

**Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995, également ratifié par la France, prévoit un système de réclamations collectives qui permet aux partenaires sociaux et aux organisations non gouvernementales de saisir le Comité européen des droits sociaux de recours alléguant de violations de la Charte dans les États l'ayant ratifiée.**

La Partie II, article 1 garantit le droit au travail dans ces termes :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent :

1 à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ;

2 à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ;

3 à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs ;

4 à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées. »

L'article 1 § 1 pose une obligation de moyens plutôt qu'une obligation de résultats ; au sens que la non-réalisation du plein emploi ni d'ailleurs l'existence d'un taux de chômage élevé ne conduit pas, en tant que telle, à une conclusion de non-conformité. Cependant, les efforts des États Parties doivent être suffisants au vu de la situation économique et du niveau du chômage.

62 - 2017-751 DC, 7 septembre 2017, parag. 43, JORF n° 0217 du 16 septembre 2017 texte n° 6.

63 - La Charte sociale du conseil de l'Europe et son œuvre de régulation (1961-2011) le Comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan, Belorgey J.-M., RTDH, 2011, pp 787.

Certaines situations nationales ont été jugées contraires à la Charte, par exemple :

- en cas d’absence tant d’engagement solennel à réaliser le plein emploi que de toute politique concertée en faveur de l’emploi (Conclusions XVI-1 (2002), Pays-Bas (Antilles néerlandaises et Aruba) ;
- lorsque le chômage, notamment le chômage des jeunes et le chômage de longue durée, est particulièrement élevé et que les mesures prises pour y remédier sont insuffisantes (comme le montre, entre autres, le nombre peu important de bénéficiaires de mesures actives et un faible niveau de dépenses (Conclusions 2004, Bulgarie) ;
- en cas d’évolutions négatives de la politique de l’emploi, tant en ce qui concerne l’activation des chômeurs que le montant des dépenses globales, dans une période où le chômage a augmenté de manière significative malgré la croissance économique (Conclusions XVI-1 (2002), Pologne) ;
- lorsque trop peu de demandeurs d’emploi ont accès à une formation (Conclusions 2012, Albanie Conclusions 2012, Arménie).

Le comité des droits sociaux a également eu l’occasion d’appliquer indirectement ce droit à l’emploi dans le cadre de réclamations collectives. Exemple : Réclamation Conseil quaker pour les affaires européennes c/Grèce, CEDS, 25/04/2001, Reclam. N° 8/2000).

**La Charte garantit également d’autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale** susceptibles de confrontation avec les mesures prises dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire, exemples :

- Le droit à la sécurité sociale : Partie I, article 12 ;
- Le droit à l’assistance sociale en cas de ressources insuffisantes : Partie I, article 13 ;
- Le droit à la négociation collective : Partie I, article 6 ;
- Le droit à l’information et la consultation au sein de l’entreprise : Partie I, article 21.

#### **b) La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et le droit au travail.**

##### **■ Elle ne garantit pas le droit à l’accès à un emploi.**

La Convention européenne des droits de l’homme ne garantit pas le droit à l’accès à un emploi. Cependant, la Convention interdit en son article 4 § 2 d’être « *astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire* » au sens du droit international. La convention protège également, de manière indirecte, le droit de gagner sa vie par le travail. En effet par une application dite « par ricochet » la Cour protège des droits sociaux au travers d’autres dispositions de la Convention. (F. Sudre, La protection des droits sociaux par Cour européenne des droits de l’homme, RTDH, 2003/755). Dans l’affaire Dogan contre Turquie qui concernait des personnes soumises à l’état d’urgence, et qui s’étaient vu empêcher par les autorités d’accéder à leurs terres pour les exploiter et à leurs domiciles, la Cour européenne a considéré qu’il y avait eu ingérence dans leur droit au respect de leurs biens protégé par l’article 1 du protocole n° 1 (CEDH, 29/06/2004, Rec. 2004-VI). De même au travers de l’article 8 de la Convention, la Cour européenne a considéré que l’interdiction d’accès à des emplois privés a des répercussions graves quant à la possibilité de gagner sa vie ce qui a des conséquences sur la vie privée garantie par l’article 8 (CEDH, 27/07/2004, Sidabras et Dziautas c/Lituanie). La Cour européenne dans de nombreux arrêts, dans le cadre de la protection de la vie privée des travailleurs apporte une protection à l’emploi.<sup>64</sup>

##### **■ Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par la Convention.**

Ils sont susceptibles de confrontation avec les mesures prises dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire, exemples :

- Le droit à la liberté de réunion et d’association : article 11 ;

64 - J.P. Marguénaud, Big boss is watching you Alertes sur le contrôle des activités électroniques des salariés, RTDH, 2017/1017.

– Le droit de propriété : Article 1 du Protocole n° 1.

**c) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.**

- L'article 15 de la Charte prévoit la Liberté professionnelle et droit de travailler.
- La Charte prévoit également une garantie contre la perte de l'emploi, en son article 30.
- Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par la CDFUE.

La Charte prévoit en son article 15 :

« Liberté professionnelle et droit de travailler

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.
3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens de l'Union. »

La liberté professionnelle consacrée au paragraphe 1 de l'article 15, est reconnue dans la jurisprudence de la Cour de Justice (voir, entre autres, les arrêts du 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, rec. 1974, p. 491, points 12 à 14 ; du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Hauer, rec. 1979 p. 3727 ; du 8 octobre 1986, aff. 234/85, Keller, rec. 1986, 2897, point 8). L'expression « conditions de travail » doit être entendue au sens de l'article 156 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le paragraphe 2 reprend les trois libertés garanties par les articles 26 et 45, 49 et 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à savoir la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services<sup>65</sup>. La Charte offre également une garantie contre la perte de l'emploi, en son article 30 :

« Protection en cas de licenciement injustifié

*Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».*

**La Charte garantit également d'autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale** susceptibles de confrontation avec les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, exemples :

- Le droit à la liberté de réunion et d'association : article 12,
- Le droit de propriété : article 17,
- Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise : article 27,
- Le droit à la négociation et d'actions collectives : article 28,
- Le droit à la sécurité sociale et aide sociale : article 34.

**§ 3 - Droit international.**

**a) L'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).**

L'article 6 du Pacte dispose :

- « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.
2. Les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social

<sup>65</sup> - Extrait des explications relatives à la Charte, 2007/C 303/02.

*et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales. »*

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacre donc le droit au travail en général, et explicite la dimension individuelle de ce droit en reconnaissant à l'article 7 le droit de chacun à des conditions de travail justes et favorables, notamment le droit à la sécurité des conditions de travail.

La dimension collective du droit au travail est abordée à l'article 8, qui consacre le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix ainsi que le droit des syndicats d'exercer librement leur activité.

Lors de la rédaction de l'article 6 du Pacte, la Commission des droits de l'homme a affirmé la nécessité de reconnaître le droit au travail dans un sens large en établissant des obligations juridiques précises et non pas un simple principe à portée philosophique. Le droit au travail est un droit individuel qui appartient à chacun et dans le même temps un droit collectif. Il s'applique à toutes les formes de travail, indépendant ou salarié. Il ne saurait se comprendre comme un droit absolu et inconditionnel d'obtenir un emploi. Le fait que la réalisation du droit au travail s'opère progressivement et s'inscrit dans le temps, ne devrait pas être interprété comme privant les obligations de l'État partie de tout contenu effectif. L'obligation de mettre en œuvre (faciliter l'exercice du droit au travail) requiert des États qu'ils prennent des mesures positives pour permettre aux individus de jouir du droit au travail et les aider à le faire, et appliquent des plans de formation technique et professionnelle facilitant l'accès à l'emploi.<sup>66</sup>

La Cour de cassation française a considéré que l'article 6 § 1 est directement applicable en droit interne, ce qui veut dire que le juge national peut contrôler la conformité d'une disposition légale nationale au traité des Nations unies<sup>67</sup>.

#### **b) Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par le Pacte.**

Le Pacte garantit également d'autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale susceptibles de confrontation avec les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, exemples :

- Le droit à la sécurité sociale : article 9 ;
- Le droit à un niveau de vie suffisant : article 11.

#### **c) Les autres textes des Nations unies : les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT).**

##### **■ La Convention n° 122 de l'OIT, concernant la politique de l'emploi (1964).**

##### **■ La Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement (1982).**

Les principales conventions protégeant les droits sociaux au niveau international sont celles adoptées au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT).

La Convention n° 122 de l'Organisation internationale du Travail concernant la politique de l'emploi (1964) évoque le « *plein emploi, productif et librement choisi* », liant l'obligation de l'État partie de créer les conditions du plein emploi à l'obligation de veiller à l'absence de travail forcé.

La Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement (1982) définit la licéité du licenciement en son article 4. Elle impose en particulier l'existence d'un motif valable de licenciement et reconnaît le droit à réparation – juridique ou autre – en cas de licenciement injustifié.

66 - CDESC Observation générale n° 18, adoptée le 24 novembre 2005.

67 - Cass. Soc. 16/12/2008, n° 05-40876.

#### § 4 - Les mesures prises par le gouvernement portant atteinte au droit du travail.

**a) L'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (JORF n° 0064 du 15/03/2020), et ses modifications ultérieures.**

**b) 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.**

■ **L'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (JORF n° 0064 du 15/03/2020), et ses modifications ultérieures.**

Cet arrêté qui a pour objet notamment d'imposer la fermeture des restaurants, centre commerciaux, lieux culturels, interdire les rassemblements, fermer les écoles, a nécessairement des effets sur l'emploi. La cessation d'activité de ces établissements peut entraîner des mesures de licenciement conduisant à du chômage.

■ **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.**

Ce décret qui a pour objectif d'interdire ou limiter les déplacements a également pour effet de restreindre l'activité économique pouvant avoir des effets sur l'emploi. Toutefois, il n'interdit pas de se rendre au lieu d'exercice de l'activité professionnelle si celle-ci ne peut être différée. Le décret n'interdit pas le télétravail.

Ces mesures résultant de l'arrêté et du décret précités ne constituent pas en tant que telles dans le contexte défini, et du fait du caractère temporaire de celles-ci, une violation du droit à l'emploi tel qu'il est garanti sur le plan national ou international. En outre, dans l'appréciation de l'atteinte au droit et en application du principe de proportionnalité, il y a lieu de prendre en considération les mesures d'atténuation existantes, ou prises spécifiquement à cette occasion. Les mécanismes existants venant limiter la faculté pour l'employeur de rompre le contrat de travail dès la mise en place des mesures de confinement, les dispositifs d'accompagnement visant à simplifier et renforcer l'activité partielle conduisent à atténuer l'atteinte au droit à l'emploi.

Les mesures prises encouragent les entreprises à placer, lorsque la nature des fonctions le permet, les salariés en télétravail, sur la base d'une disposition existante du Code du travail (et donc non adoptée dans le cadre de la crise sanitaire). En effet, l'article L1222-11 du Code du travail prévoit « *En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés* ». La mesure s'impose au salarié. La disposition légale a pour conséquence de contraindre le salarié à s'adapter à son domicile à son travail, venant ainsi lui apporter une restriction à la protection de sa vie privée et familiale (même si le télétravail est souvent un mode de travail revendiqué par les salariés). La mesure qui s'impose est toutefois justifiée par une situation exceptionnelle, et elle n'emporte pas une méconnaissance des engagements internationaux.

Une autre lecture de ces dispositions au regard du droit du travail doit également être examinée, et elle a trait, en sens inverse, à se questionner sur l'insuffisance des mesures prises par l'État pour assurer la sécurité des salariés dans les secteurs où il n'existe pas d'interdiction de poursuivre les activités économiques. La continuité de l'activité dans des lieux de travail peut avoir pour conséquence de mettre en danger les salariés au regard du virus et des conséquences sur sa santé, ou même sa vie. Or, la loi fait peser sur l'employeur une obligation de résultat en matière de santé et de sécurité des travailleurs (Article L. 4121-1 du Code du travail), et les instruments européens viennent conforter ces principes.

On pourrait donc s'interroger sur l'obligation de l'État de prendre des mesures contraignantes venant renforcer les obligations pesant sur l'employeur public ou privé face à une pandémie. Les obligations résultant de la CEDH notamment au travers des articles 2 ou 8 ne devraient-elles pas conduire l'État à prendre des mesures de restriction plus fortes des activités économiques et du droit à l'emploi ? De nombreux cas de droit d'alertes ou de droit de retrait d'une situation dangereuse ont été révélés dans certains secteurs d'activités. On doit constater la prise en considération des risques particuliers de la crise sanitaire par la mise en place d'outils destinés aux entreprises pour renforcer les obligations de sécurité. À titre d'exemple, les négociations en cours dans le bâtiment sur les mesures à prendre pour permettre la reprise des chantiers. Ces situations mettent en lumière les arbitrages difficiles à mettre en place lorsque des droits fondamentaux se heurtent (droit à la santé, droit au travail, liberté d'entreprendre). C'est cet arbitrage qui a été soumis au Conseil d'État dans plusieurs affaires : Dans l'affaire Fédération nationale des marchés de France, le Conseil retient la nécessité de protéger les personnes travaillant sur les marchés pour confirmer le décret sur la fermeture de ces marchés (CE, 1/04/2020, n° 43762). Dans l'affaire Syndicat des jeunes médecins, la juridiction administrative refuse le confinement intégral de la population sollicité pour des raisons de sécurité et de santé publique, estimant que certaines activités sont vitales pour des raisons de santé, tout en demandant au gouvernement de modifier certaines mesures (CE, Ordonnance du 22/03/2020 n° 439674). Dans une ordonnance du 14 avril 2020, le Tribunal judiciaire de Nanterre saisi en référé, va enjoindre à la Société Amazon de restreindre ses activités à certains produits de première nécessité pour faire respecter l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur (Ord. Réf. Trib. Jud. Nanterre, 14/02/2020, n° 20/00503). L'application du principe de proportionnalité doit être le guide permettant cet arbitrage délicat.

■ **Le décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle (JO 26/03/2020) et ses modifications et compléments ultérieurs (Ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle).**

Les dispositions relatives à l'activité partielle prévue par les articles L5122-5 et suivants et R5122-3 du code du travail, modifiées par le décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle pris dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, et l'ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle, ont certainement vocation à préserver l'emploi en affectant des aides financières importantes aux entreprises pour le remboursement des indemnités versées aux salariés, et en facilitant le recours à l'activité partielle (chômage partiel). Les exonérations de cotisations sociales qui accompagnent l'activité partielle viennent diminuer le coût du travail (non-travail en l'espèce) tout en permettant de maintenir l'emploi au moins temporairement. Les mesures entraînent pour les salariés une potentielle diminution des revenus, mais l'État a également pris des mesures pour encourager les entreprises à compléter l'indemnité d'activité partielle pour garantir le maintien de la rémunération nette, par une exonération de cotisations sociales. L'ordonnance élargit le bénéfice de cette aide, même si parallèlement elle diminue la protection apportée aux représentants du personnel en supprimant l'obligation d'obtenir son accord pour le placer en activité partielle.

Les mesures d'aide financière au bénéfice des entreprises mais également des salariés seraient nécessairement prises en considération dans une appréciation globale de la conformité des mesures prises par rapport aux objectifs constitutionnels et engagements européens et internationaux.

■ **Le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèce pour les personnes exposées au coronavirus (JO 26/03/2020) et ses modifications ultérieures.**

Les mesures prises par le gouvernement au titre de la prise en charge par l'assurance maladie des arrêts maladie dans des conditions dérogatoires viennent garantir le droit à conserver son emploi et bénéficier de revenus de substitution. Les mesures ont vocation à accorder les prestations en espèces maladie délivrées par les régimes d'assurance-maladie pour les personnes faisant l'objet d'une mesure d'isolement du fait d'avoir été en contact avec une personne malade du coronavirus ou d'avoir séjourné dans une zone concernée par un foyer épidémique de ce même virus et dans des conditions d'exposition de nature à transmettre cette maladie, et les assurés qui sont parents d'un enfant de moins de seize ans faisant lui-même l'objet d'une telle mesure et qui se trouvent, pour l'un de ces motifs, dans l'impossibilité de continuer à travailler sans les délais de carence. (Décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020).

■ **L'Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos (JO 26/03/2020).**

Cette ordonnance a pour objet notamment de permettre à l'employeur de négocier un accord d'entreprise ou la négociation d'un accord de branche ouvrant la possibilité pour l'employeur d'imposer au salarié de prendre à des dates définies jusqu'à 6 jours de congés. De même, l'ordonnance ouvre la possibilité à l'employeur d'imposer la prise de 10 jours de RTT, ou jours pris sur le Compte épargne temps du salarié. L'ordonnance permet également dans certains cas de déroger aux règles de durée du travail. Ces mesures viennent donc restreindre les modalités du droit au repos et les règles relatives à la sécurité et santé des salariés (notamment par l'allongement de la durée quotidienne et hebdomadaire maximale de travail, la réduction du repos quotidien, l'allongement du travail de nuit, la facilitation du travail dominical, dans certaines circonstances). Elles sont prises pour permettre une plus grande flexibilité aux entreprises pour la continuité de la vie économique, mais également pour compenser les baisses d'activités par des congés, en ne sollicitant pas les pouvoirs publics par l'activité partielle. Elles peuvent peut-être heurter dans leur principe des mécanismes garantis par des règles résultant de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Toutefois, dans le cadre d'une appréciation de l'atteinte éventuellement portée aux droits garantis par les instruments européens, il y a lieu de prendre en considération le niveau des droits accordés en France par la législation existante, l'atteinte portée à ces droits, les motifs et objectifs poursuivis par le législateur, et la durée limitée des mesures prises. Dans le cadre de l'application du principe de proportionnalité, il y a lieu de considérer que ces mesures ne viennent pas méconnaître les droits garantis au niveau européen ou international.

■ **L'Ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel (JO 2/04/2020).**

Cette ordonnance a pour objet notamment de permettre à l'employeur de simplifier les mesures de consultation des institutions représentatives du personnel (CSE notamment) en privilégiant la visioconférence, l'audioconférence et la messagerie instantanée au lieu des réunions physiques en période de confinement. Elle suspend également les processus et délais électoraux pour la mise en place des institutions représentatives du personnel pendant une durée limitée à la crise sanitaire. Ces mesures ont un impact sur les droits des salariés et des organisations syndicales en matière d'information et consultation des salariés et sur l'activité des syndicats. Elles sont donc susceptibles d'être confrontées aux garanties constitutionnelles existantes et aux principes fondamentaux inscrits dans les instruments européens de l'UE ou du Conseil de l'Europe. Toutefois, là encore, il y a lieu de prendre en considération le degré d'atteinte, les mesures de substitution mises en place, la durée des mesures et les objectifs sanitaires pour-

suivis par le gouvernement. Cette appréciation dans le cadre d'une analyse de proportionnalité conduirait nécessairement à considérer qu'il n'y a pas atteinte aux droits garantis ou qu'en toute hypothèse cette atteinte est justifiée.

Les mesures prises en matière sociale dans le monde du travail démontrent l'existence de dérogations nombreuses et exceptionnelles au droit du travail et au droit de la sécurité sociale. Elles doivent être appréciées globalement dans le contexte spécifique des conséquences des mesures de confinement prises par le gouvernement, et les risques pesant particulièrement dans le monde du travail. L'application du principe de proportionnalité guidé par le caractère temporaire des exceptions appliquées, permet de considérer que les principes fondamentaux en matière de droits sociaux sont respectés dans ce cadre spécifique.

### **§ 5 - Les mesures prises par le gouvernement à compter du mois d'avril 2020.**

#### **a) La loi du 11 mai 2020, n° 2020-546, prolongeant l'état d'urgence jusqu'au 10 juillet 2020.**

La prolongation de l'état d'urgence a conduit le gouvernement à prévoir, qu'en cas de mise en quarantaine d'un salarié, en application de l'article L. 3131-15, 1-3 du Code de la santé publique, le contrat de travail est suspendu.

La loi est venue préciser, à l'article L. 3136-2 du Code de la santé publique, que l'article 121-3 du code pénal relatif à la responsabilité pénale (qui peut être celle de l'employeur) est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur.

#### **b) L'ordonnance du 13 mai 2020, n° 2020-560, a raccourci le délai de suspension ou de report des élections professionnelles.**

Désormais, les processus électoraux sont suspendus jusqu'au 31 août 2020 et les processus devant être engagés au sein des entreprises devront être déclenchés entre le 24 mai et le 31 août 2020.

L'ordonnance du 20 mai 2020, n° 2020-595, tente de remédier aux graves conséquences du confinement ayant entraîné la fermeture des juridictions et de l'ajournement de toutes les audiences de conciliation et d'orientation des Conseils de prud'hommes. Il est prévu que, lorsque dans un délai de trois mois à compter de la saisine du Conseil de prud'hommes, le Conseil n'a pas tenu le bureau de conciliation ou n'a pas statué, l'affaire est renvoyée directement devant le bureau de jugement.

Devant les cours d'appel, les affaires peuvent faire l'objet avec l'accord des parties d'une fixation en audience sans plaidoiries pour permettre d'accélérer la reprise des dossiers suspendus par la crise.

#### **c) Les mesures de prévention inadaptées au sein des entreprises.**

Pendant la période du confinement, des procédures ont été engagées pour contester la régularité des consultations du CSE et/ou sur les mesures de prévention mises en place par les chefs d'entreprise. On peut notamment citer une décision du Tribunal judiciaire du Havre du 7 mai 2020 concernant Renault (n° 20/00143, Syndicat CGT des travailleurs de Renault Sandouville c/SAS Renault). Le Tribunal a condamné Renault à suspendre son activité jusqu'à la régularisation d'une procédure de consultation du CSE et l'adoption de mesures de prévention adaptées contre le Covid-19. On peut également citer des décisions concernant Carrefour Market (Tribunal judiciaire de Lille, référé, 14 avril 2020, RG n° 20/00.386) ou Adar Flandres Métropole (Tribunal judiciaire de Lille, référé, 3 avril 2020, RG n° 20/00.380) ou l'affaire Amazone (CA Versailles, 14<sup>e</sup> Ch., 24 avril 2020, RG n° 20/011993 **en annexe**). On peut également relever une décision concernant l'obligation de l'employeur d'établir le document unique d'évaluation des risques (DUER) à jour du Covid-19 (Tribunal judiciaire de Paris, référé, 9 avril 2020, n° 20/52223).

**d) Service de santé au travail.**

Un décret n° 2020-410 du 8 avril 2020 adapte temporairement les délais de réalisation des visites et examens médicaux par les services de santé au travail à l'urgence sanitaire. Ce décret permet notamment de reporter les visites et examens médicaux jusqu'au 31 décembre 2020 et, pour les visites spécifiques de reprise, d'un à trois mois, c'est-à-dire au-delà de la fin de l'état d'urgence sanitaire.

**e) Consultation du CSE.**

L'ordonnance du 2 mai 2020 (n° 2020-507) et les décrets n° 2020-508 et n° 2020-509 de cette même date ont réduit certains délais relatifs aux consultations du CSE, pour les délais entre le 3 mai et le 23 août 2020.

Cette même ordonnance réduit également les délais sur le déroulement des expertises. Cette ordonnance concerne principalement les décisions ayant pour objectif de faire face aux conséquences de l'épidémie, à l'exception des licenciements ou accords de performance et les consultations récurrentes. On doit toutefois souligner que la réduction des délais pour les expertises du CSE restreint les droits d'information et de consultation de ce dernier. Le tribunal judiciaire de Nanterre a considéré que ces délais abrégés n'étaient pas contraires au droit européen (Tb. Judiciaire Nanterre, 17 juin 2020, n° 18084. Le conseil d'État saisi en référé de la légalité du décret a considéré dans une Ordonnance du 30 juin 2020, n° 441032, que l'illégalité éventuelle des dispositions ne caractérisait pas une situation d'urgence.

**f) Sur le déplacement des représentants.**

On peut se reporter à deux décisions judiciaires relatives aux modalités de déplacement des représentants du personnel et délégués syndicaux pendant la période du confinement dans les entreprises qui maintenaient leurs activités. Le juge devait arbitrer entre l'exercice des droits des représentants du personnel et les règles de sécurité sanitaire invoquées par l'employeur dans le cadre des dispositions de l'état d'urgence. On peut se reporter aux décisions du Tribunal judiciaire de Saint Nazaire (référé, 27 avril 2020, M. c/SAS Stelia Aerospace, RG n° 20/00125 et Tribunal judiciaire de Nanterre, référé, 6 mai 2020, CSE Maintenance et XXX c/sté RTE, RG n° 20/00731, Droit ouvrier, juin 2020, p. 447).

**g) les contrats à durée déterminée.**

Une loi du 17 juin 2020 (n° 2020-734), relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, prévoit également la possibilité de déroger aux règles de renouvellement et de durée des contrats à durée déterminée dans certaines conditions par accord d'entreprise jusqu'au 31 décembre 2020.

**h) Les conséquences globales des mesures prises.**

Le premier constat qui peut être établi est évidemment la question de la pérennisation des dispositifs mis en place. Certains d'entre eux ont vocation à s'appliquer au-delà de la fin de l'état d'urgence, voire même jusqu'à la fin de l'année 2020. La CNCDH s'est d'ailleurs inquiétée de cette possible pérennisation. La CNCDH s'était également inquiétée pendant l'état d'urgence du fait que la Direction générale du travail décidait désormais de l'opportunité du contrôle de telle ou telle entreprise, et non pas l'inspecteur du travail.

On doit souligner les difficultés de fonctionnement des juridictions du travail, et notamment les Conseils de prud'hommes qui ont été dans l'incapacité de recevoir les nouvelles saisines et, pour un certain nombre de Conseils de prud'hommes, d'organiser même des audiences de référé pour les affaires les plus urgentes. Le déconfinement génère beaucoup plus de difficultés pour ces juridictions où la procédure est orale, sans ministère obligatoire de l'avocat, et avec la présence de juges non professionnels et non permanents. Cela va générer des retards plus importants.

La période de confinement et de déconfinement progressif a également été créateur d'entraves aux moyens d'action des élus et des représentants syndicaux, diminuant le dialogue social et le travail d'assistance des salariés. La CNCDH a d'ailleurs souligné une atteinte grave à la liberté syndicale garantie par la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale.

Le Ministère du Travail a élaboré un protocole de déconfinement en entreprise pour assurer la santé et la sécurité des salariés dans le cadre de la reprise du travail qui a été mis à jour au fur et à mesure du déconfinement. (Protocole du 24 juin 2020).

## D. DROIT À L'ÉDUCATION.

Le caractère fondamental du droit à l'éducation est affirmé par de nombreux textes de droit interne, européen et international. Il ressort de l'ensemble de ces dispositions que le droit à l'éducation regroupe en son sein plusieurs autres droits et libertés, tels que le droit à un enseignement primaire et secondaire gratuit et universel pour tous, le droit à l'enseignement supérieur rendu accessible à chacun en fonction de ses capacités, le droit à l'information et à l'orientation professionnelle, le droit à un enseignement de qualité, le droit à la formation professionnelle, la liberté d'enseignement, etc.

L'éducation est également un devoir dont la mise en œuvre repose sur l'État et les collectivités locales qui doivent, en toutes circonstances, respecter le principe de non-discrimination et d'égalité d'accès au service public de l'éducation.

### § 1 - Droit interne.

#### a) La Constitution.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 énonce, en son alinéa 13 « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État.* ». Dans une décision du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel a estimé que tous les droits et libertés consacrés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, y compris le droit à l'instruction donc, avaient valeur constitutionnelle<sup>68</sup>. Par ailleurs, dans une décision du 23 novembre 1977, le Conseil constitutionnel a considéré « *que le principe de liberté de l'enseignement, qui a notamment été rappelé à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle* ». <sup>69</sup>

#### b) Autres sources.

L'article L. 111-1 du Code de l'éducation dispose que « *L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances et à lutter contre les inégalités sociales et territoriales en matière de réussite scolaire et éducative. Il reconnaît que tous les enfants partagent la capacité d'apprendre et de progresser. Il veille à la scolarisation inclusive de tous les enfants, sans aucune distinction. Il veille également à la mixité sociale des publics scolarisés au sein des établissements d'enseignement. Pour garantir la réussite de tous, l'école se construit avec la participation des parents, quelle que soit leur origine sociale. Elle s'enrichit et se conforte par le dialogue et la coopération entre tous les acteurs de la communauté éducative.*

[...]

68 - Cons. constit., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

69 - Cons. constit. décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977.

*Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté.*

*Pour garantir ce droit dans le respect de l'égalité des chances, des aides sont attribuées aux élèves et aux étudiants selon leurs ressources et leurs mérites. La répartition des moyens du service public de l'éducation tient compte des différences de situation, notamment en matière économique, territoriale et sociale. Elle a pour but de renforcer l'encadrement des élèves dans les écoles et établissements d'enseignement situés dans des zones d'environnement social défavorisé et des zones d'habitat dispersé, et de permettre de façon générale aux élèves en difficulté, quelle qu'en soit l'origine, en particulier de santé, de bénéficier d'actions de soutien individualisé. [...] ».*

## **§ 2 - Droit européen.**

### **a) L'article 2 du premier protocole additionnel de la CEDH.**

Intitulé - Droit à l'instruction ; il est rédigé comme suit : « **Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction.** L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

### **b) L'article 14 de la CDFUE.**

Il prévoit : « (1) **Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue.** (2) Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire. (3) La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

### **c) L'article 10 de la Charte sociale européenne révisée (CFE) le droit à la la la formation professionnelle.**

Les dispositions de cet article sont les suivantes : « **En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la formation professionnelle, les Parties s'engagent : 1. À assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, la formation technique et professionnelle de toutes les personnes, y compris celles qui sont handicapées, en consultation avec les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, et à accorder des moyens permettant l'accès à l'enseignement technique supérieur et à l'enseignement universitaire d'après le seul critère de l'aptitude individuelle ; 2. à assurer ou à favoriser un système d'apprentissage et d'autres systèmes de formation des jeunes garçons et filles, dans leurs divers emplois ; 3. à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin : a. des mesures appropriées et facilement accessibles en vue de la formation des travailleurs adultes ; b. des mesures spéciales en vue de la rééducation professionnelle des travailleurs adultes, rendue nécessaire par l'évolution technique ou par une orientation nouvelle du marché du travail ; 4. à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, des mesures particulières de recyclage et de réinsertion des chômeurs de longue durée ; 5. à encourager la pleine utilisation des moyens prévus par des dispositions appropriées telles que Charte sociale européenne a. la réduction ou l'abolition de tous droits et charges ; l'octroi d'une assistance financière dans les cas appropriés ; c. l'inclusion dans les heures normales de travail du temps consacré aux cours supplémentaires de formation suivis pendant l'emploi par le travailleur à la demande de son employeur ; d. la garantie, au moyen d'un contrôle approprié, en consultation avec les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, de l'efficacité du système d'apprentissage et de tout autre système de formation pour jeunes travailleurs, et, d'une manière générale, de la protection adéquate des jeunes travailleurs. »**

### § 3 - Droit international.

#### a) L'article 26 de la DUDH.

Le droit à l'éducation est garanti dans les termes suivants : « (1) **Toute personne a droit à l'éducation.** L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite. (2) L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations unies pour le maintien de la paix. (3) Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants. »

#### b) Les articles 13 et 14 du PIDESC.

Selon l'article 13 : « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent **le droit de toute personne à l'éducation.** Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations unies pour le maintien de la paix. 2. Les États parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit :

- a) L'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous ;
- b) L'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;
- c) L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;
- d) L'éducation de base doit être encouragée ou intensifiée, dans toute la mesure possible, pour les personnes qui n'ont pas reçu d'instruction primaire ou qui ne l'ont pas reçue jusqu'à son terme ;
- e) Il faut poursuivre activement le développement d'un réseau scolaire à tous les échelons, établir un système adéquat de bourses et améliorer de façon continue les conditions matérielles du personnel enseignant.

3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions.

4. Aucune disposition du présent article ne doit être interprétée comme portant atteinte à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, sous réserve que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient observés et que l'éducation donnée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales qui peuvent être prescrites par l'État. »

L'article 14 dispose : « Tout État partie au présent Pacte qui, au moment où il devient partie, n'a pas encore pu assurer dans sa métropole ou dans les territoires placés sous sa juridiction le caractère obligatoire et la gratuité de l'enseignement primaire s'engage à établir et à adopter, dans un délai de deux ans, un plan détaillé des mesures nécessaires pour réaliser progressivement, dans un nombre raisonnable d'années fixé par ce plan, la pleine application du principe de l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous. »

**c) Les articles de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).**

Conformément à l'article 28, « 1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

- a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;
- b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin ;
- c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ;
- d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles ;
- e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les États parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement. »

L'article 29 dispose : « 1. Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies ;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone ;
- e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites. »

**§ 4 - Textes portant atteinte au droit à l'éducation.**

Trois séries de mesures prises dans le contexte de la crise sanitaire liée à la propagation du virus de Covid-19 ont, à première vue, été de nature à potentiellement porter atteinte au droit à l'éducation.

**a) Fermeture des établissements.**

L'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (JORF n° 0064 du 15/03/2020) dispose : « Considérant que les jeunes porteurs du virus ne

*présentent pas toujours les symptômes de la maladie alors même qu'ils l'ont contractée ; que, d'une part, les enfants sont moins à même de respecter les consignes et gestes barrières indispensables au ralentissement de la propagation du virus ; que, d'autre part, les jeunes adultes fréquentant les établissements d'enseignement supérieur sont exposés à une large diffusion du virus, compte tenu du temps de présence dans les établissements et l'impossibilité de garantir le respect des distances nécessaires ; qu'il y a lieu en conséquence de suspendre l'accueil dans les établissements concernés ; que toutefois, afin d'assurer la disponibilité des personnels nécessaires à la gestion de la crise sanitaire, il y a lieu de maintenir un accueil des enfants de moins de 16 ans ; ».* Conformément à l'article 4 de l'arrêté du 14 mars 2020, les crèches, écoles, collèges, lycées et établissements d'enseignement supérieur ont été fermés du 16 mars au 29 mars 2020, l'accueil des usagers dans l'ensemble de ces établissements a ainsi été suspendu. Seul un service d'accueil et de garde des enfants âgés de moins de 16 ans du personnel indispensable à la gestion de la crise sanitaire, notamment des professions médicales, continuait à être assuré. Un arrêté du 15 mars 2020<sup>70</sup> venant compléter l'arrêté du 14 mars 2020 a, en outre, ordonné la fermeture des centres et organismes de formation professionnelle. La fermeture des établissements d'enseignement a par la suite été prorogée à deux reprises, dans un premier temps jusqu'au 15 avril 2020<sup>71</sup> et, dans un second temps, jusqu'au 11 mai 2020.<sup>72</sup>

**La fermeture prolongée des établissements d'enseignement a porté une restriction indéniable au droit à l'éducation – le 16 mars 2020, plus de 12,3 millions d'élèves de l'enseignement primaire et secondaire et 2,7 millions d'étudiants<sup>73</sup> ont été privés de l'accès physique à leur établissement d'enseignement. Alors que l'institution scolaire se situe au centre du système éducatif français, l'impossibilité d'accéder à l'école a impliqué, dans certains cas, une impossibilité d'accéder à l'éducation. Si les mesures sanitaires ont pu amener à des restrictions d'accès aux établissements et à des cours dispensés en présentiel, qui ont pu paraître proportionnées à la gravité de la situation sanitaire telle qu'évaluée alors, le droit à l'éducation et à l'instruction demeure et la continuité pédagogique – qui a été très largement assurée – était requise.**

Cette atteinte au droit fondamental à l'éducation a été partiellement atténuée par la mise en place d'un service d'enseignement numérique destinée à assurer une forme de continuité pédagogique à distance. En ce qui concerne l'enseignement primaire et secondaire, le Centre national d'enseignement à distance (Cned) a mis à disposition une plateforme pédagogique gratuite intitulée « Ma classe à la maison » permettant, notamment, au professeur de faire cours à ses élèves par visioconférence ; toutefois, il conviendrait de déterminer la part d'enseignants y ayant eu recours et le taux d'élèves n'ayant pas eu accès à des moyens numériques au sein de leur foyer (voire devant partager des moyens numériques avec les autres membres du foyer) pour apprécier la réalité de l'enseignement diffusé à ce titre. À l'avenir, des exigences de cours à distance pourraient être vus comme un moyen de davantage palier à la fermeture des établissements. La plateforme du Cned pourrait quant à elle être repensée à l'aune des difficultés rencontrées au cours des derniers mois et véritablement fournir un outil d'enseignement à distance à l'heure de la digitalisation cohérent avec les ambitions d'une « start-up nation », afin de répondre davantage aux exigences du droit à l'éducation. Les chaînes du service public, notamment télévisuelles, pourraient aussi être repensées, afin de permettre des apprentissages en continu, y compris mais pas

70 - Arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19.

71 - 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.

72 - Décret n° 2020-423 du 14 avril 2020 complétant 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.

73 - <https://www.education.gouv.fr/les-chiffres-cles-du-systeme-educatif-6515>.

seulement dans le cadre de « vacances apprenantes » mais aussi tout au long de l'année scolaire afin de faciliter aussi les apprentissages d'élèves hospitalisés, malades ou handicapés n'ayant pas la possibilité de bénéficier d'un enseignement en présentiel (la chaîne Lumni a pu diffuser certains enseignements pour certains publics sur certains créneaux horaires sur la chaîne France 4 mais, étonnamment, aucun spécifiquement dédiés aux élèves de CE2, laissant penser que le service gagnerait encore à être amélioré). S'agissant de l'enseignement supérieur, les universités ont également été amenées à mettre en œuvre un enseignement à distance en s'appuyant, notamment, sur les environnements numériques de travail (ENT) et d'autres outils informatiques mis à disposition gratuitement (notamment via la plateforme FUN); si les communautés universitaires se sont mobilisées intensément durant cette période, y compris en identifiant les étudiants n'ayant pas d'accès à des ordinateurs et/ou de connexion internet et en distribuant dans différents cas des outils informatiques et cartes 4G afin de réduire la fracture numérique, ou encore en distribuant par courrier postal des notes de cours, cette situation a toutefois pu illustrer le manque de moyens dont l'université pâtit, les supports informatiques pouvant paraître insuffisants. Le recours à l'enseignement à distance a également été encouragé au sein des organismes de formation professionnelle. Cependant, ces mesures ont semblé insuffisantes pour garantir un accès effectif à l'éducation et la continuité pédagogique a été mise en place sans garantie de l'égalité d'accès au service (cf. § 5 *infra*).

#### **b) Réouverture partielle des établissements.**

Si un décret du 11 mai 2020<sup>74</sup> a levé certaines restrictions relatives à la fermeture des établissements d'enseignements et des centres de formation professionnelle, leur réouverture n'a été que partielle : alors que la réouverture des crèches, écoles maternelles, écoles primaires et collèges situés en zone verte était échelonnée sur trois semaines, les lycées ainsi que les universités demeuraient fermés. Dans les écoles qui ont pu rouvrir, les classes ne pouvaient accueillir que des groupes de 10 à 15 élèves maximum. En outre, le retour à l'école s'effectuait sur la base du volontariat, les parents pouvant décider d'opter pour l'enseignement à distance. Un décret du 31 mai 2020<sup>75</sup> est venu accélérer la réouverture des établissements scolaires, en prévoyant, notamment, la réouverture des lycées. Cependant, en vertu du protocole sanitaire, les effectifs en classe demeuraient limités à 15 élèves maximum.

**La manière dont a été mise en œuvre la réouverture des établissements scolaires a pu sembler porter atteinte au principe d'égalité d'accès au service public de l'éducation consacré par le Préambule de la Constitution de 1946. En effet, compte tenu des disparités géographiques affectant la réouverture des établissements et de la limitation des classes à 15 élèves maximum, une partie importante des élèves se voyait automatiquement et implicitement refuser l'accès à l'école. La nécessité de mettre en œuvre des mesures de distanciation sociale a, toutefois, pu paraître justifier ces restrictions (selon que les enfants notamment de moins de 10 ans étaient ou non considérés comme des vecteurs de transmission du virus et selon les conséquences du virus sur ceux-ci, notamment en ce qui concerne le risque de développer la maladie de kawasaki).**

Par ailleurs, la réouverture de certains établissements a été retardée du fait des décisions locales estimant que les conditions sanitaires nécessaires à la reprise de l'accueil des élèves n'étaient pas réunies. Ainsi, le 14 mai 2020, le maire de la commune de Saint-Paul (La Réunion) a pris un arrêté décidant de maintenir la fermeture des écoles maternelles et élémentaires jusqu'à la fin de l'année scolaire, en se fondant sur l'impossibilité d'appliquer le protocole sanitaire dans ces établissements, alors même que la commune

74 - 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.

75 - Décret n° 2020-663 du 31 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.

était classée en zone de vigilance verte. Le président du tribunal administratif de La Réunion statuant en référé a considéré que la décision du maire de maintenir la fermeture des établissements scolaires portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit fondamental à l'éducation et lui a enjoint de procéder à la réouverture de ces établissements et d'assurer leur bon fonctionnement.<sup>76</sup>

La réouverture généralisée des établissements d'enseignement a eu lieu le 22 juin 2020<sup>77</sup>, à une époque où la circulation du virus était moindre et les données scientifiques semblaient dorénavant démontrer que les enfants étaient moins vecteurs de contamination en comparaison avec le virus de la grippe. Cependant, les universités sont demeurées, à l'égard des enseignements au bénéfice des étudiants, fermées jusqu'en septembre 2020, l'accueil dans ces établissements n'étant autorisé que dans des cas limités, notamment afin de permettre l'accès aux formations continues ou dispensées en alternance, aux bibliothèques et aux centres de documentation ou encore aux laboratoires et unités de recherche.

Le 5 octobre 2020, le ministère de l'enseignement supérieur a imposé des nouvelles règles à appliquer dès le lendemain à des universités en zone d'alerte renforcée ou maximale, en particulier une jauge fixée à 50 % de sa capacité d'accueil... étant observé toutefois, outre l'absence de délai laissé aux universités pour s'organiser, que plusieurs avaient déjà d'elles-mêmes pris des mesures permettant de faire respecter la distanciation sociale en n'accueillant physiquement que 50 % des effectifs et de retransmettre ces cours en direct ou podcasts pour les non-présents.

### **c) Aménagements des examens et concours.**

Les différentes mesures prises en matière d'organisation des examens et concours ont également porté un coup important au droit à l'éducation. Un arrêté du 17 mars 2020<sup>78</sup> est venu suspendre la tenue des concours et examens nationaux au sein des établissements d'enseignement ou en tout autre lieu, en prévoyant néanmoins que de tels examens et concours pouvaient être tenus à distance lorsque la nature des épreuves et les conditions de leur organisation le permettaient. Dans le même esprit, une ordonnance du 27 mars 2020<sup>79</sup> a permis aux établissements d'enseignement supérieur d'aménager les modalités de contrôle des connaissances. En outre, plusieurs décrets et arrêtés<sup>80</sup> ont modifié les modalités de délivrance de certains diplômes du second degré en prévoyant la suppression des épreuves du brevet, du certificat de formation générale et du premier groupe des épreuves du baccalauréat général et technologique. Lors de la conférence de presse du 28 mai 2020, le ministre de l'Éducation nationale a également annoncé la suppression de l'épreuve orale du bac de français des élèves de première. Ces dernières sont remplacées, sous réserve de certaines conditions, par la prise en compte des notes de contrôle continu obtenues par le candidat.

**Or, le droit à l'éducation implique également un droit à l'évaluation et à l'obtention d'un diplôme. Le contrôle des connaissances via les évaluations de fin de cursus constitue un gage de la qualité de l'enseignement dispensé. La suspension ou la suppression de la tenue de certains examens et concours constitue ainsi une entorse importante au droit à l'éducation, qui a toutefois pu paraître**

76 - Ordonnance du président du tribunal administratif de La Réunion statuant en référé, 29 mai 2020, n° 2000415.

77 - Selon l'allocation du Président de la République du 14 juin 2020, « en hexagone comme en outre-mer; les crèches, les écoles, les collèges se prépareront à accueillir à partir du 22 juin tous les élèves, de manière obligatoire et selon les règles de présence normale » : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/14/adresse-aux-francais-14-juin-2020>.

78 - Arrêté du 17 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19.

79 - Ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 relative à l'organisation des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19.

80 - Décret n° 2020-640 et arrêté du 27 mai 2020 relatifs aux modalités de délivrance du diplôme national du brevet pour la session 2020; arrêté du 27 mai 2020 relatif à la délivrance du CFG pour les sessions organisées au cours de l'année 2020; décret n° 2020-641 et arrêté du 27 mai 2020 relatifs aux modalités de délivrance du diplôme du baccalauréat général et technologique pour la session 2020.

**proportionnée et dans la logique des mesures de distanciation sociales, en l'état des connaissances scientifiques au moment où les décisions ont été prises.**

Les mesures mises en œuvre pour remédier à la crise sanitaire liée à la propagation du virus de Covid-19 a indéniablement porté atteinte au droit à l'éducation. Néanmoins, compte tenu du fait que les mesures restrictives n'ont été mises en œuvre que pendant une durée limitée et qu'une certaine continuité pédagogique, même relative, a pu être mise en place, cette atteinte pourrait être jugée proportionnée à l'objectif poursuivi – la préservation de la santé publique. L'existence d'un rapport de proportionnalité ne préjuge cependant pas de la gravité des conséquences induites par cette atteinte. Elle doit, à court terme, amener les débiteurs de l'obligation d'enseignement à prendre les mesures permettant de combler un éventuel retard dans l'éducation de certains élèves et, également, à bénéficier du retour d'expérience afin de pouvoir mieux répondre aux exigences fondamentales du droit à l'éducation et de l'obligation d'instruction à l'avenir.

### **§ 5 - Conséquences de l'atteinte au droit à l'éducation.**

La crise sanitaire liée à la propagation du virus de Covid-19 a eu des répercussions importantes sur le système éducatif français en termes d'accès, de qualité de l'enseignement ou encore d'équité.

#### **a) Formation initiale : écoles et universités fermées.**

##### **■ La fracture numérique.**

La fermeture des écoles et universités a été, souvent, accompagnée de la mise en œuvre d'un service d'enseignement à distance reposant essentiellement sur l'utilisation du numérique. Dans ces circonstances, l'accès aux outils numériques et à une connexion Internet devenait une condition préalable pour l'accès à l'éducation.

Or, certains élèves et étudiants se sont retrouvés dans l'impossibilité d'accéder à un ordinateur personnel (ou devaient le partager avec d'autres membres de leurs familles) ou à une imprimante (dont le renouvellement des cartouches peut s'avérer coûteux). Le ministre de l'Éducation nationale, Jean-Michel Blanquer, indiquait dans un communiqué de presse du 12 mars 2020 que 5 % des élèves ne disposaient pas d'un équipement informatique. L'existence d'un nombre important de zones blanches sur le territoire français, sans accès à des opérateurs de téléphonie et sans Internet a également constitué un frein à l'enseignement numérique. **De nombreux élèves et étudiants ont ainsi été exclus du droit à l'enseignement à distance pour des raisons principalement techniques.** Prenant conscience de ces difficultés, certains établissements ont mis en œuvre des solutions temporaires, telles que le prêt ou le don d'équipement informatique, mais ces mesures ont été insuffisantes et n'ont pas permis de régler l'ensemble des difficultés rencontrées. Outre les problèmes d'accès à l'équipement et au réseau, certains élèves se sont heurtés au manque de compétences pour l'utilisation de ces supports numériques, souvent corrélé à des variables sociales. **Cette fracture numérique est venue exacerber les inégalités sociales et les difficultés que rencontraient déjà certains élèves et étudiants se trouvant dans des situations particulièrement précaires.**

À ces difficultés se rajoute celle du manque d'équipement informatique auquel ont été confrontés les enseignants, ce qui doit amener à une réflexion sur les outils de travail qui devraient être mis à leur disposition par leur employeur. En outre, le déficit de formation et corrélativement de compétences d'utilisation du numérique du personnel enseignant particulièrement attaché aux méthodes traditionnelles d'enseignement reposant sur un tête-à-tête pédagogique a également constitué un obstacle important à l'enseignement à distance.

Le retour d'expérience de certaines formations se dispensant toutefois d'ores et déjà exclusivement à distance, tel, par exemple, le DU droit de l'art et de la culture de l'Université de Nantes<sup>81</sup>, ou le DU en sciences criminelles de l'université d'Angers, ou encore le master droit et science du travail européen de l'université de Toulouse devrait être un moyen de nature à faciliter le développement de tels enseignements. Un enseignant connu pour la diffusion sur Facebook Live de ses cours avait d'ailleurs, bien avant la crise sanitaire, livré quelques méthodes pour y procéder, dont les enseignants – notamment mais pas exclusivement – chercheurs – peuvent s'inspirer<sup>82</sup>. Plus généralement, l'expérience du Centre Audiovisuel d'Études Juridiques<sup>83</sup> (CAVEJ), qui dispense une formation complète à distance et en ligne, délivre les diplômes nationaux de Capacité, Licence, Master 1 et 2 en droit, semble démontrer la possibilité d'assurer des formations à distance de qualité. Ceci pourrait plus généralement être une manière d'insérer ces possibilités d'enseignements dans une politique d'e-learning ou de formation tant initiale que continue à distance, en parallèle à celle en présentiel.

#### ■ Les limites de la continuité pédagogique à distance.

Même lorsque l'élève dispose d'un équipement et d'un accès au réseau adéquats, son droit à l'éducation se heurte à d'autres obstacles. En effet, une mise en œuvre efficace de l'enseignement à distance suppose l'existence des conditions favorables à l'apprentissage telles que, notamment, l'accompagnement d'un adulte (ce qui n'est pas nécessairement le cas lorsque ses obligations professionnelles ne lui permettent pas d'être disponible) et un cadre de vie permettant l'apprentissage (bureau, absence de nuisances sonores, etc.). Cet accompagnement traditionnellement à la charge du personnel enseignant devient un devoir des parents lorsque l'enseignement a lieu à distance. Or, tous les élèves ne bénéficient pas d'un accompagnement parental suffisant, sont notamment concernés les élèves dont les parents ne maîtrisent pas la langue française ou ont un niveau d'instruction limité<sup>84</sup>. Selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), les effets du manque d'accompagnement personnalisé ont été particulièrement ressentis par les élèves ayant des besoins spécifiques tels que, notamment, les élèves en situation précaire ou en situation de handicap<sup>85</sup>. La CNCDH relève à cet effet que le rôle des AESH (accompagnant des élèves en situation de handicap) n'a pas été suffisamment valorisé et redéfini. Les méthodes traditionnelles d'enseignement reposent sur une interaction humaine et personnalisée entre l'élève et son enseignant. Inversement, l'éducation à distance aurait un « *caractère figé* », présentant un « *risque d'un enseignement dépersonnalisé et fondé sur une appréciation figée et mécanique de l'élève* »<sup>86</sup>. Or, la CNCDH note également que la période de confinement « *a compromis la nécessité pour les enfants de bénéficier d'un lien quotidien avec leurs enseignants. Elle a désorganisé les emplois du temps scolaires, notamment pour les enfants les moins « soutenus » familialement* »<sup>87</sup>. La CNCDH constate, d'une manière plus générale, que la mise en œuvre de la continuité pédagogique a témoigné d'une « *méconnaissance des réalités sociales et familiales* »<sup>88</sup>.

81 - <https://droit.univ-nantes.fr/formation/offre-de-formation/du-droit-de-l-art-et-de-la-culture-2033368.kjsp#presentation>  
D'autres formations sont majoritairement à distance, tel le DU de droit social de l'Université de Toulouse 1, cf. <https://www.ut-capitole.fr/formations/se-former-autrement/formation-continue/diplome-d-universite-droit-social-641899.kjsp>

Pour plusieurs autres exemples en droit, v. <https://www.village-justice.com/articles/Quelques-diplomes-distance,8293.html>

82 - B. Dondero, Blog : <https://brunodondero.com/2018/04/17/que-des-blocages-naisse-une-universite-renouvelee-et-dynamisee/>

83 - <http://www.e-cavej.org/>

84 - <https://fr.unesco.org/covid19/educationresponse/consequences>

85 - CNCDH, Avis « *État d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19* », 26 mai 2020.

86 - En finir avec le mythe de l'éducation à distance, La Croix, 11 mai 2020.

87 - CNCDH, Avis « *État d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19* », 26 mai 2020.

88 - *Ibid.*

Outre l'acquisition de connaissances, la formation scolaire et universitaire implique également un droit de participer aux activités extrascolaires et nouer des relations sociales avec ses pairs, permettant à l'élève de développer son aptitude à vivre-ensemble en société. Il ressort en effet de l'article L. 111-2 du Code de l'éducation que le droit à l'éducation « favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme ou de femme et de citoyen ou de citoyenne [...] favorise l'esprit d'initiative et l'esprit d'équipe, notamment par l'activité physique et sportive ». La CNCDH note ainsi que tous les élèves, quel que soit leur cadre familial, doivent pouvoir connaître la diversité des contacts que permet l'école et rappelle que « la mixité sociale devrait être un facteur essentiel du droit de l'enfant à la construction de son identité »<sup>89</sup>. La fermeture des écoles et universités a eu pour effet de priver les élèves et les étudiants des interactions sociales consubstantielles à leur épanouissement et développement personnel.

#### ■ L'exacerbation des inégalités sociales.

Alors que le système éducatif français était déjà accusé de favoriser les inégalités et les discriminations<sup>90</sup>, la fermeture des écoles et universités et la mise en œuvre d'un enseignement à distance a eu pour conséquence d'amplifier ces phénomènes.

La fracture numérique, souvent révélatrice d'une fracture économique et sociale, a entraîné une exclusion de l'éducation des personnes les plus vulnérables ou marginalisés (enfants handicapés, réfugiés, enfants en conflit avec la loi, etc.). Privés d'un accès efficace à l'éducation et isolés socialement, les élèves et étudiants les plus défavorisés ont plongé encore plus dans leur précarité. Alors que l'institution scolaire est censée favoriser l'égalité des chances et tendre à l'effacement des inégalités de naissance, la fermeture des établissements d'enseignement a creusé encore plus les écarts existant entre les élèves les plus favorisés et les plus précaires, entre les familles qui ont la possibilité de faire la classe à la maison et les autres. La CNCDH observe à ce titre que « la "continuité pédagogique", au cœur de la communication du ministère de l'Éducation nationale, s'est révélée largement illusoire et a contribué à renforcer les inégalités entre les élèves »<sup>91</sup>. Elle rajoute que cette période pourrait avoir des conséquences importantes sur l'avenir des élèves concernés et que « si des mesures fortes de soutien ne sont pas mises en place rapidement, ces difficultés risquent de perdurer, voire de s'accroître, créant chez certains jeunes le sentiment d'être encore plus "hors du coup", voire suscitant leur colère devant les inégalités à l'occasion du retour en classe »<sup>92</sup>.

#### ■ Les difficultés liées à l'aménagement des concours et examens.

Certaines mesures prises dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus de Covid-19 ont eu pour objet de suspendre, supprimer ou aménager la tenue de certains examens et concours. Or, les évaluations de connaissances constituent un moyen de « standardiser et de justifier des acquis d'apprentissage »<sup>93</sup> et permet au système « d'évaluer les écarts en termes de qualité et d'équité d'apprentissage des élèves, ce qui peut être en lien avec l'évaluation de performance des enseignants ou le financement des écoles »<sup>94</sup>.

89 - CNCDH, « 30<sup>e</sup> anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant : prenons les droits des enfants au sérieux ! », 20 novembre 2019, JORF n° 0273 du 25 novembre 2018 texte n° 70.

90 - Communiqué conjoint CNCDH, Romeurope, Unicef, « L'école pour chaque enfant : des efforts restent à faire », 17 février 2019.

91 - CNCDH, Avis « État d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19 », 26 mai 2020.

92 - *Ibid.*

93 - Gestion des évaluations et des examens à enjeux élevés pendant la crise, Réponse éducative de l'Unesco face au Covid-19, Notes du Secteur de l'éducation, mai 2020.

94 - *Ibid.*

Les travaux de l'Unesco constatent que la suppression des concours et examens pourrait avoir des conséquences critiques en termes de qualité et d'équité dans l'apprentissage<sup>95</sup>. En effet, en l'absence d'une évaluation des connaissances, il n'existe aucune certitude que les élèves actuels auront le même niveau de compétence que ceux évalués les années précédentes. Cet écart dans le niveau d'apprentissage peut s'avérer critique lors du passage de l'enseignement du second degré à l'enseignement supérieur, en causant des mauvais résultats aux examens et des taux d'échec en hausse en fin de première année<sup>96</sup>. En outre, la tenue des examens et concours à distance pourraient créer des problèmes en termes d'équité entre les candidats qui ne bénéficient pas d'un égal accès aux infrastructures informatiques.

#### ■ L'augmentation du taux de décrochage scolaire.

La fermeture prolongée des établissements d'enseignement et les difficultés d'apprentissage liées à l'enseignement numérique ont eu pour conséquence une augmentation importante du taux de décrochage scolaire. Alors que le ministère de l'Éducation nationale évoquait un taux de décrochage de 4 % des élèves (soit 500 000 personnes environ), d'autres études montraient des chiffres beaucoup plus importants, allant de 20 % à 40 %<sup>97</sup>. La CNCDH note par ailleurs que le taux de décrochage varie fortement selon les territoires ou les secteurs d'enseignement et que « *les décrocheurs seraient plus nombreux dans les milieux populaires à faibles ressources économiques/culturelles, en particulier chez les jeunes orientés contre leur gré* »<sup>98</sup>. Le ministre de l'Éducation nationale a par ailleurs qualifié le décrochage scolaire de « *catastrophe éducative mondiale [...] dont les conséquences peuvent être graves à court, moyen et long terme* »<sup>99</sup>.

#### ■ Autres conséquences.

Outre les fonctions assignées officiellement, l'école joue un rôle important dans la prévention et la détection des violences intrafamiliales. Les élèves se retournent souvent vers les enseignants pour dénoncer les violences qu'ils subissent au sein de leur famille. Or, en raison de la fermeture des établissements d'enseignement, les élèves se retrouvent confinés dans leur cadre familial, ce qui pourrait les soumettre davantage à des situations de maltraitance. En l'absence de contact humain et personnalisé avec ses enseignants, l'élève est plus réticent à les appeler en aide. Dans un avis du 20 avril 2020, le Conseil scientifique constate ainsi la fermeture des écoles présente des « *enjeux sociétaux* », « *en particulier pour les enfants ayant fait l'objet d'un signalement et leur famille, l'absence d'école pouvant favoriser des situations de maltraitance* »<sup>100</sup>.

Dans les familles à faible revenus, les repas fournis à un moindre coût à l'école ou dans les restaurants universitaires sont indispensables pour assurer une alimentation saine et équilibrée. La fermeture des établissements d'enseignement a été accompagnée de la fermeture des cantines scolaires et restaurants universitaires, ce qui a entraîné des conséquences importantes sur la nutrition de certaines catégories d'apprenants<sup>101</sup>. Il est étonnant que très peu de réflexions aient eu lieu afin de distribuer des repas aux élèves boursiers par exemple (peut-être auraient-ils pu être mis à disposition à l'entrée de l'établissement par exemple ?) ni même la distribution gratuite des surplus de nourriture dont disposaient les cantines/

95 - Covid-19, Un aperçu des stratégies nationales d'adaptation relatives aux examens et évaluations à enjeux élevés, 11 avril 2020.

96 - Conclusions du groupe de travail Covid-19 « *Enseignement Supérieur* », Sénat, 20 mai 2020.

97 - Philippe Meirieu, « *Arrêtons de totémiser le numérique !* », Politis, 29 avril 2020.

98 - CNCDH, Avis « *État d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19* », 26 mai 2020.

99 - <https://www.france24.com/fr/france/20200424-j-m-blanquer-non-le-retour-%C3%A0-l-%C3%A9cole-sur-la-base-du-volontariat-n-est-pas-un-accroc-%C3%A0-la-loi-de-1882>

100 - Avis n° 6 du Conseil scientifique Covid-19, 20 avril 2020.

101 - Santé & nutrition pendant l'apprentissage à la maison, Réponse éducative de l'Unesco face au Covid-19, Notes du Secteur de l'éducation, mai 2020.

restaurants universitaires, voire de celle des fournisseurs de ces établissements (rachetés le cas échéant au préalable par les établissements, ce qui aurait été de nature à limiter les pertes pour les fournisseurs).

#### **b) Formation continue : organismes de formation fermés.**

Les mesures de confinement mises en place dans le cadre de la crise sanitaire et la fermeture des organismes de formation ont porté un coup sévère à la formation continue. En effet, à la différence des écoles et universités qui reposent sur un apprentissage essentiellement théorique, le fonctionnement des organismes de formation professionnelle repose, le plus souvent, sur une formation pratique nécessitant des équipements présents uniquement dans les centres de formation<sup>102</sup>. Dans certains domaines, les besoins d'un enseignement en atelier rendent la formation continue à distance illusoire<sup>103</sup>. La fermeture des entreprises a également entraîné une suspension des formations professionnalisantes se déroulant en leur sein (stages, alternance, apprentissage, etc.).

Selon l'Unesco, « *la perte de plusieurs semaines ou mois d'apprentissage et de formation aura des répercussions sur les résultats d'apprentissage et la motivation des apprenants et des salariés, et pourrait provoquer des décrochages et des changements de plan de carrière* »<sup>104</sup>. Cette rupture dans l'apprentissage pourrait avoir des impacts importants sur l'insertion des apprenants sur le marché du travail, notamment en cas d'aggravation de la crise économique déclenchée par la pandémie liée à la propagation du virus Covid-19.

#### **c) Initiatives d'éducation populaire impossibles.**

Si l'éducation formelle repose sur les structures traditionnelles d'enseignement (écoles, universités, centres de formation, etc.), l'éducation non formelle passe par les mouvements d'éducation populaire. Cette éducation populaire, dispensée essentiellement dans le cadre des associations, vise à compléter l'enseignement scolaire par une formation des jeunes aux domaines les plus divers, tels que la culture, l'art, les sciences, les sports, les activités ludiques, la politique, etc. L'éducation populaire, dispensée essentiellement dans le cadre des associations, favorise, d'une manière plus générale, le développement des capacités de chacun à vivre ensemble, partager une vie de groupe et exercer sa citoyenneté. En 2017, plus de 430 000 associations, 680 000 salariés, 6 millions de bénévoles intervenaient dans le domaine de l'éducation populaire<sup>105</sup>.

Les mesures prises dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus de Covid-19 ont mis à mal les initiatives d'éducation populaire. La fermeture généralisée des « *lieux accueillant du public non indispensables à la vie de la Nation* »<sup>106</sup> (en ce compris, les centres de loisirs, les centres socioculturels, les centres et séjours de vacances) et les interdictions de déplacement et de réunion ont rendu les initiatives d'éducation populaire impossibles.

La crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 et les mesures prises dans ce contexte ont révélé de nombreux dysfonctionnements, à différents niveaux, du système éducatif français et une impréparation flagrante, au détriment des créanciers du droit à l'éducation. Cette expérience devrait être utilisée par l'Éducation nationale et le ministère de l'Enseignement supérieur afin de repenser l'institution scolaire et universitaire à l'aune du numérique et trouver le juste équilibre entre les méthodes traditionnelles d'enseignement en présentiel et l'enseignement à distance, ainsi que de s'assurer du déroulé d'une gestion de crise (tant avec des cellules de crise permettant une gouvernance efficace aux niveaux des

102 - Systèmes d'EFTP et marchés du travail, Réponse éducative de l'Unesco face au Covid-19, Notes du Secteur de l'éducation, mai 2020.

103 - CNCDDH, Avis « *État d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19* », 26 mai 2020.

104 - Systèmes d'EFTP et marchés du travail, Réponse éducative de l'Unesco face au Covid-19, Notes du Secteur de l'éducation, mai 2020.

105 - Christian Verrier, Vocabulaire des histoires de vie et de la recherche biographique (2019), p. 209.

106 - L'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19.

différents échelons qu'avec des plans de mise en œuvre pragmatiques alors que des enseignants et directeurs d'écoles ont pu pour certains regretter le manque de directive ou la difficulté d'applicabilité des consignes fournies). Les exemples de mises en place d'enseignements à distance dans les pays voisins ou lointains, tels par exemple la Chine continentale, Hong Kong ou Singapour, devrait aussi être source de comparaison dans un premier temps, d'inspiration dans un second temps. En tout état de cause, des plans de continuation d'activité en cas de crise devraient être davantage préparés, afin que d'éventuelles restrictions futures au droit à l'éducation puissent être licites : l'exigence de proportionnalité ne pourra pas s'apprécier de manière identique lors de la prochaine épidémie ou pandémie. Les restrictions au droit à l'éducation ont, sans doute, pu aujourd'hui paraître relativement proportionnées par rapport à une situation inédite ; si la situation venait, hélas, à se renouveler, l'atteinte au droit à l'éducation ne serait pas appréciée de manière identique et l'absence de prise en compte des leçons de la crise actuelle serait de nature à ne pas permettre de considérer comme proportionnées des atteintes futures au droit à l'éducation.

## **E. DROIT DE PRENDRE PART LIBREMENT À LA VIE CULTURELLE.**

### **§ 1 - Droit européen.**

Le droit de prendre part librement à la vie culturelle n'a été repris directement dans aucune des trois conventions européennes de protection des droits fondamentaux (CEDH, CSE et CDFUE).

### **§ 2 - Droit international.**

#### **a) L'article 27 DUDH.**

Il énonce : « (1) Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. (2) Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. »

#### **b) L'article 15 du PIDESC.**

Il stipule : « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :

- a) De participer à la vie culturelle ;
  - b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ;
  - c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.
2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.
3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.
4. Les États parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture. »

## F. DROIT À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE.

### § 1 - Droit interne.

#### a) La Constitution.

La liberté d'entreprendre, cette liberté qui consiste à « *pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » (article 4 de la Déclaration de 1789) a été consacrée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982. Elle est le contenant des libertés de l'industrie et du commerce, de la concurrence, d'établissement, d'exercice d'une profession, voire de la liberté contractuelle. Elle peut être limitée si des exigences constitutionnelles ou des raisons d'intérêt général le justifient et à condition que ces limitations soient proportionnées.

#### b) Autres sources.

La liberté d'entreprendre est considérée comme une liberté fondamentale depuis une ordonnance du Conseil d'État (CE 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay). La première chambre civile de la Cour de cassation a pu qualifier le droit d'exercer une activité professionnelle de liberté fondamentale (Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 16 avril 1991, Guez) et la chambre sociale s'est référée au « *principe fondamental* » de la liberté d'entreprendre (Cass., soc., 13 juillet 2004, La Société Carrefour France, *Droit social*, 2004, p. 1026).

La liberté d'entreprendre est une liberté économique. Elle met en avant le marché comme vecteur de liberté contre l'État vers celle du « *marché comme force privative de liberté* » des individus.<sup>107</sup>

### § 2 - Droit international.

La Convention européenne des droits de l'homme, muette sur les libertés économiques, les rattache à des libertés expressément consacrées par la Convention. En revanche, l'ordre communautaire consacre les libertés fondamentales du marché (libertés de circulation des marchandises et des personnes, d'établissement, de prestation de service, de concurrence, d'exercice d'une activité professionnelle), et la liberté d'entreprise a intégré l'art. 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

La Cour de Justice admet depuis l'arrêt Nold que les droits fondamentaux de la personne puissent faire obstacle, à titre dérogatoire, aux libertés fondamentales du marché<sup>108</sup>. Et dans un arrêt OMAGA, La Cour admet que « *le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle la libre prestation de service* »<sup>109</sup>.

Mais toute dérogation est d'interprétation stricte et soumise à une épreuve de proportionnalité. Ainsi, pour la Cour de Justice de Luxembourg, les restrictions aux libertés fondamentales « *doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* »<sup>110</sup>.

### § 3 - Textes y portant atteinte.

La loi du 23 mars 2020 prévoit un nouvel article L. 3131-15, 10° du code de la santé publique, lequel permet de prendre par décret réglementaire, et « *en tant que de besoin* », toute mesure « *limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire* ». Toute mesure doit être

107 - C. Leroy, « *les rapports contemporains entre l'État et le marché : essai d'interprétation* », Revue de droit administratif, 1997, n° 293, p. 530.

108 - CJCE, 14 mai 1974, Nold, kolhen-und Baustoffgrosshandlung Commision, aff. 4/73, rec. p. 491.

109 - CJCE, 14 octobre 2004, Affaire C-36/02.

110 - CJCE, 13 novembre 2003, Neri, European school of economic, A.J.D.A., 2004, n° 13, p. 723.

« strictement proportionnée aux risques sanitaires encourus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu ». Il devrait y être mis fin dès lors qu'elles ne seraient plus nécessaires.

#### § 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.

##### **a) Difficultés économiques, licenciements, faillites.**

*De facto*, le confinement forcé oblige nombre d'entreprises, et souvent des TPME, à fermer leurs portes et mettre au chômage technique leurs employés. Leur activité est ralentie voire inexistante et met en péril leur existence même. Les micro-mesures mises en place par le gouvernement ne permettront pas de les sauver de la liquidation judiciaire. Pendant ce temps, dans la plus grande discrétion, les grandes entreprises, notamment dans le secteur automobile, poursuivent leur activité et sollicitent leurs salariés pour revenir travailler.<sup>111</sup>

Cette pandémie et ses conséquences devra nous inciter à repenser le système économique et la notion d'État social. « Soit on consolide le modèle existant, et le libéralisme entraînera un affaiblissement des droits et un renforcement de la surveillance pour sauver le Titanic. Soit on comprend que le modèle actuel est déficient et qu'il en faut un autre plus résilient, en accord avec la nature ». Il faut « rouvrir notre imaginaire politique ».<sup>112</sup>

---

111 - Le Monde, 31 mars 2020.

112 - Le Monde, 4 avril 2020.

## TROISIÈME PARTIE

---

### Une atteinte durable aux droits fondamentaux? La loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire.



© Noëlle Herrenschmidt

*« N'oublions jamais que la menace, c'est le virus, et non l'être humain. »*

Antonio Guterres, Secrétaire général des Nations unies,  
Déclaration du 23 Avril 2020, à l'occasion de la publication du  
Rapport de l'ONU sur les droits fondamentaux et le Covid-19

## TITRE I. LA LOI N° 2020-290 DU 23 MARS 2020 - DE L'URGENCE SÉCURITAIRE À L'URGENCE SANITAIRE.

### CHAP I. LA LOI DU 23 MARS 2020 D'URGENCE POUR FAIRE FACE À L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19 - NOR : PRMX2007883L.

Votée en quatre jours « pour faire face à l'épidémie de Covid-19 », la loi d'urgence applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021<sup>1</sup>, met en œuvre un nouveau régime d'« état d'urgence sanitaire » sur le modèle de l'état d'urgence prévu par une loi de 1955. Ses dispositions sont insérées dans le code de la santé publique dont elles constituent les articles L 3131-12 à L3131-20. Le code de la santé publique prévoyait jusque-là, qu'« en cas de menace sanitaire grave », seul le ministre de la santé pouvait prendre « toute mesure proportionnée aux risques ».

À côté des dispositions de l'« état d'urgence sécuritaire » qui subsistent dans le droit positif, la loi de 2020 met en œuvre un « état d'urgence sanitaire », plus sévère que l'état d'urgence issu de la loi de 1955. Il s'agit en réalité d'un ensemble de normes. La loi elle-même, mais aussi un bouquet d'ordonnances que le gouvernement est habilité à prendre par la loi pour édicter une série de mesures. Une trentaine d'ordonnances ont été édictées à la date du 9 avril 2020 dont 17, le lendemain de la publication de la loi au JO, le 25 mars 2020.

La loi prévoit que l'état d'urgence sanitaire est déclaré :

- par décret en Conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé ;
- sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie ;
- en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population.

Sa prolongation au-delà d'un mois doit être autorisée par une loi, qui fixe sa durée. L'intervention du Parlement est plus limitée que dans l'état d'urgence sécuritaire, puisque selon la loi de 1955, le Parlement devait autoriser la prolongation de l'état d'urgence au-delà de douze jours. **Toutefois, à titre dérogatoire dans le contexte du coronavirus, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour deux mois, soit jusqu'au 24 mai 2020, sans intervention du Parlement au terme d'un mois.**

**Et déjà un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire de deux mois, jusqu'au 24 juillet 2020, sera présenté le 2 mai en Conseil des ministres et examiné la semaine suivante au Parlement.**

### CHAP II. ABSENCE DE SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

S'agissant d'une loi « ordinaire » et non organique, le Conseil constitutionnel n'avait pas à être de plein droit saisi pour examen de la conformité de la loi par rapport à la Constitution. De même, dans un contexte proclamé « d'union nationale », le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat et soixante parlementaires se sont abstenus de la lui déférer selon les termes de l'article 61 de la Constitution. Dans le passé, seule la loi prolongeant le régime de l'état d'urgence instauré en Nouvelle-Calédonie avait été transmise au Conseil constitutionnel.

**La loi n° 2020-290 et les dispositions du code de la santé publique qu'elle contient n'ont donc pas fait l'objet d'une déclaration préalable de conformité à la Constitution, ce qui ouvre d'autant plus pour le futur le champ d'intervention des questions prioritaires de constitutionnalité.**

---

1 - En vertu de son article 7.

### CHAP III. LA LOI ORGANIQUE DU 30 MARS 2020, POUR FAIRE FACE À L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19, ET SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

#### § 1 - Suspension des transmissions de QPC au Conseil constitutionnel.

La loi « organique » d'urgence du 30 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ne comporte qu'un seul article. Elle a pour objet de suspendre le délai dans lequel le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (QPC) d'une part, mais, d'autre part, le délai dans lequel le Conseil constitutionnel doit prononcer sa décision sur une question transmise.

Ainsi, sont suspendus, à partir de la promulgation de la loi, soit le 30 mars 2020, et jusqu'au 30 juin 2020, le délai de trois mois fixé pour la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État et la Cour de cassation au Conseil constitutionnel et le délai de trois mois dans lequel celui-ci doit statuer sur une telle question. À partir du « 30 juin 2020, les délais de procédure qui auront commencé à courir avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi organique reprendront leur cours ».

Dans le cas d'espèce, la loi organique paraissait doublement contraire à la Constitution, autant dans la forme que dans le fond.

##### **a) Une loi inconstitutionnelle quant à la forme.**

Les règles constitutionnelles impératives régissant l'adoption d'une loi organique n'ont pas été respectées. L'article 46 de la Constitution énonce que « *si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.* ». Or, le projet de loi, adopté en Conseil des ministres le 18 mars, a été voté au Sénat dès le lendemain, avant son approbation par les députés le 30 mars.

##### **b) Une loi inconstitutionnelle quant au fond.**

La loi organique méconnaît l'article 61-1 de la Constitution, lequel inséré dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, prévoit : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Les cours suprêmes se prononcent dans un délai déterminé.* ». L'obligation de se prononcer « dans un délai déterminé » apparaît donc être d'essence constitutionnelle.

#### § 2 - Validation de la loi organique d'urgence par le Conseil constitutionnel.

##### **a) La décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 du Conseil constitutionnel.**

En vertu des articles 46 et 61 de la Constitution, la saisine du Conseil constitutionnel était obligatoire s'agissant d'une loi organique.

Par sa décision du 26 mars 2020, le Conseil constitutionnel a jugé que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution.* » En outre, il a ajouté que la suspension des délais « *ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période.* »<sup>2</sup>

<sup>2</sup> - Cons. Constit., Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, cf. Annexes « *Jurisprudence et avis des juridictions, en rapport avec l'urgence sanitaire.* »

Il n'empêche que la Cour européenne, saisie sur la conformité des dispositions de la loi d'urgence sanitaire à la CEDH, pourrait juger qu'il n'existe plus de possibilité de recours effectif en droit interne contre ses dispositions et dès lors, retenir directement sa compétence.

#### **b) Une décision inconstitutionnelle.**

Suspendre un délai qui, pour le Conseil constitutionnel, n'est pas assorti de sanction selon les termes de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, ne saurait avoir d'autres effets que de permettre de différer les réponses aux recours citoyens contestant l'état d'urgence sanitaire et donc de neutraliser temporairement le contrôle de constitutionnalité par le biais des QPC et ses effets sur les mesures d'exception mises en place.

Or, l'expérience née de la loi de 2015 suffit à démontrer que les QPC ont été la seule voie effective permettant de parvenir à l'éradication des mesures les plus évidemment contraires aux droits fondamentaux, mais aussi qu'elles n'ont d'effet véritablement utile pour les justiciables que si le Conseil constitutionnel peut se prononcer, et abroger les dispositions contraires à la constitution dans ce délai de trois mois, et en tous les cas pendant la durée où elles sont mises en application.

## **TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI.**

### **CHAP I. LES ATTEINTES AUX LIBERTÉS RECONDUITES, VOIRE AMPLIFIÉES.**

**Alors que les précédentes mises en œuvre d'état d'urgence ne s'appliquaient pas sur la totalité du territoire ou ne visaient pas l'ensemble des citoyens, l'état d'urgence sanitaire dont les mesures ont une portée générale et impersonnelle permet au gouvernement de porter atteinte aux libertés fondamentales sur l'ensemble du territoire et pour tous les citoyens sans exception.**

La loi énonce clairement ses objectifs, il s'agit pour le pouvoir réglementaire de « *restreindre, interdire et limiter* », la liberté d'aller venir, la liberté de réunion et d'association, et même les droits économiques, en permettant :

- de restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules ;
- d'interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sauf les déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé (ce qui est donc plus restrictif encore que le régime du confinement actuel) ;
- d'ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées ;
- d'ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, à leur domicile ou tout autre lieu d'hébergement adapté, des personnes affectées ;
- d'ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion ;
- de limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions.

La loi ajoute, en outre, diverses mesures de réquisition et d'encadrement économique en permettant :

- d'ordonner la réquisition de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ainsi que de toute personne nécessaire au fonctionnement de ces services ou à l'usage de ces biens ;
- de prendre des mesures temporaires de contrôle des prix ;
- de prendre toute mesure permettant la mise à disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;
- et de limiter la liberté d'entreprendre.

## A. DROITS CIVILS ET POLITIQUES.

### § 1 - Droit à un procès équitable.

#### a) Textes y portant atteinte.

##### ■ Les mesures d'adaptation judiciaire.

Au moins six ordonnances des 25, 27 mars et 8 avril 2020, prises en application de l'habilitation prévue par l'article 11, 2° de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence, qui concernent « l'adaptation » des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire et le déroulement des procédures, portent des atteintes aux libertés fondamentales.<sup>3</sup>

##### ■ Les sanctions pénales.

Quant à son volet pénal, la loi sur l'urgence sanitaire instaure des sanctions pénales, désormais codifiées à l'article L3136-1 du code de la santé publique notamment :

- le non-respect des mesures de réquisition, puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende ;
- la violation des interdictions et obligations liées aux mesures de confinement et la restriction des possibilités de circulation, punies de l'amende prévue pour les contraventions de quatrième classe et de cinquième classe en cas de récidive.

En outre, elle institue un délit de « réitération, à plus de trois reprises dans un délai de 30 jours, de violation des interdictions édictées dans une circonscription territoriale où l'état d'urgence sanitaire est déclaré », puni d'un emprisonnement de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende.

En dépit du droit de contester les constats des premières infractions dans un délai de 45 jours, les trois constats intervenus dans les 30 jours pourraient permettre une incarcération du contrevenant présumé sur comparution immédiate. Ainsi une condamnation en matière délictuelle pourrait intervenir alors que les contestations sur les contraventions qui sont censées en matérialiser l'élément constitutif seraient en cours de contestation sans avoir été jugées par un tribunal de police.

**Ces dernières mesures apparaissent contraires aux droits et devoirs de liberté garantis par la Constitution et notamment à la règle *non bis in idem*, qui s'oppose à ce qu'un individu puisse être puni plusieurs fois pour les mêmes faits sanctionné d'amendes contraventionnelles, puis d'une peine d'amende délictuelle réprimant des infractions déjà sanctionnées.**

**Il semble par surcroît d'évidence qu'elles ne respectent pas le principe du non-épuisement par le législateur de sa compétence de nature à affecter un droit fondamental, le législateur ayant confié le pouvoir réglementaire de fixer le contenu et la portée du délit pénal ainsi qu'aux principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines, de la présomption d'innocence et au droit à un recours effectif. Il apparaît cependant que plusieurs individus ont ainsi été condamnés à des peines de prison ferme à Belfort, Troyes, Mulhouse, Boulogne-sur-Mer ou Quimper, à des peines de prison avec sursis à Rouen ou encore à des peines de travaux d'intérêt général devant le tribunal judiciaire de Paris. Toutefois,**

3 - 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.

– Ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété.

– Ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

– Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

– Ordonnance n° 2020-405 du 8 avril 2020 portant diverses adaptations des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

– Ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale.

le 9 avril 2020, le tribunal correctionnel de Rennes a relaxé un prévenu en raison de l'illégalité de la procédure menée à son encontre<sup>4</sup>.

Il a été en effet révélé que pour caractériser le délit, les forces de l'ordre utilisent le fichier dénommé ADOC (pour Accès aux Dossiers des Contraventions), qui a pour objet de recenser les contraventions routières faisant l'objet d'un traitement automatique (dépassement de vitesse autorisée, franchissement de feu rouge ou de passage à niveau). Ce fichier a été créé par un arrêté du 13 octobre 2004, selon les termes et garanties de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>5</sup>, exclusivement pour enregistrer les traitements automatisés en temps réel. Il ne permet pas à peine de détournement d'y inclure les infractions aux règles du confinement de 2020.

#### **b) Conséquences.**

##### **■ Limitation du pouvoir judiciaire et à l'accès au juge.**

#### *La fermeture des tribunaux.*

La possibilité pour le pouvoir réglementaire d'ordonner la fermeture d'établissements recevant du public entraîne la fermeture des tribunaux, « *sauf en ce qui concerne le traitement des contentieux essentiels* ».

**Fait sans précédent, alors que le respect des principes fondamentaux de l'État de droit implique plus que jamais le contrôle du juge, le fonctionnement des juridictions et des garanties judiciaires qui s'y attachent. Or, ces contrôles sont restreints pendant la durée d'application des mesures de l'état d'urgence sanitaire et même au-delà puisqu'elles restent applicables « jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ».** (Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020).

#### *La possibilité de supprimer l'audience.*

En matière pénale, la décision du juge des libertés et de la détention sur la prolongation de la détention provisoire peut intervenir au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible.

En cas de demande d'observations orales, le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle est prévu. (Ordonnance n° 2020-303-article 19).

De même, le juge peut, par décision insusceptible de recours, décider d'entendre les parties et leurs avocats par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique (Ordonnance n° 2020-article 5) ce qui peut remettre en cause, au nom des circonstances exceptionnelles, la tradition républicaine de l'audience publique, orale et contradictoire.

En ce qui concerne les mineurs, les mesures de placements parvenues à échéance, le juge des enfants peut, au vu du rapport du service éducatif, d'office et sans audition des parties, proroger ce délai pour une durée qui ne peut excéder quatre mois. (Ordonnance n° 2020-303-article 30).

En matière civile, la juridiction statuant en référé peut rejeter la demande *avant l'audience*, par ordonnance non contradictoire, si la demande est irrecevable ou s'il n'y a pas lieu à référé. (Ordonnance n° 2020-304-article 9).

---

4 - En réaction le gouvernement a pris un arrêté du 14 avril 2020 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2004 portant création du système de contrôle automatisé, et précisant : « *L'article 2 de l'arrêté du 13 octobre 2004 est modifié et étend le spectre de traitement des données les mots contraventions et délits relatifs à la circulation routière* » sont remplacés par les mots : « *infractions faisant l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire* ».

5 - Arrêté du 13 octobre 2004 portant création du système de contrôle automatisé. NOR : INTD0400770A.

### ■ Entraves aux droits de la défense.<sup>6</sup>

Quant aux garanties procédurales, l'article 5 de l'Ordonnance n° 2020-303 prend soin d'indiquer que le juge doit organiser et conduire la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats. Les conditions imposées par la mise en œuvre des mesures d'adaptation le lui permettent-elles sérieusement ? Le même principe est applicable en matière civile où le juge peut décider que la procédure se déroule selon la procédure sans audience. (Ordonnance n° 2020-304 - article 8).

#### *Impossibilité pour l'avocat de rencontrer ses client(e)s.*

Les avocats se trouvent placés dans l'impossibilité de recevoir les justiciables. Il n'est plus utilement possible pour ces derniers de se rendre chez leur avocat, la consultation n'ayant pas été estimée digne de constituer un motif dérogatoire de déplacement, comme la pratique du jogging, selon les dispositions de l'article 3 du décret du 23 mars 2020.

Or, le droit d'accès à la justice sans entrave est non seulement un droit fondamental de chaque individu dans un État de droit mais la Cour de Strasbourg rappelle de surcroît qu'il s'agit d'une « *obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice* », laquelle constitue une obligation positive à la charge des États membres et se range dans cette catégorie d'engagements. Cette obligation inclut – voire surtout, dans une période de catastrophe sanitaire où de nombreux droits sont en péril – le droit pour un individu de prendre contact avec un avocat afin de s'adresser à une juridiction<sup>7</sup>.

On rappellera de même la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe « *sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat* » du 25 octobre 2000 (Rec.2000). Ainsi, pour satisfaire aux exigences d'un État de droit, tout État doit garantir le droit d'« *accès effectif* » de « *toute personne [...] à des services juridiques fournis par des avocats indépendants* ». (Rec.2000, IV, 1).

#### *Possibilité de supprimer le caractère public des débats.*

Le juge peut décider de « restreindre » la publicité des débats, voire de la supprimer et de statuer à huis clos, en matière pénale (Ordonnance n° 2020-303 - article 7) ou en matière civile en chambre du conseil (Ordonnance n° 2020-304 - article 6).

### ■ Limitation des recours effectifs.

Le législateur a cru bon d'ajouter – alors que le principe s'applique de plein droit à tous les actes de l'autorité administrative – que les mesures instaurées par l'état d'urgence sanitaire « *peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative* » (dite « référé-liberté ») (Article L. 3131-18 du code de la santé publique).

Le Conseil d'État est donc directement compétent pour connaître des recours dirigés contre les principaux actes de l'état d'urgence sanitaire que sont la quarantaine d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution prises en Conseil des ministres sur le fondement de la loi d'habilitation du 23 mars 2020. Il peut ainsi être saisi selon les deux procédures d'urgence visant à paralyser les actes ou la carence du gouvernement : le référé-suspension de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative ou le référé-liberté de l'article L. 521-2 du même Code.

6 - Cf. aussi - « *Ce n'est pas à l'Ordre des avocats de pallier l'insuffisance ou la carence de l'État* » Entretien avec Olivier Cousi, Bâtonnier de Paris - Revue Le club des juristes (14 avril 2020) - Édition numérique.

7 - Voir entre autres, les arrêts Marckx du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 15, § 31 ; De Wilde, Ooms et Versyp du 10 mars 1972, série A n° 14, p. 10, § 22 et Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, série A n° 18, p. 18, § 36 et la jurisprudence qui s'en est suivie).

Le Conseil d'État avait élaboré, dès 1918 et en dehors de tout texte, sa jurisprudence dite des « circonstances exceptionnelles » en référence aux prérogatives de guerre (de 14-18) de l'administration<sup>8</sup>. Depuis 2005, toutefois il a défini l'état d'urgence comme un régime qui repose « *sur une extension limitée dans le temps et dans l'espace des pouvoirs des autorités civiles, sans que leur exercice se trouve affranchi de tout contrôle* ».<sup>9</sup>

### *Qu'en est-il de ce contrôle ?*

En ce qui concerne le décret du 16 mars 2020<sup>10</sup> pris par le Premier ministre en vertu de son pouvoir de police générale, qui limitait déjà la liberté d'aller et venir : le Conseil d'État s'était appuyé sur la « *théorie des circonstances exceptionnelles* », (par analogie avec celle de la Première Guerre mondiale), pour valider la mesure.

Force est de constater qu'il s'agit d'un contrôle uniquement *a posteriori* de la juridiction administrative. Il ne s'agit depuis 1955 que d'un contrôle restreint<sup>11</sup> auquel a été intégrée l'erreur manifeste d'appréciation. Il devrait être aujourd'hui, au regard de la décision du Conseil constitutionnel de 2015, un contrôle complet des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence puisque le conseil d'État « *est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit* »<sup>12</sup>.

Ces recours avaient déjà largement démontré leur caractère peu effectif voire même totalement inopérant contre des actes individuels pris pendant l'état d'urgence sécuritaire entre novembre 2015 et octobre 2017 et ils semblent pour le moins largement inadaptés et dénués de toute efficacité face aux mesures de l'état d'urgence sanitaire, qui édicte des actes portée générale et impersonnelle.

Le Conseil d'État a déjà été saisi de près de 100 requêtes essentiellement formées au titre de la voie de recours du référé-liberté, entre le 18 mars et le 10 avril 2020. Or, toutes les demandes en référé ont été rejetées jusqu'à cette dernière date (y compris toutes les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées en référé contre la loi du 23 mars 2020), à l'exception de la demande présentée par le Syndicat Jeunes médecins pour obtenir un durcissement des mesures, laquelle a été partiellement acceptée<sup>13</sup>.

### *Le « juge administratif, protecteur des libertés » a ainsi rejeté :*

- les demandes de personnels médicaux d'enjoindre au gouvernement de prendre des mesures pour assurer l'approvisionnement en matériels de protection et en tests de dépistage<sup>14</sup> ;
- la demande de différentes associations visant à ordonner au gouvernement de prendre des mesures pour identifier, dépister et fournir des hébergements aux personnes sans abri<sup>15</sup> ;
- les demandes ayant pour objet d'enjoindre au gouvernement la fermeture temporaire des centres de rétention administrative<sup>16</sup> ;
- la demande du Syndicat des avocats de France – sans audience – relative à la prolongation de plein droit et sans intervention du juge des détentions provisoires décidée par l'ordonnance du Conseil des ministres n° 2020-303 du 25 mars 2020. Il a estimé ne pas y voir d'« atteinte manifestement illégale » aux libertés fondamentales que sont notamment la présomption d'innocence et le droit à la sûreté et ce,

8 - CE, 28 juin 1918, Heyriès, requête numéro 63412, publié au recueil et 28 février 1919, Dol et Laurent, requête numéro 61593, publié au recueil.

9 - CE, 21 novembre 2005, M. A., n° 287217, publié au recueil.

10 - 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 NOR : PRMX2007858D.

11 - CE, Ass., 16 décembre 1955, Bourokba, rec. p. 590.

12 - Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

13 - CE, Ordo., Syndicat Jeunes Médecins, 22 mars 2020, n° 439674.

14 - CE, Ordo., 28 mars 2020, n° 439693 et 439726 et, 4 avril 2020, n° 439904 et n° 439905.

15 - CE, Ordo., Fédération nationale Droit au logement et autres, 2 avril 2020, n° 439763.

16 - CE, Ordo., Avocats pour la Défense des droits des Etrangers et autres, 27 mars 2020, n° 439720.

en raison des mesures prises pour lutter contre la propagation du virus et de leurs implications sur le fonctionnement des juridictions<sup>17</sup> ;

– la demande de l'Union des Jeunes avocats de Paris, contre ce même allongement des détentions provisoires (sur un autre fondement) en jugeant que « *ce faisant, l'ordonnance a mis en œuvre l'habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020, dans le respect des conditions qu'elle y a mises, afin de limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant aux procédures en cause en réduisant les occasions de contacts entre les personnes. Elle s'est bornée à allonger ces délais [pendant lequel un détenu reste en prison plusieurs mois de plus sans ordre d'un juge], sans apporter d'autre modification aux règles du code de procédure pénale qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire* »<sup>18</sup> ;

– les demandes présentées par la Section française de l'Observatoire international des prisons, l'association Avocats pour la défense des droits des détenus, le Syndicat de la magistrature et le Syndicat des avocats de France tendant notamment à voir élargir le dispositif de libération des personnes détenues prévu par l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 à l'ensemble des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, auxquelles il reste à subir un emprisonnement d'une durée égale ou inférieure à six mois et à une distribution de masques de protection et de moyens de protection à l'ensemble des personnes détenues, en considérant qu'il n'apparaissait pas « *que l'absence de distribution de masques de protection à l'ensemble des personnes détenues révélerait une carence portant, de manière caractérisée, une atteinte grave et manifestement illégale* »<sup>19</sup> ;

– ainsi que toutes les demandes présentées par Mouvement citoyen Tous Migrants, Soutien Réseau Hospitalité, Chemins Pluriels et Utopia 56 tendant à enjoindre au gouvernement de prendre des mesures de dépistage systématique des personnes en situation de précarité et des bénévoles s'occupant de ces personnes, notamment dans les EHPAD et de mise à leur disposition de matériels et équipements de protection individuelle contre le Covid-19 ; (masques), à voir prendre les mesures pour mettre à l'abri les personnes en situation de précarité dans des locaux adaptés, ainsi par ailleurs de mise en œuvre d'un enregistrement dématérialisé des demandes d'asile<sup>20</sup>.

Ce qui a fait écrire au professeur Paul Cassia que : « *ces procédures de référé d'urgence sont de faible effet dans le cadre d'un état d'urgence sanitaire, si ce n'est pour donner l'illusion que le droit à un recours juridictionnel (insuffisamment) effectif est respecté* »<sup>21</sup>.

#### ■ Le recours systématisé à la visio-conférence.

L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 généralise la possibilité de recourir à la visio-conférence, devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties ». (Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020-article 5).

À cet égard, force est d'observer que le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle au cours de la procédure pénale, notamment pour les audiences de la chambre de l'instruction relatives au contentieux de la détention provisoire pour des motifs qui méritent d'être rappelés : « *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions [le détenu ne peut s'opposer] dans lesquelles s'exerce le recours à*

17 - CE, Ordo., Syndicat des Avocats de France, 3 avril 2020, n° 439894, considérant 19, non publiée.

18 - CE Ordo., 10 avril 2020, Union des Jeunes avocats de Paris, n° 439901.

19 - CE, Ordo., 8 avril 2020, Section française de l'Observatoire international des prisons et autres, n° 439827.

20 - CE Ordo. 9 avril 2020 Association mouvement citoyen tous migrants et autres n° 439895.

21 - *Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques!* Mediapart, 11 avril 2020.

*ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux droits de la défense.* »<sup>22</sup>

### ***Les outils numériques non sécurisés.***

Les outils actuels utilisés pour certaines visio-conférences ne sont ni assez performants ni assez sécurisés. – Les atteintes au secret professionnels et à la confidentialité.

En outre, ils ne permettent pas de garantir la confidentialité des échanges entre l’avocat et son client. Le recours à la visioconférence ne porte pas atteinte au procès équitable dès lors que son but est légitime et que ses modalités de déroulement sont compatibles avec les exigences de respect des droits de la défense.

### ***L’entretien avec l’avocat(e) en garde à vue, de manière dématérialisée.***

La présence de l’avocat en garde à vue reste fondamentale pour que les droits de la défense puissent être assurés.<sup>23</sup>

## **§ 2 - Droit à la vie privée sous l’angle de la protection des données.**

En ce qui concerne le droit à la protection des données, la Convention 108, ainsi que la « Convention 108+ » modernisée, énoncent des normes élevées pour la protection des données à caractère personnel. La protection des données ne peut en aucun cas constituer une entrave au fait de sauver des vies et les principes applicables permettent toujours de trouver le juste équilibre entre les intérêts en présence. Si la Convention 108+ reconnaît la nécessité d’autoriser certaines exceptions et restrictions au nom d’objectifs impérieux d’intérêt public et des intérêts vitaux des personnes, ces restrictions à ses principes et droits doivent répondre à des exigences très claires, même pendant l’état d’urgence, pour garantir le respect persistant de l’État de droit et des droits fondamentaux. Selon la Convention 108+ (article 11), une exception est admise dès lors qu’elle est « *prévue par une loi, qu’elle respecte l’essence des droits et libertés fondamentales, et qu’elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique* ». Lorsque des restrictions sont appliquées, ces mesures doivent être prises à titre provisoire uniquement et pour une période explicitement limitée à l’état d’urgence. Il est également essentiel que des garanties spécifiques soient mises en place et que des assurances soient données quant à la pleine protection des droits et libertés individuelles une fois l’état d’urgence levé (**Déclaration conjointe du 30 mars 2020 sur le droit à la protection de données dans le contexte de la pandémie à Covid-19 de la Présidente du Comité de la Convention 108 et le Commissaire à la protection des données du Conseil de l’Europe**).

Enfin, la Présidente de la CNIL appelle à une vigilance particulière sur les applications de « **contact tracing** » : toute éventuelle application devrait être utilisée sur la base du « *volontariat, c’est-à-dire le consentement libre et éclairé* » et « *respecter les principes de la protection des données : proportionnalité [que les dommages à la vie privée soient à la hauteur de l’efficacité du dispositif], durée de conservation, caractère provisoire, sécurité...* ». Ce type de dispositif devra être soumis au contrôle du Parlement et du pouvoir judiciaire, garant des libertés individuelles<sup>24</sup>.

### **a) Le projet de tracking StopCovid.**

Nous n’avons pu traiter cette partie par manque de temps. Nous invitons les lecteurs à prendre connaissance de la délibération de la CNIL dans les annexes.

22 - Conseil Constitutionnel, Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

23 - CEDH, *Beuze c. Belgique*, le 9 novembre 2018, n° 71409/10.

24 - *Le Monde*, 7 avril 2020.

**b) Le vote de la loi.****c) Le Barreau de Paris appelle à ne pas utiliser StopCovid.**

[http://dl.avocatparis.org/com/mailling2020/18\\_conseil\\_27052020.html](http://dl.avocatparis.org/com/mailling2020/18_conseil_27052020.html)

**d) Autres critiques sur la sécurité des données.****B. DROITS ÉCONOMIQUES SOCIAUX ET CULTURELS.****§ 1 - Droit au travail.****a) Textes y portant atteinte.**

- Le décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle (JO 26/03/2020) et ses modifications et compléments ultérieurs (Ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle)
- Le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèce pour les personnes exposées au coronavirus (JO 26/03/2020) et ses modifications ultérieures.
- L'Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos (JO 26/03/2020).
- L'Ordonnance n° 2020-389 du 1<sup>er</sup> avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel (JO 2/04/2020).

**b) Conséquences.**

Voir supra : Part. II, T II, Chap. II, C, et 4.

**CHAP II. LES NOUVELLES ATTEINTES AUX LIBERTÉS.****A. DROITS CIVILS ET POLITIQUES.****§ 1 - Droit à des élections libres.****a) Droit interne.****■ La Constitution.**

La Constitution, dans son article 3, alinéa 3, dispose que : « *Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret* ». Ces mêmes principes d'égalité, de liberté et de caractère secret du vote, font au demeurant l'objet, dans la plupart des démocraties respectueuses de l'État de droit d'une consécration constitutionnelle.

**■ Autres sources.**

En outre, l'article L.56 du code électoral prévoit en ce qui concerne l'élection des conseillers départementaux et des conseillers, qu'« *en cas de deuxième tour de scrutin, il y est procédé le dimanche suivant le premier tour* ».

La modification apportée aux règles du code électoral relève du juge constitutionnel. En 1973, le Conseil constitutionnel avait été saisi en raison du report d'une semaine des élections législatives par le préfet de La Réunion, en raison d'un cyclone qui s'abattait sur l'île.

S'agissant d'un report de huit jours, le Conseil constitutionnel avait alors estimé que « *le report du second tour à une date où était connu le résultat d'ensemble de la consultation n'a pu avoir, en l'espèce, pour effet de modifier le sens du scrutin* »<sup>25</sup>.

#### **b) Droit international.**

##### **■ L'article 25 du PIDCP.**

Il stipule ; « *Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :*

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;*
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;*
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. »*

##### **■ L'article 3 du protocole n° 1 CEDH.**

En application de l'article 3 du protocole n° 1 CEDH, les États « *s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* ». Les élections libres constituent le fondement même de notre démocratie.

#### **c) Textes y portant atteinte.**

L'article 19 de la loi du 23 mars 2020 comporte des « dispositions électorales » qui reportent le second tour des élections municipales 2020, initialement fixé au dimanche 22 mars, « au plus tard en juin 2020 ». Il s'agit donc d'un report de trois mois du deuxième tour qui devait avoir lieu au plus tard une semaine après le premier. Ce report est en outre associé à une mise en sommeil obligée des partis politiques qui sont dans le même temps placés sous une mesure de restriction de leurs droits de réunion et d'association.

##### **■ Restriction à l'activité des partis politiques (cf. supra : liberté de réunion et d'association).**

Il est à noter que l'ensemble de restrictions aux droits et libertés fondamentales dans le cadre de l'état d'urgence (arrêté du 14 mars 2020) a pour fondement l'article L 3131-1 du Code de la santé publique qui précise : « *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population.* »

Le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 modifié, *portant réglementation de déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus*, qui interdit les sorties sauf exceptions listées considérées comme nécessaires ou insusceptibles d'être différées, porte atteinte à l'activité de parties politiques dans une société démocratique, qui sont ainsi réduits au silence.

Le premier tour d'élections municipales autorisé, alors que le confinement était déjà pressenti, a été suivi par l'annonce du report du second tour ainsi que celui de l'installation des conseils municipaux élus au premier tour, lequel contrevient aux dispositions du Code général de collectivités territoriales (article L 2121-7 alinéa 2).

<sup>25</sup> - Conseil constitutionnel, Décision n° 73-603/741 AN du 27 juin 1973, considérant 16.

### ■ Suppression du 2<sup>nd</sup> tour des élections municipales.

Selon le constitutionnaliste Dominique Rousseau, dissocier les deux tours des élections est inconstitutionnel. Les décisions de l'exécutif portent atteinte aux principes de sincérité et d'égalité qui doivent prévaloir.

Les deux tours forment un bloc indissociable, *une seule élection à deux tours qui doivent rester rapprochés pour que le vote du premier et second tour se fassent dans les mêmes cadres politique économique et informationnel...*

Le décalage de trois mois entre les deux tours *fausse la sincérité du vote et les conditions et facteurs du vote sont différents. Il faut que les deux tours soient convergents pour qu'on puisse estimer qu'il s'agit d'une seule élection à deux tours et nos de deux élections différentes.*

Le Professeur Rousseau estime que le premier tour n'aurait pas dû être maintenu, d'autant que le taux d'abstention dû à la crainte du coronavirus, *fragilise les résultats et la légitimité des élus.*

Par ailleurs nombreux sont les recours en annulation déposés contre les résultats du premier tour par des perdants estimant pour certains *que le corps électoral du 15 mars n'est pas représentatif de la démographie et entache donc la sincérité du scrutin.*<sup>26</sup>

### ■ Les atteintes au droit.

Ce droit est un principe fondamental dans un régime politique véritablement démocratique.

Les élections municipales se sont tenues au 1<sup>er</sup> tour le 15 mars 2020, alors que le gouvernement prononçait le lendemain par décret des mesures de confinement de la population. Le 19 mars 2020, le Premier ministre annonçait le report de l'installation des 30000 conseillers municipaux élus, en violation de l'article L. 2121-7 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales, lequel prévoit la tenue d'une première réunion de plein droit à l'issue du scrutin, sans exception possible.<sup>27</sup>

Et le 2<sup>e</sup> tour était reporté. D'un point de vue constitutionnel, le principe de sincérité et le principe de légalité devraient rendre caduques ces élections. Les recours devraient se multiplier pour demander l'annulation de ce premier tour qui s'est déroulé dans des conditions ubuesques pour finalement aboutir à un taux d'abstention historique et remettre ainsi en question la légitimité même des élus. Par ordonnance du 25 mars, les délais de réclamations contre le premier tour étaient néanmoins différés au cinquième jour suivant la prise de fonction des conseillers municipaux élus, laquelle était reportée au 15 mai par la loi d'urgence du 23 mars.

Pour le second tour, les intérêts particuliers des partis politiques a été écarté au profit de l'intérêt général : l'impératif de la sécurité sanitaire a conduit à faire plier les intérêts politiques particuliers. Par un avis du 18 mars 2020, le Conseil d'État recommandait l'organisation d'un 2<sup>e</sup> tour, dans un délai raisonnable, avant l'été 2020. Passé ce délai, il appartiendra aux pouvoirs publics de reprendre l'ensemble des opérations électorales dans les communes où les conseils municipaux sont incomplets (CE, Avis du 18 mars 2020, n° 399878).

Le déplacement de trois mois au plus, d'une partie de l'élection qui forme un tout, qu'elle se déroule en un ou deux tours revêt ainsi d'évidence une nature constitutionnelle. Dissocier temporellement les deux tours de plusieurs mois revient à procéder à deux élections distinctes dans des circonstances sociales et électorales totalement différentes. C'est précisément pour cette raison qu'en France comme en Europe, les deux tours d'une élection sont organisés à des dates rapprochées. Une telle modification met en jeu l'égalité et la sincérité du scrutin.

26 - Le point 28 mars 2020.

27 - Emmanuel Tawil, « Lutte contre le Covid-19 : les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement », Gazette du Palais, 24 mars 2020, p. 12.

## § 2 - Droit à la liberté et à la sûreté.

### a) Droit interne.

#### ■ La Constitution (article 2 de la Déclaration de 1789).

La sûreté protège les individus contre les arrestations et les emprisonnements arbitraires. Solennellement affirmée par les articles 2 et 7 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, partie intégrante du bloc de constitutionnalité et proclamée comme « *droit naturel et imprescriptible de l'homme* », la Constitution de 1958 offre à l'individu la garantie que « *nul ne peut être détenu arbitrairement* » (article 66). Il s'agit d'un droit qui s'impose à l'État.

### b) Droit international.

#### ■ L'article 9 du PIDCP.

L'article 9 PIDCP précise : « *1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi. 2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui. 3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement. 4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. 5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation.* » L'article 10 ajoute « *1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. 2. a) Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées ; b) Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible. 3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal.* »

#### ■ L'article 5 de la CEDH.

L'article 5 dispose que « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :*

- a) *s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;*
- b) *s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulière pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;*
- c) *s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;*
- d) *s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;*

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation. »

L'article 5 a essentiellement pour but de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire ou injustifiée<sup>28</sup>. Le droit à la liberté et à la sûreté revêt une très grande importance dans « une société démocratique », au sens de la Convention<sup>29</sup>.

Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée<sup>30</sup>.

L'existence d'un élément de coercition dans l'exercice de pouvoirs policiers d'interpellation et de fouille indique une privation de liberté, nonobstant la brièveté de ces mesures<sup>31</sup>.

En application du principe général de sécurité juridique, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à satisfaire au critère de « légalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre à tout individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé<sup>32</sup>.

L'arbitraire peut naître lorsqu'il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités ou qu'il n'y avait aucun lien de proportionnalité entre le motif de détention invoqué et la détention en question<sup>33</sup>.

Enfin, le principe de proportionnalité veut qu'un équilibre soit ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit, et l'importance du droit à la liberté<sup>34</sup>. À ce dernier égard, la Cour tiendra compte de la nature de l'obligation découlant de la légis-

28 - S., V. et A. c. Danemark [GC], § 73 ; McKay c. Royaume-Uni [GC], § 30.

29 - Medvedyev et autres c. France [GC], § 76 ; Ladent c. Pologne, § 45.

30 - De Tommaso c. Italie [GC], § 80 ; Guzzardi c. Italie, § 92 ; Medvedyev et autres c. France [GC], § 73 ; Creang c. Roumanie [GC], § 91.

31 - Krupko et autres c. Russie, § 36 ; Foka c. Turquie, § 78 ; Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, § 57 ; Shimovolos c. Russie, § 50 ; Brega et autres c. Moldova, § 43.

32 - Khlaifia et autres c. Italie [GC], § 92 ; Del Río Prada c. Espagne [GC], § 125 ; Creang c. Roumanie [GC], § 120, et Medvedyev et autres c. France [GC], § 80.

33 - James, Wells et Lee c. Royaume-Uni, §§ 191-195, et Saadi c. Royaume-Uni [GC], §§ 68-74.

34 - Saadi c. Royaume-Uni [GC], § 70.

lation applicable, y compris son objet et son but sous-jacents, de la personne détenue et des circonstances particulières ayant abouti à sa détention, ainsi que de la durée de celle-ci<sup>35</sup>.

■ **L'article 6 de la CDFUE.**

L'article 6 de la Charte rappelle « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté.* »

**c) Textes y portant atteinte.**

■ **Les mesures d'adaptation judiciaire.**

- Textes. (cf. supra : Ch. III, A, § 1, a).
- La prison pour non-respect du CFG.

■ **Extension du système de la visio-conférence.**

Par ailleurs, le système de la visio-conférence fait également l'objet d'une extension en matière civile, puisque le juge de la détention et des libertés ou le président de la formation de jugement, peuvent décider que l'audience se tiendra en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle ou, le cas échéant, décider d'entendre les parties et leurs avocats par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique.

Ces décisions sont « insusceptible de recours ». (Ordonnance n° 2020-304 - article 7).

**d) Conséquences de l'atteinte aux droits.**

■ **Pas de présence d'avocat en garde à vue.**

L'entretien de la personne gardée à vue avec un avocat mais aussi l'assistance de la personne par un avocat au cours de ses auditions, – durement conquise au cours des ans (cf. supra : A, § 1, a) – peut être remplacé par une simple communication électronique, y compris téléphonique, (Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 - article 13). **Il semble difficile de parler d'« assistance » par l'intermédiaire d'un appel téléphonique lors duquel l'avocat ne peut ni voir, ni entendre ce qui se passe en même temps dans la salle.**

■ **Allongement de la durée maximale de détention provisoire.**

Du fait des « mesures d'adaptation », les détenus en détention provisoire, présumés innocents, pourront le rester plus longtemps (cf. supra : A, § 1, a).

■ **Délais de détention prolongés de deux mois, en matière correctionnelle.**

Lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas ; (Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 - article 16).

■ **Allongement des délais pour statuer en matière de détention.**

Le délai imparti au Juge des Libertés et de la Détention pour statuer est porté à six jours ouvrés. En outre, il est porté à un mois devant la chambre de l'instruction, soit une prolongation de la détention jusqu'à 50 jours, dans le cas où l'intéressé, présumé innocent, a demandé à comparaître personnellement (20 jours plus 30 jours). (Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 - article 18).

Dès lors, les buts poursuivis par l'instauration de l'état d'urgence sanitaire permettraient-ils de porter une atteinte excessive aux droits de la défense ?

**e) Le droit à la sûreté de sa personne hors détentions arbitraires.**

■ **L'article 3 de la Déclaration universelle des droits.**

Il prévoit : « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* ».

35 - S., V. et A. c. Danemark [GC], § 75 ; Vasileva c. Danemark, § 38 ; Eple c. Allemagne, § 37.

### ■ Mobilisation des forces de l'ordre pour l'application du CFG.

Le ministre de l'Intérieur, a rappelé le 9 avril 2020 que près de 110 000 policiers et gendarmes sont déployés en moyenne sur tout le territoire, avec déjà 9,5 millions de contrôles et plus de 568 000 verbalisations<sup>36</sup>.

### ■ Aux dépens des missions de maintien de l'ordre public ?

Pour le moment le CFG entraîne une baisse des infractions commises sur la voie publique. Mais les plaintes ne sont plus prises dans un certain nombre de commissariats, sauf celles d'une exceptionnelle gravité et il est renvoyé à les déposer par internet. En outre, il est redouté, pour le trafic de drogue, que les difficultés des clients à se déplacer et des dealers à s'approvisionner, n'entraînent un transfert de la délinquance vers des cas de violences, des vols dans les supermarchés, dans les supérettes, des pillages, du dépouillage de personnes, des vols avec violence<sup>37</sup>.

### ■ Nécessité de désengorger les prisons.

La pandémie a rappelé les autorités au nécessaire désengorgement des prisons déjà surpeuplées, au risque de la propagation du Covid-19 en détention. Les conditions de détention catastrophiques : insalubrité, promiscuité, surpopulation, ont valu à la France d'être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour les conditions inhumaines et dégradantes de ses établissements pénitentiaires et le non-respect du droit à un recours effectif pour faire cesser ces atteintes<sup>38</sup>, au visa de l'article 3 de la CEDH (interdiction des traitements inhumains et dégradants). Elles avaient d'ailleurs été demandées par la Haute-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme et le Contrôleur général des lieux de privation des liberté (CGLPL) en France et jugées insuffisantes par un certain nombre d'associations<sup>39</sup>. Les détenus n'ont pas le droit de porter des masques ni d'avoir de gel hydroalcoolique, l'alcool étant interdit en cellule et n'ont, pour la plupart, pas de gants. Le 16 mars, un détenu est décédé à Fresnes. Le 23 mars, le ministère de la justice dénombrait cinq détenus testés positifs au coronavirus. Plusieurs organisations d'avocats et de magistrats et l'Observatoire international des prisons ont appelé à ce qu'un maximum de personnes puisse sortir de ce vase clos, de privilégier les peines alternatives à l'incarcération, le placement sous contrôle judiciaire, et de différer la mise à exécution des peines de prison. La contrôleuse générale des lieux de privation de liberté recommandait déjà de réduire la population carcérale « à un niveau qui ne soit pas supérieur à la capacité d'accueil des établissements. » Les présidentes du CNB et de la Conférence des bâtonniers et le bâtonnier de Paris demandaient dans une tribune de réduire la pression carcérale<sup>40</sup>. Dans le même temps, le Défenseur des droits appelait à « ne pas porter atteinte aux droits des détenus » et recommandait des peines alternatives à la détention provisoire ainsi que des aménagements de peine<sup>41</sup>.

Entre le 16 mars 2020, début du confinement généralisé et le 3 avril 2020, 6 266 détenus avaient quitté les prisons françaises. Ceci en grande partie à cause de la crise sanitaire, qui a entraîné une baisse de l'activité judiciaire et suscité des mesures afin de différer l'exécution des courtes peines d'emprisonnement, de réserver la détention provisoire aux faits les plus graves et de voir prononcer des suspensions

36 - LCP assemblée Nationale 09.04.2020.

37 - CNEWS Alain Bauer : « Les délinquants s'adaptent à tout, même au confinement » 19/03/2020.

38 - CEDH, arrêt du 30 janvier 2000, Affaire J.M.B. et Autres c. France, req. n° 9671/15 et 31 autres.

39 - C. Le Bris précitée. À noter aussi que le Conseil d'État n'a pas retenu l'article 3 CEDH pour écarter la rétention administrative des étrangers, en raison des risques de contamination. CE Ordo. 9 avril 2020 Association mouvement citoyen tous migrants et autres n° 439895.

40 - Le Monde, 19 mars 2020.

41 - Actualités, Laurence Garnerie, Gazette du Palais, 24 mars 2020.

de peines pour raison médicale ainsi que des remises en liberté des détenus en détention provisoire, en attente d'être jugés<sup>42</sup>.

Cependant, aucune mesure particulière n'ayant été prise pour aider ces personnes, qui échappent à la prison, à survivre, il est à craindre que de nouveau la délinquance les rattrape, d'autant que la crise sanitaires induit une augmentation de la consommation de drogue. Dans ces conditions, les forces de l'ordre étant occupées ailleurs, le droit à la sûreté de sa personne pourrait en pâtir, et ce, plus particulièrement, dans les quartiers les plus populaires, où il est déjà, ordinairement, du fait de la pauvreté, menacé.

### § 3 - L'interdiction des discriminations.

#### a) Droit interne.

##### ■ La Constitution.

L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution prévoit que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-170 QPC du 23 septembre 2011).

##### ■ Autres sources.

L'article 225-1 du Code Pénal reconnaît vingt-trois critères de discrimination, parmi lesquels figurent : l'origine, le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée :

*« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.*

*Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »*

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 (article 1) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations apporte une définition complète de la discrimination :

<sup>42</sup> - 20 Minutes et AFP du 03.04.2020. Et pour plus de détails la Contribution au présent Rapport de Catherine Le Bris : « La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le coronavirus ».

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2. »

Le principe de non-discrimination est basé sur le principe d'égalité. L'égalité est un **principe constitutionnel**, mais aussi un **principe général de droit** pour le Conseil d'État. Ce principe général de droit permet au Conseil d'État d'affirmer qu'à situation égale, le traitement doit être le même, dont il découle une interdiction de procéder à des discriminations. Trois limites sont toutefois posées : la discrimination est possible si la loi l'autorise, si l'intérêt général le justifie ou si la situation présente des différences qui justifient la différence de traitement. »

De nombreuses dispositions légales dans des domaines de droit variés, viennent compléter ces principes pour appliquer le principe de non-discrimination et d'égalité, notamment en droit du travail.

## **b) Droit européen.**

### **■ L'article 14 de la CEDH.**

Il prévoit :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

### **■ L'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention du 4 novembre 2000.**

Il dispose :

« 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

Si l'article 14 de la CEDH est applicable en France, il n'en est pas de même de l'article 1 du Protocole n° 12, protocole **qui n'a pas été signé, ni ratifié par la France**. Ce Protocole est entré en vigueur, mais uniquement pour les États qui l'ont ratifié. La différence entre ces deux textes est la portée de l'interdiction des discriminations.

L'article 14 interdit toute forme de discrimination, mais exclusivement pour les droits protégés par la Convention. Cette disposition est en effet dépourvue d'existence indépendante. Le requérant ne peut donc se prévaloir d'une discrimination au sens de l'article 14 pour des droits non garantis par la Convention. Il en est différemment de l'article 1 du Protocole n° 12 qui interdit toute discrimination, peu importe que le droit soit ou non garanti par la Convention.

Toutefois, **l'article 14 est autonome**, dans le sens où la Cour peut constater une violation du principe de discrimination dans un des droits garantis par la Convention, quand bien même le droit en question n'aurait pas été violé par l'État. « *Elle peut entrer en jeu même sans un manquement aux exigences de ces clauses et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour qu'elle trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses* » (CEDH, Inze c. Autriche, 28 octobre, 1987, série A n° 126, p. 17, § 36). Ainsi, la Cour a pu constater l'existence de discrimination au titre des législations consacrant des inégalités au détriment de la filiation naturelle par combinaison de l'article 14 avec l'article 8 et/ou l'article 1 du Protocole n° 1, sans que la législation en cause viole en tant que tel le droit de propriété (CEDH Mazurec c/France, 1<sup>er</sup> février 2000), ou le droit à la vie familiale. De même, le refus d'agrément à l'adoption d'un célibataire, motivé par son orientation sexuelle, constitue une discrimination, quand bien même il n'y aurait pas de violation de la protection de la vie familiale (CEDH, Grande chambre, E. B. c/France, 22 janvier 2008).

L'article 14 énumère un grand nombre de motifs prohibés, mais la liste n'est pas limitative. D'après la jurisprudence de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire si elle « *manque de justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'y a pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (arrêt Inze précité, p. 18, § 41). L'article 14 interdit de traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables.

Au travers de ses articles 2 et 8, la Convention européenne est susceptible d'interférer avec des problématiques touchant à la santé. Dès lors, l'article 14 de la **Convention est susceptible de s'appliquer et interdit alors toute discrimination dans les droits liés à la santé**. On peut relever un arrêt de la Cour constatant la violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8 à propos du refus opposé par les autorités russes d'accorder un permis de séjour à un ressortissant ouzbèke au motif qu'il avait été testé séropositif (CEDH, Kiyutin c/Russie, 10 mars 2011, req. n° 2700/10).

#### ■ L'article 21 de la CDFUE.

Il stipule :

« (1) Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

(2). Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »

L'article 21 de la Charte pose un principe général de non-discrimination. **Il n'a toutefois vocation à s'appliquer que dans le cadre de la mise en œuvre par les États de l'Union européenne de la législation européenne.**

Le Conseil d'État a ainsi pu interpréter les dispositions nationales au regard du principe défini à l'article 21 de la Charte et de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi (2000/78/CE) concernant les dispositifs modifiant l'âge de mise à la retraite pour le personnel des industries électriques et gazières (CE 13 mars 2013, n° 352393, Mme Chérence).

L'Union européenne a adopté de nombreuses directives touchant à l'égalité de rémunération et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, et deux directives plus générales, dont l'une en matière d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE), et la seconde en matière d'égalité raciale (Directive 2000/43/CE du 29/06/2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. En vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge donné par rapport à d'autres personnes à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires (arrêt du 7 février 2019, Carlos Escribano Vindel Ministerio de Justicia C-49/18). En vertu de l'article 1er et de l'article 2, paragraphe 1 et paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, sont interdites les discriminations indirectes fondées sur « *la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail* ». L'article 6 paragraphe 1 de la directive emploi autorise la discrimination fondée sur l'âge lorsque celle-ci est justifiée par des motifs légitimes de politique de l'emploi, de marché du travail et de la formation professionnelle, pour autant qu'elle satisfasse à l'obligation de proportionnalité. On peut citer plusieurs arrêts de la Cour de Justice : en ce qui concerne l'âge de départ à la retraite (Palacios de la Villa c/Cortefiel, aff. C411/05), ou en matière de rémunération, l'affaire Hutter (Hutter c/Technische Universitate Graz, aff. C88/08). L'interdiction de toute discrimination fondée, notamment, sur l'âge est incorporée à l'article 21 de la Charte qui, à partir du 1er décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités et que cette interdiction a été concrétisée par la directive 2000/78 dans le domaine de l'emploi et du travail. La Cour de Justice de l'Union européenne a fait de la non-discrimination un principe fondamental du droit communautaire.

### **c) Droit international.**

#### **■ L'article 7 de la DUDH.**

Il dispose ; « *Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.* »

#### **■ Les articles 4 et 24 du PIDCP.**

**L'article 4 alinéa 1** prévoit : « *1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.* ».

**L'article 26** stipule : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les*

*personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. ».*

À la différence de l'article 14 de la Convention européenne, **le principe de non-discrimination prévu à l'article 26 du Pacte est autonome et permet au Comité des droits de l'homme des Nations Unies d'étendre sa compétence sur des droits autres que ceux visés par le Pacte**, et notamment sur les droits sociaux ou économiques (voir décision Broeks c/Pays-Bas 1987, n° 172/1984). Le Comité considère également, au regard du Pacte, que la discrimination indirecte est également prohibée. L'article 26 peut résulter de l'effet discriminatoire d'une règle ou d'une mesure apparemment neutre et de toute intention discriminatoire (décision Simunck c/République Tchèque 1995, n° 516/1992). Rappelons que pour le Comité, pour qu'il y ait une situation discriminatoire, il faut qu'il y ait une distinction entre des situations analogues ou comparables. Il n'y a pas discrimination si la distinction est fondée sur des critères objectifs et raisonnables, et si le but est légitime au regard du Pacte.

#### **d) Le confinement forcé généralisé au regard des règles d'égalité et de non-discrimination.**

Les mesures mises en place dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ont eu vocation à s'appliquer à l'ensemble de la population, de manière uniforme, notamment en ce qui concerne les interdictions de sorties de circulation, de manifester ou de se rassembler.

Les dérogations mises en place, notamment pour les autorisations de déplacement, étaient fondées sur des critères liés aux activités économiques et professionnelles (notamment les professionnels de santé). Lors de la première phase du déconfinement, il a été envisagé de moduler les règles en fonction de l'âge, ce qui a été abandonné face aux réactions de la population. Le déconfinement a été mis en place selon des règles dérogatoires en fonction des régions, mais fondées sur des motifs de santé publique. Un grand nombre de dispositifs en matière économique et sociale contiennent des règles d'accès aux aides mises en place selon des conditions différentes en fonction, par exemple, de la taille de l'entreprise, du secteur économique, du niveau de revenus. Ces critères de distinction n'emporteraient pas nécessairement une rupture d'égalité au sens du droit constitutionnel ou une discrimination au sens du droit européen et international

En revanche, il est évident que le dispositif de confinement forcé généralisé a eu des conséquences différentes sur la population, et les catégories les plus vulnérables (personnes en situation de handicap, personnes et familles les plus pauvres, réfugiés, demandeurs d'asile), ont été plus impactées par le confinement, ceci sans que des dispositifs spécifiques aient été nécessairement pris pour les protéger plus spécifiquement. Le défenseur des droits a d'ailleurs alerté le gouvernement sur les personnes en situation de handicap. Les violences conjugales et à l'encontre des enfants ont été plus nombreuses du fait du confinement. Claire Hédon, présidente d'ATD Quart Monde jusqu'à mi-juillet 2020, avant d'être nommée Défenseuse des Droits a insisté également sur les conséquences dramatiques de la crise sanitaire et le fait que cette dernière avait non seulement mis en lumière les inégalités mais qu'elle les avait également creusées fortement : <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/claire-hedon-defenseure-des-droits-cette-institution-doit-defendre-tous-les>.

De même, les instances européennes ont relevé la situation des victimes de la traite d'êtres humains plus exposés pendant cette période. La question de l'accès à l'enseignement pour les milieux défavorisés est une illustration des problématiques touchant l'égalité devant la loi. Un éclairage des situations devrait être examiné au regard de la notion de discrimination indirecte, mais également au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les obligations positives des États aux fins d'assurer la protection garantie par les articles 2 (droit à la vie), 8 (protection de la vie privée ou familiale) ou

article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'instruction). De même, le Comité de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe chargé de veiller au respect des dispositions de la Charte sociale européenne a attiré l'attention des États sur le respect du principe de non-discrimination dans les dispositifs visant à lutter contre le Covid-19 (voir communiqué du Comité d'experts dans les annexes).

La Cour européenne a également tiré de l'article 14 des obligations positives incombant aux États pour lutter contre les discriminations (CEDH, Natchova et autres c/Roumanie 6 juillet 2005). Ainsi la Cour a imposé aux États une obligation positive d'enquête en cas d'actes racistes, mais également lorsque les actes émanent de personnes privées et pas seulement d'agents publics (CEDH, Secic c/Croatie, 31 mai 2007). Cette jurisprudence est susceptible de s'appliquer dans d'autres cas, et peut être utilisée par le citoyen. De même, la Convention interdit les discriminations indirectes non intentionnels (CEDH, DH et autres c/République tchèque du 13 novembre 2017 ; Thlimmenos c/Grèce 6 avril 2000). Le régime des preuves est également facilité, comme en droit national (CEDH, Natchova 6 juillet 2005).

Sur ces sujets spécifiques voir les contributions d'ATD Quart Monde, de la Croix-Rouge française et de l'UNAPEI.

### CHAP III. LE RISQUE QUE L'ÉTAT D'URGENCE GÉNÈRE L'ÉTAT D'URGENCE.

#### A. L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE PEUT-IL DEVENIR UN ÉTAT D'URGENCE STATUTAIRE ?

Certes, on peut et on doit admettre des mesures qui restreignent la liberté d'aller et venir, celle d'aller manifester, celle d'entreprendre en temps de crise, mais c'est à condition que ces mesures soient proportionnées et qu'elles soient soumises sans délai ni entrave au contrôle du juge. Car c'est précisément en temps de crise que le respect des droits fondamentaux est encore plus important et que le contrôle juridictionnel ne doit pas être illusoire.

Quelles que soient les justifications – en l'occurrence incontestables – invoquées, il est profondément regrettable que l'instauration d'un état d'urgence soit utilisé sous prétexte de « circonstances exceptionnelles » et de durée limitée, pour venir rogner chaque fois davantage les libertés fondamentales. En 1955, déjà, l'un des arguments utilisés par une partie de l'opposition contre l'état d'urgence, qui concernait alors l'Algérie était le danger pour les libertés que pourrait représenter la possibilité de déclarer l'état d'urgence en métropole. Ce qui pouvait sembler inconcevable mais devait se réaliser ultérieurement.

En 2015, c'est encore le caractère exceptionnel et la durée limitée qui avait fondé la justification de l'état d'urgence. Mais il a duré deux ans et la plupart de ses dispositions ont été pérennisée par la loi de 2017.

En vérité, peu des mesures dérogatoires de la loi de 1955 ont disparu de la législation (si l'on excepte les mesures supprimées par l'effet des QPC) et elles ont démontré au contraire une claire tendance à se durcir et à s'installer dans la durée. **En 2020, l'état d'urgence aboutit à une suspension de l'État de droit. Malgré son caractère temporaire annoncé** (le chapitre du code de la santé publique relatif à l'état d'urgence sanitaire n'est en l'état déclaré applicable que jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021), il est de nature à renforcer les inquiétudes antérieurement exprimées alors que beaucoup de prophéties se sont réalisées. Nul ne connaît l'histoire des prochaines crises. Pas davantage que leurs natures ou leur répétition. L'état d'urgence sanitaire peut-il devenir un état d'urgence statutaire ?

## B. L'ÉTAT DE LA FRANCE APRÈS LE CONFINEMENT FORCÉ GÉNÉRALISÉ (CFG).

La France a importé de Chine, à son corps défendant, le Coronavirus et, à l'initiative de son gouvernement, le confinement forcé généralisé. Cela l'a conduit, vu le caractère radical de la méthode, jamais encore expérimentée, dans une société démocratique, à créer un « état d'urgence sanitaire », qui met gravement à mal, son économie et la majeure partie des droits fondamentaux, au respect desquels elle est pourtant tenue, par sa Constitution et ses engagements internationaux et qui permettent le bon fonctionnement de ses institutions. Sous l'effet conjugué, tant de la pandémie que de la méthode choisie pour lutter contre, nul ne sait dans quel état sera la France, le 24 mai 2020, date à laquelle est prévue la fin de cet état d'urgence.

Il est à craindre, cependant que les dégâts soient considérables. Sous les aspects de l'économie et de l'emploi, l'activité du secteur privé a enregistré la plus forte contraction depuis ses près de 22 ans d'existence, en mars 2020 et, à présent, la Banque de France, annonce la pire récession depuis la Seconde Guerre mondiale et une grave crise sociale apparaît inéluctable<sup>43</sup>. Les services publics ne sont pas épargnés, notamment ceux de la justice, de la santé, et de l'éducation. Plus généralement, quid de la réversibilité nécessaire, pour le retour à l'État de droit, des mesures prises, sans contrôle parlementaire, dans le cadre de l'état d'urgence, concernant tant ces secteurs que le droit du travail où le droit des sociétés. Sera-t-elle totale, dans quel délai pourra-t-elle intervenir ? Alors que mi-avril, le nombre de morts en France avoisine 14400, qu'aucune date de sortie du CFG n'est annoncée, et que le gouvernement prédit cette sortie progressive.

Si la situation à venir engage la responsabilité de l'État, en raison de ses choix de gestion de la crise sanitaire, il faut, en attendant, tenir sérieusement compte des propos tenus par le professeur Rousseau « *Attention à ne pas passer d'un état d'urgence à un autre état d'urgence ! Il y a l'état d'urgence sanitaire, il y a eu l'état d'urgence sécuritaire et pourquoi pas demain l'état d'urgence climatique ? (...) il ne faudrait pas que cette situation d'urgence devienne permanente. Ce risque d'état d'urgence permanent existe (...) Donc attention à ne pas multiplier les états d'urgence et exigeons qu'il y ait le respect des principes fondamentaux de l'état de droit : contrôle du parlement, contrôle d'une Justice indépendante et contrôle de la presse, elle aussi indépendante* ». <sup>44</sup>

---

43 - Novethic, « Coronavirus : la France relève son plan d'urgence de 45 à 100 milliards d'euros », 10 avril 2020 et « Chaque mois de confinement coûte deux points de PIB à la France », 24 mars 2020 et « Crise sociale : la politique de l'autruche n'est pas une option... et pourtant ! » 2 avril 2020.

44 - Cf. Annexe.

# QUATRIÈME PARTIE

---

## La question de la proportionnalité reste posée.



*« La proportion est la traduction du juste, dès lors que le juste est un milieu entre des extrêmes qui, autrement, ne seraient plus en proportion »*

Aristote, *Éthique de Nicomaque*, Flammarion, 1992, V, chap. 3, pp. 142-143)

## TITRE I. CONNAISSANCES SUR LE VIRUS ET MOYENS POUR LE COMBATTRE.

### CHAP I. LES MOYENS MIS EN ŒUVRE POUR COMBATTRE LA MORTALITÉ DUE AU VIRUS.

#### A. LES PRESCRIPTIONS DE L'OMS QUANT AU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.<sup>1</sup>

« *L'urgence avive le questionnement éthique* »<sup>2</sup>

Pour l'organisation mondiale de la santé (OMS), la santé est définie comme un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. L'OMS a pour mission de sauver des vies et de réduire les souffrances des populations en temps de crise que celle-ci soit due à un conflit, à une flambée de maladie ou à une catastrophe. Le nouveau programme de l'OMS de gestion des situations d'urgence sanitaire englobe la totalité du cycle de gestion des risques, ce pour permettre aux pays pour prévenir les situations d'urgence avant qu'elles ne surviennent, et également, une fois l'événement initial passé, pour préparer le relèvement. Ce nouveau programme tire parti d'années d'expérience acquises par l'OMS dans le cadre de sa collaboration avec les pays lors des situations d'urgence.

Cependant, il peut exister un conflit de proportionnalité entre la protection du droit à la santé et le respect des autres droits.

#### § 1 - **Recommandations actualisées de l'OMS concernant le trafic international en rapport avec la flambée épidémique de Covid-19 du 29 février 2020.**

L'OMS déconseille toujours d'appliquer des restrictions aux voyages ou aux échanges commerciaux vers les pays touchés par une épidémie de Covid-19.

##### **a) L'inefficacité des restrictions à la circulation de personnes.**

– Les données collectées montrent que l'application des restrictions à la circulation de personnes ou de biens pendant les situations d'urgence sanitaire est inefficace dans la plupart des cas, et peut détourner des ressources qui pourraient être consacrées à d'autres interventions.

– Des mesures restreignant la circulation des personnes limitées dans le temps et l'espace peuvent être ponctuellement utiles, par exemple là où il existe peu de liaisons internationales et où les moyens de riposte sont limités, sinon ces restrictions peuvent interrompre l'aide et le soutien techniques nécessaires, perturber l'activité économique, et avoir des retombées socio-économiques négatives sur les pays touchés.

– **Aussi les mesures relatives aux voyages qui entravent de manière importante le trafic international se justifient seulement au début d'une flambée épidémique**, car elles permettent alors aux pays de gagner du temps, ne serait-ce que quelques jours, pour mettre rapidement en place des mesures de préparation efficaces.

– **Mais ces restrictions doivent se fonder sur une évaluation attentive des effets négatifs, être proportionnées aux risques pour la santé publique, être de courte durée et être régulièrement réexaminées en fonction de l'évolution de la situation.**

– Les interdictions de voyager vers les zones touchées ou le refus de laisser entrer les passagers en provenance de celles-ci sont généralement inefficaces pour empêcher l'importation de cas, mais peuvent

1 - OMS site mondial.

2- Emmanuel Hirsch.

avoir d'importante retombées socio-économiques. Entre le moment où l'OMS a déclaré que la Covid-19 constituait une urgence de santé publique de portée internationale et le 27 février, **38 pays ont signalé à l'OMS des mesures sanitaires supplémentaires qui entravent de manière importante le trafic international** pour les voyages depuis et vers la Chine et d'autres pays touchés, mesures allant de refus de laisser entrer des passagers à des restrictions aux visas en passant par la quarantaine au retour. Plusieurs pays ayant refusé l'entrée de voyageurs ou suspendu les vols vers, ou en provenance, de la Chine et d'autres pays touchés, signalent désormais des cas de Covid-19.

#### **b) Recommandations générales à l'ensemble des pays.**

Les pays doivent intensifier la surveillance de flambées inhabituelles d'affections de type grippal et de pneumonies sévères et suivre attentivement l'évolution des flambées de Covid-19 :

- **En renforçant la surveillance épidémiologique.**
- **En continuant de renforcer leur action de sensibilisation par une communication efficace des risques relatifs à la Covid-19** au grand public, aux professionnels de la santé et aux décideurs et éviter toute mesure risquant d'entraîner une stigmatisation ou une discrimination.
- **En communiquant à l'OMS toutes les informations pertinentes nécessaires pour évaluer** et prendre en charge les cas de Covid-19 en temps opportun, conformément au Règlement sanitaire international (2005).

#### **§ 2 - Le Règlement sanitaire international (2005).**

Il est rappelé aux pays que le **Règlement sanitaire international (2005)** a pour objet de protéger contre la propagation internationale des maladies, de la combattre et d'y réagir par :

- **Des mesures en rapport avec la menace qu'elle constitue pour la santé publique et ne dépassant pas ce cadre.**
- En évitant de créer des **entraves inutiles** au trafic international et aux échanges commerciaux.
- Les pays appliquant des mesures sanitaires allant plus loin et entravant de manière significative le trafic international sont tenus de **présenter à l'OMS dans les 48 heures** qui suivent leur mise en œuvre **les raisons de santé publique et les informations scientifiques pertinentes qui justifient l'application de ces mesures.** L'OMS communique ces informations aux autres États Parties.
- Par « **entraver de manière significative** », on entend généralement le **refus de laisser entrer ou partir** des voyageurs internationaux, des bagages, des cargaisons, des conteneurs, des moyens de transport ou d'autres marchandises ou le fait de **retarder de plus de 24 heures** leur entrée ou leur départ.

L'OMS continue de collaborer avec les États Membres, ainsi qu'avec les organisations internationales et les entreprises, pour permettre l'application de mesures sanitaires concernant les voyages qui soient **proportionnelles aux risques pour la santé publique**, efficaces et mises en œuvre de manière à éviter des restrictions inutiles du commerce international pendant la flambée de Covid-19.

## **B. ORIGINE DU VIRUS ET CARACTÉRISTIQUES.**

### **§ 1 - Origine Covid-19 : le virus et l'infection.<sup>3</sup>**

La maladie à coronavirus 2019 ou Covid-19 (pour coronavirus disease 2019) est la maladie infectieuse causée par une souche de coronavirus appelée SARS-CoV-2.

---

3 - Institut de France Académie de médecine La maladie et le virus – Fiche Expert - MAJ 7 mai 2020.

**a) Le virus.**

Le virus SARS-CoV-2 fait partie de la grande famille des virus enveloppés. C'est un virus à ARN simple brin positif, c'est-à-dire que lorsque le génome est libéré dans le cytoplasme de la cellule infectée par le virus, il peut être en grande partie directement traduit en protéines par la machinerie de traduction de la cellule infectée.

Le génome du virus SARS-CoV-2 est un génome relativement grand puisqu'il a 30 kilobases et code pour une vingtaine de protéines. Les coronavirus ont les plus grands génomes parmi les virus à ARN. Le virus VIH un autre virus à ARN a 9 000 nucléotides (ou 9 kilobases)

**■ La famille des coronavirus comprend quatre groupes.**

– Les alpha- et les beta-coronavirus qui affectent les mammifères et l'être humain en particulier.

Les virus alpha sont responsables de pathologies respiratoires et intestinales généralement bénignes chez l'enfant en particulier. Ils se sont adaptés à l'homme depuis longtemps. Parmi les alpha-coronavirus, il y a par exemple le NL63-CoV, un virus saisonnier qui cause des pathologies respiratoires bénignes. Les virus beta mènent à des différents types de pathologies : soit des pathologies bénignes comme celles provoquées par les virus saisonniers HKU1 et OC43-Cov soit des pathologies sévères comme le SRAS de 2003 et le MERS de 2012 et maintenant le SARS-CoV-2.

– Les gamma- coronavirus infectent les oiseaux.

– Les delta-coronavirus affectent les oiseaux et les mammifères.

Grace aux immenses progrès des technologies depuis quarante ans en particulier les techniques de séquençage, le virus SARS-CoV-2 a été très rapidement identifié comme responsable de la nouvelle pneumonie apparue à Wuhan, et sa séquence déterminée en très peu de temps, ce qui est une énorme différence par rapport à ce qui s'est passé pour le VIH qu'il avait fallu isoler et cultiver avant de pouvoir séquencer complètement son génome. La séquence de SARS-CoV-2 est différente mais proche de celle du SARS-CoV-1 et un peu plus éloignée du MERS-CoV. Ces trois virus sont différents et induisent des maladies proches mais avec des caractéristiques différentes.

Ce virus SARS-CoV-2 est totalement différent du virus de la grippe, un virus enveloppe lui aussi mais qui contient huit fragments d'ARN négatifs. (Un ARN négatif nécessite dans la cellule d'être transformé en ARN+ avant de pouvoir être traduit en protéines.)

**■ Protéines codées par les virus SARS-CoV.**

Le génome est traduit en une longue polyprotéine précurseur des protéines responsables de la réplication du génome (polymérase, hélicase, protéases, etc.) et de la production de 4 autres transcrits indépendants. À partir de la polyprotéine, les protéases vont générer 16 protéines non structurales (NSP) matures. Les 4 autres transcrits indépendants codent pour la protéine S (pour spike) : un trimère qui se lie au moment de l'infection à un récepteur sur la cellule hôte, le récepteur ACE2 (*voir plus bas*).

– La protéine M (pour membrane) : une protéine qui a trois domaines transmembranaires et sert à donner sa forme au virus.

– La protéine E (enveloppe) : une protéine qui sert à l'assemblage et à la libération du virus hors de la cellule infectée.

– La protéine N (nucléoprotéine) : une protéine qui se lie à l'ARN et forme un complexe ribonucléoprotéique implique dans le bourgeonnement des nouveaux virions dans la cellule.

**b) Infection.****■ Entrée du virus dans les cellules et cycle infectieux.**

La protéine S qui est présente sur la surface du virus permet l'entrée du virus dans les cellules en interagissant avec une protéine cellulaire membranaire, le récepteur ACE2.

**■ Le récepteur ACE2.**

Le récepteur pour SARS-CoV1 et SARS-CoV-2 sur les cellules est ACE2, une protéine qui est présente dans le poumon, le cœur, le foie, le rein et l'intestin. ACE2 (pour angiotensin-converting enzyme 2) tire son nom de l'homologie avec ACE1 qui est une protéase membranaire qui a partir de l'angiotensine I, produit l'angiotensine II. L'angiotensine II est une protéine très importante pour la régulation de la tension artérielle. Pour cela, elle agit sur un récepteur cellulaire appelé AT1 qui appartient à la superfamille des récepteurs couplés aux protéines G.

ACE2 est aussi une protéase membranaire qui peut cliver l'angiotensine II et ainsi réduire sa concentration et donc son activité. ACE1 et ACE2 sont cependant des molécules différentes : ACE1 est une di-peptidyl carboxypeptidase alors que ACE2 est une mono-carboxypeptidase.

La présence d'ACE2 sur les cellules d'organes autres que le poumon pourrait expliquer certaines manifestations cliniques de l'infection par SARS-CoV2 comme les troubles digestifs, troubles cardiaques, insuffisance rénale.

**■ Endocytose et cycle infectieux jusqu'à la production de virions.**

Après interaction du virus avec son récepteur, le virus se retrouve internalisé dans une vacuole appelée endosome. Cet endosome grâce à une pompe à protons membranaire s'acidifie, provoquant la libération du matériel génétique du virus (l'ARN) dans le cytoplasme de la cellule infectée. Alors commence le cycle de traduction en protéines et de réplication en vue de la production de nouvelles particules virales qui seront excrétées de la cellule infectée. La polymérase virale joue un rôle clé.

**§ 2 - La maladie : définition et caractéristiques connues.****a) La maladie.**

**La maladie Covid-19 est une zoonose, une infection passée de l'animal à l'être humain.**

Le réservoir naturel de ce virus semble être la chauve-souris. Il y a une forte identité (96 %) avec un coronavirus de chauve-souris. Il semble qu'il y ait un réservoir intermédiaire qui est le pangolin, qui assure la transmission aux personnes. Le pangolin est un mammifère d'Asie et Afrique couvert d'écailles. Au cours de zoonoses, il y a souvent un réservoir intermédiaire : pour le SARS, c'était la civette palmée, pour le MERS, des dromadaires, et pour Ebola des grands singes, pour le virus Nipah, les porcs d'élevage. À titre de comparaison, les virus de la grippe ont selon les années des animaux intermédiaires aviaires ou porcins.

**b) Évolution et physiopathologie de l'infection.**

Après une incubation de 4 à 7 jours (3 à 10 dans les cas extrêmes), une première phase de l'infection dure de 7 à 10 jours. Elle est dans la majorité des cas asymptomatique mais elle peut s'accompagner d'une symptomatologie associant, en fonction des patients, fièvre, toux, céphalées. Apparaissent parfois des symptômes gastro-intestinaux (diarrhées) et une anosmie (perte de l'odorat) associée à une agueusie (perte du goût). Ces derniers symptômes sont fréquents dans le Covid-19 et signent un passage direct des voies nasopharyngées au système nerveux central. Dans 80 % des cas, l'infection régresse spontanément, en s'accompagnant vraisemblablement de production d'anticorps en particulier des anticorps neutralisants.

Une deuxième phase débute environ 10 jours après le début des symptômes dans 15 à 20 % des cas. Elle concerne les sujets âgés ou des patients présentant des comorbidités, essentiellement l'obésité, le diabète, l'hypertension. Cette phase se caractérise par une détresse respiratoire aiguë qui se précipite souvent de manière très rapide et nécessite une hospitalisation en unités de soins intensifs ou réanimation. De manière objective, l'on observe ce qui est appelé l'orage cytokinique à savoir une libération massive de cytokines pro inflammatoires dont l'IL-6, IL-1 et le TNF (le facteur Nécrosant des Tumeurs).

**c) Paramètres de la maladie : R0, contagiosité, taux de mortalité.**

Le R0 est le taux de reproduction de base c'est-à-dire le nombre moyen d'infections secondaires transmises lorsqu'un individu infectieux est introduit dans une population où l'ensemble des individus sont sains, c'est-à-dire au début d'une possible épidémie. Si le R0 est inférieur à 1, alors l'individu en infecte en moyenne moins d'un, ce qui signifie que la maladie à terme disparaîtra. Il n'y a pas d'épidémie. Si le R0 est supérieur à 1, alors la maladie peut se propager dans la population il y a épidémie. En France, le R0 était de 3,3 en mars avant le confinement, puis a baissé jusqu'à 0,7 pendant le confinement, l'épidémie était alors en régression.

L'effet du déconfinement montre une accélération de la transmission, au 14 juillet le R0 est remonté à 1,05. À titre indicatif, pour la grippe espagnole de 1918, R0 était de 2-3; Pour les gripes de 1957 et 1968, R0 était de 1,5-3; pour la tuberculose, R0 est de 10; pour la rougeole, il est de 12-18.

Contagiosité: Les patients sont contagieux dès le début de la maladie et même le jour précédent. Le pic de virémie est atteint dès la fin de la période d'incubation. La durée moyenne d'hospitalisation est de 11 +/- 4 jours. Le séjour en réanimation peut aller jusqu'à trois semaines.

Le taux de mortalité n'est pas encore clairement établi. **Il serait de 1 % mais sans doute moins** si l'on tient compte des formes asymptomatiques. Il y avait en France 120 décès dus au Covid-19 répertoriés le 14 mars 2020. Il y en a 17 920 le 17 avril 2020.

**d) Porteurs sains et super-propagateurs.**

Il est important de réaliser que certaines personnes ne présentant pratiquement pas de symptômes peuvent être porteurs sains et excréter des particules virales au niveau de leur salive ou de leurs fosses nasales. Les mesures de distanciation sociale sont donc très importantes.

Les individus porteurs de virus contaminent en moyenne deux à trois personnes mais, il existe des personnes à haute charge virale, des super-propagateurs qui peuvent contaminer jusqu'à dix ou vingt personnes. Un super-propagateur a par exemple été identifié en Corée, un en Autriche, un à Mulhouse et un aux Contamines-Montjoie.

**e) Mesures de protection.**

Le fait que le virus SARS-CoV-2 soit enveloppé d'une membrane le rend extrêmement sensible aux détergents comme le savon et aux solutions hydroalcooliques. (Notons que les virus non enveloppés sont beaucoup plus résistants). Les autres mesures de protection (masques, distanciation sociale) réduisent les contacts entre le virus et les individus non immunisés. Il est à souligner qu'un avis récent de l'Académie vétérinaire recommande de faire attention aux animaux domestiques (chiens, chats) qui ont été en contact avec des malades.

## CHAP II. LES PERSONNES QUI RISQUENT DE MOURIR DU VIRUS.

### A. LES CAUSES RÉPERTORIÉES.

#### § 1 - Les personnes âgées sans autres facteurs de comorbidité.

Confinement et déconfinement : âge -consentement et urgence sanitaire : Quelle responsabilité, quelle liberté ?

Un huis clos est une métaphore de l'existence, où chacun fait l'expérience de l'aliénation au sens strict et vit l'épreuve de sa finitude.

Le gouvernement a envisagé de confiner par strates successives suivant les classes d'âge. Mais à partir de quel âge considère-t-on que l'on ait une personne âgée devant rester confinée chez soi ? 65 ou 70 ans, selon le Président du conseil scientifique, Jean-François DELFRAISSY, pour qui la population totale des personnes vulnérables invitées à rester chez elles serait de 17 millions ou 18 millions. Une gageure<sup>4</sup> voire une discrimination « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins.* » (Article L1110-3 du code de la santé publique modifié par l'article 3 de la loi du 6 août 2012). Cette proposition n'a pas été retenue lors du déconfinement, mais des précautions (port du masque, distanciation) restent d'usage pour les personnes de plus de 65 ans, pour éviter leur contamination.

#### § 2 - Les personnes présentant un facteur de comorbidité, quel que soit l'âge.

Des données collectées dans le pays foyer de la pandémie permettent d'apporter des éléments de réponse à cette question. Des chercheurs affiliés au CCDC (Centre chinois de contrôle des maladies) ont analysé les dossiers médicaux de plus de 72 000 patients traités pour des cas suspectés ou confirmés de Covid-19. Près de 20 800 cas étaient suffisamment documentés pour pouvoir tirer des conclusions sur les comorbidités. Pour les trois quarts des patients, on observe une absence de comorbidités. En revanche, dans 12,9 % des cas, on recense la préexistence d'hypertension. Le diabète regroupe 5,3 % des comorbidités, les maladies cardiovasculaires 4,2 %, et les maladies respiratoires chroniques 2,5 %. Dans une autre étude, menée sur un échantillon plus restreint de patients, les comorbidités les plus fréquentes étaient également l'hypertension (15 %), le diabète (7,4 %) et les maladies coronariennes (2,5 %).

Dans l'étude du CDDC, seules 0,9 % des personnes hospitalisées qui ne présentaient pas de comorbidité sont décédées. Mais le taux de décès monte à 6,0 % pour les hypertendus, 6,3 % pour les personnes atteintes de troubles respiratoires chroniques, 7,3 % pour les diabétiques et 10,5 % pour les personnes souffrant de pathologies cardiovasculaires. Le cas des patients souffrant de cancers est également à noter puisque, dans leur cas, le taux de décès observé est de 5,6 %. Les décès sont recensés à 73,6 % chez des patients souffrant de comorbidités, bien qu'ils ne représentent qu'un quart des infectés.

Des chercheurs basés en Suisse et Grèce formulent une hypothèse explicative à ces comorbidités : « *Les coronavirus pathogènes humains se lient aux cellules cibles via l'enzyme de conversion de l'angiotensine 2 (ACE2), qui est exprimée par les cellules épithéliales du poumon, de l'intestin, du rein, et les vaisseaux sanguins. L'expression d'ACE2 est considérablement augmentée chez les patients atteints de diabète [...] traités avec des inhibiteurs de l'ECA et des bloqueurs des récepteurs de l'angiotensine II de type I (ARB)* » « *L'hypertension est également traitée avec des inhibiteurs de l'ECA et des ARA, ce qui se traduit par une régulation positive de l'ECA2* », poursuivent-ils, postulant que « l'expression accrue de l'ACE2 faciliterait l'infection par Covid-19 ».

---

4 - Le quotidien Le Monde le 7 avril 2020.

### § 3 - Autres causes aggravantes.

#### a) ALD, surpoids.

Le Haut conseil de santé publique confirme que l'IMC > 30 est un facteur de risque grave.

La population en situation d'obésité (c'est-à-dire présentant un IMC supérieur ou égal à 30 kg/m<sup>2</sup>), soit 8 millions de personnes en France, figure parmi les personnes les plus vulnérables à l'épidémie de Covid-19. Elle présente davantage de risque de complications en raison des pathologies associées (notamment diabète, hypertension artérielle, maladies cardio-vasculaires et respiratoires) mais aussi indépendamment de celles-ci. Parmi les dernières données disponibles, une étude menée par les équipes du CHRU de Lille montre ainsi que plus de 47 % des patients infectés entrant en réanimation sont en situation d'obésité et que l'obésité augmente significativement le risque d'être placé sous respiration mécanique invasive, l'effet étant plus marqué pour la forme sévère (à savoir un IMC supérieur à 35 kg/m<sup>2</sup>, OR = 7,36 vs IMC < 25 kg/m<sup>2</sup>) indépendamment de l'âge, de l'hypertension artérielle et du diabète. L'organisation par les professionnels de ville et des établissements de santé de réponses spécifiques en direction des personnes en situation d'obésité est une priorité dans la gestion de l'épidémie et s'inscrit dans le cadre de la feuille de route 2019-2022 « Prise en charge des personnes en situation d'obésité ». La société savante française de l'obésité, l'AFERO, a publié des recommandations de bonnes pratiques déclinées au moyen d'un livret à l'attention des personnes obèses.

**Pourquoi l'obésité est-elle synonyme de sévérité?** Une première explication, suggérée par les auteurs, est que l'obésité peut restreindre la ventilation en empêchant l'excursion du diaphragme (ou son mouvement induit par la pression positive de la ventilation), altérer les réponses immunitaires à l'infection virale, accroître l'inflammation et le stress oxydant, et être accompagnée par un diabète et un trouble cardiovasculaire – deux facteurs indépendants de complications. Les chercheurs rappellent ainsi que l'obésité est un facteur majeur de sévérité de la maladie Covid-19, un facteur de surveillance particulière à l'hospitalisation et concluent que dans les populations à forte prévalence d'obésité, Covid-19 pourrait également affecter des groupes de population plus jeunes.

#### b) Quid de la nicotine (majoration ou minoration du risque).

Santé publique France, pleinement mobilisée dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, salue et encourage les initiatives et la réactivité de la recherche dans ce champ. Elle souligne cependant les points suivants :

À ce stade, l'éventuel effet protecteur de la nicotine n'est qu'une hypothèse de recherche, qu'il s'agit de tester grâce à des protocoles adaptés répondant aux critères de qualité de la recherche clinique. Plusieurs d'entre eux ont été proposés : leurs conclusions seront très attendues ;

- **Les études observationnelles suggérant une sous-représentation des fumeurs parmi les patients Covid-19 ne sont pas exemptes de limites**, comme l'a souligné la Société francophone de tabacologie dans un commentaire adressé aux auteurs. Ces résultats devront être confirmés par des études répliquatives limitant les biais constatés (l'une d'entre elle est en cours de publication), des études répondant à une méthode plus adéquate (par exemple, des études cas-témoin), et par la mobilisation d'un système d'information amélioré, dans lequel le tabagisme serait renseigné de façon systématique et complète.

- **Pour répondre à la question du lien possible entre tabagisme, nicotine et Covid-19, Santé publique France recommande :**

– Dans les systèmes d'information, **le renseignement systématique des indicateurs suivants pour tous les patients Covid-19** : tabagisme actuel, tabagisme passé (si oui date et motif de l'arrêt du tabac), exposition au tabagisme passif, utilisation de produits du vapotage (si oui avec ou sans nicotine), utilisation de traitements substitutifs de la nicotine

- **La mise en œuvre de protocoles de recherche adaptés**, notamment des études cas-témoin pour étudier l'influence du tabagisme actuel ou passé sur la probabilité de contamination par le Covid-19, et des études cliniques pour tester l'hypothèse de l'effet protecteur de la nicotine tant sur la probabilité de contamination par le Covid-19 que sur l'évolution de la maladie.
- **Une information à l'attention des professionnels de santé amenés à prendre en charge les patients Covid-19, afin de les inciter à une vigilance accrue en cas de repérage d'un patient Covid-19 fumeur.** En effet, parmi les personnes infectées par le Covid-19, le tabagisme est associé à des formes plus sévères et une aggravation de la maladie.
- **Le maintien d'une offre d'incitation et de prise en charge du tabagisme pour l'ensemble des fumeurs français**, dans un contexte de confinement pouvant mener à une augmentation du tabagisme. Une étude de Santé publique France a montré que fin mars, 27 % des fumeurs déclaraient avoir augmenté leur consommation de tabac. Les professionnels de santé de premier recours restent pleinement mobilisés pour accompagner les fumeurs vers le sevrage. En complément, les dispositifs d'aide à distance, comme le 39 89 et l'appli Tabac info service, ont montré leur efficacité et sont particulièrement pertinents dans ce contexte de confinement ou de déconfinement progressif.

#### **§ 4 - Le pourcentage des personnes à risques rapporté à la population totale.**

(cf. données ci-dessus).

### **B. GARANTIR UNE PROTECTION COMPLÈTE AUX PERSONNES MENACÉES DE MORT.**

Les mesures de distanciation sociale et le port du masque sont fortement conseillés.

L'accès aux masques en pharmacie est privilégié aux personnes à risques sur ordonnance d'un praticien.

#### **§ 1 - Les personnes à risques de surexposition professionnelle.**

##### **a) Les professions médicales disposent de masques et de gel.**

La dispensation gratuite des masques au personnel soignant sur présentation de leur carte professionnelle de santé a été mise en place dès le début de l'épidémie, mais le nombre de masques distribué est resté limité par semaine.

##### **b) Les autres professions subissent la pénurie.**

La pénurie de masques a été soulignée dès le début de l'épidémie, obligeant d'une part à une attribution privilégiée aux professionnels exposés et d'autre part à des mesures nationales incitant la fabrication locale des masques. Les commandes de masques provenant de Chine n'étant pas suivies d'effet ! avec des livraisons retardées voire détournées.

#### **§ 2 - Les personnes vulnérables<sup>5</sup> ou l'impérieuse nécessité de solidarité.**

##### **a) La vulnérabilité touche particulièrement les plus précaires.**

Sauf pour les personnes surexposées au virus, **le risque léthal concerne principalement les personnes qui sont déjà en état de vulnérabilité**, particulièrement dans des lieux à forte densité de population où la contamination est plus forte et lorsque le système de soins est déficient.

---

<sup>5</sup> - La qualification de « vulnérable » plutôt que de « à risque » est préférée désormais pour le Rapport après avis de personnes susceptibles d'entrer dans cette catégorie, pour lesquelles le risque léthal procède directement de leur vulnérabilité et non de la pandémie. Ces personnes ne souhaitent pas non plus être perçues comme un risque pour la société et être marginalisées comme telles. La dénomination « à risque » a été utilisée par le Conseil scientifique, dans ses avis des 12 et 14 mars 2020. Dans son avis du 2 juin suivant (*4 scénarios pour la période post-confinement - Anticiper pour mieux protéger*), il évoque encore des groupes ou des populations à risques (p. 1, 7, 18, 21, 22, 32). Cependant la référence à la vulnérabilité, en contexte de pandémie, est déjà utilisée dans les lois et règlements et sur les sites publics d'information. La notion de vulnérabilité, désigne un individu dont la faiblesse et/ou la situation particulière le prédispose à la réalisation d'un risque grave. Prise isolément, elle ne fait à ce jour l'objet d'aucune définition légale. Le droit civil comme le droit pénal la prennent en considération sous

Concernant la surmortalité due au virus dans les établissements pour personnes âgées (EPA),<sup>6</sup> l'Insee émet l'hypothèse, d'un état de santé des résidents plus dégradé.

Mais, selon le Canard Enchaîné,<sup>7</sup> l'application de la « *Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19* »,<sup>8</sup> du 19 mars 2020, aurait conduit à écarter, faute de place, un certain nombre d'entre eux, atteint par la pandémie, des services de réanimation.<sup>9</sup>

Après le déconfinement, le Conseil scientifique a confirmé que le taux de létalité de la pandémie est proche de **15 % chez les personnes de plus de 80 ans** alors qu'il serait de 3/1 000 (0,3 %) chez les moins de 60 ans. Ce qui explique que 96 % des décès dus à la pandémie concernent les personnes de plus de 60 ans, dont 89 % les personnes de plus de 70 ans.<sup>10</sup> Étant observé que le nombre de personnes âgées, rapporté à la population, ne cesse de croître en France.<sup>11</sup>

**Toutefois, la vulnérabilité ne tient pas seulement au vieillissement.** Quel que soit l'âge, elle concerne également, les situations de handicap de comorbidité, d'affection de longue durée (ALD), de surpoids (cf. supra Part. IV, T I, Ch. II, A et contribution de l'UNAPEI).

-----  
différents angles. Les droits fondamentaux, également, par le principe de non-discrimination reconnu en droit interne et en droit international et par les droits économiques et sociaux concernant la précarité.

6 - Au printemps 2020, outre l'Île-de-France, et particulièrement la Seine-Saint-Denis, la région Grand-Est, et particulièrement le Haut-Rhin, a connu le taux de surmortalité le plus élevé. Cela vaut surtout pour les communes les plus denses et les établissements pour personnes âgées. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4634439>

**Mais avant même la pandémie la région Grand-Est était la région de France métropolitaine où l'espérance de vie était la plus faible,** pour les hommes comme pour les femmes. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3561601>

En 2018, il était constaté que : « La mortalité dans la Grand-Est apparaît significativement supérieure à ce que l'on observe à l'échelle de la France métropolitaine (+ 7,8 %). Cette situation régionale s'inscrit dans un contexte national marqué par une plus forte mortalité dans les espaces du Nord et du Nord-Est ». « État de santé de la population et état de l'offre de la région Grand-Est » (PRS) Projet Régional de Santé 2018-2027. [https://www.grand-est.ars.sante.fr/system/files/2017-05/PRS2\\_Etat\\_des\\_lieux\\_02\\_ETAT\\_DE\\_SANTE\\_20170519.pdf](https://www.grand-est.ars.sante.fr/system/files/2017-05/PRS2_Etat_des_lieux_02_ETAT_DE_SANTE_20170519.pdf)

Contrairement à la Seine-Saint-Denis, les départements du Grand-Est, à taux de létalité élevé, ne comptent pas parmi les plus pauvres de France métropolitaine.

Le Bas Rhin et le Haut Rhin, faisant même partie des départements les plus riches.

<https://statistiques-locales.insee.fr/#c=indicator&i=filosofi.tp60&s=2017&view=map2>

Cependant, l'Insee indique que les ouvriers ou anciens ouvriers, qui vivent en moyenne plusieurs années de moins que les cadres, sont fortement représentés dans le Grand-Est et enclins à y rester. Ce qui expliquerait peut-être l'espérance de vie plus courte dans cette région. « *Néanmoins, les personnes ayant migré [du GE] n'atteignent pas systématiquement l'espérance de vie de la population native des régions qui les accueillent. Ceci suggère l'existence de facteurs comportementaux ou des expositions à des facteurs de risque propres à la région d'origine.* » Faute d'explications plus précises, force est de constater que, dans la région Grand-Est, l'offre de soins ne permet pas d'empêcher que dès 30 ans, la mortalité soit plus élevée d'un an que dans les autres régions. « *Les natis du Grand-Est vivant dans une autre région ont une meilleure espérance de vie* » - <https://insee.fr/fr/statistiques/2513991> - Insee Analyses Grand-Est n° 29 - Paru le : **06/12/2016**.

Les effets délétères de la misère sur la santé se transmettent-ils d'une génération à l'autre ? « *Peut-on souffrir des tragédies vécues par nos ancêtres ?* » Traumatismes en héritage : quels sont les effets de l'environnement et de la culture sur les mécanismes biologiques ? 12/07/2017 – Conférence – France culture Palais de la découverte et Cité des sciences et de l'industrie. <https://www.franceculture.fr/conferences/palais-de-la-decouverte-et-cite-des-sciences-et-de-lindustrie/peut-souffrir-des>

7 - « *L'accès limité des vieux à la réa était "recommandé"* » - Le Canard Enchaîné du 29 avril 2020 « *Un tableau de bord de l'Assistance Publique [Hôpitaux] de Paris [APHP], nourrit les soupçons. Le 21 mars juste après la sortie de la circulaire 19 % des patients placés en réanimation étaient âgés de plus de 75 ans Le 5 avril, au plus fort de l'épidémie, ils n'étaient plus que 7 %* ». (...) Même constat dans le Grand-Est, la population de personnes âgées mises en réa est restée bien plus faible dans le Haut-Rhin, l'un des départements les plus touchés où les places en hôpital étaient rares que dans les Ardennes [département le moins riche de la région Grand-est, mais à la densité de population la plus basse] où les services d'urgence n'ont jamais été débordés ».

Voir aussi sur le même sujet : Tribune « *Covid-19: l'occasion de reconsidérer les choix de fin de vie ?* » par Martin Winkler, Denis Labayle, médecins écrivains et Bernard Senet Médecin, Libération du 08/06/2020.

[https://www.liberation.fr/debats/2020/04/08/covid-19-l-occasion-de-reconsiderer-la-fin-de-vie-dans-la-dignite\\_1784617](https://www.liberation.fr/debats/2020/04/08/covid-19-l-occasion-de-reconsiderer-la-fin-de-vie-dans-la-dignite_1784617)

8 - <https://sfar.org/download/decision-dadmission-des-patients-en-unites-de-reanimation-et-unites-de-soins-critiques-dans-un-contexte-depidemie-a-covid-19/?wpdm=25432&refresh=5f6931c5e5ade1600729541>

9 - À la date de la *Recommandation d'admission sur l'admission d'un patient en réanimation*, de l'ARS IDF, en cause, le 19 mars 2020, un praticien hospitalier apportait un témoignage plus nuancé sur les critères de choix adopté individuellement par chaque médecin, expliquant « *La réanimation, c'est très lourd, cela peut être douloureux, avec un tube dans la trachée, des cathéters dans les vaisseaux, le bruit, la lumière... Il est donc raisonnable de n'y transférer des malades que si le bénéfice attendu est supérieur au risque de souffrance liée à une prolongation artificielle de la vie (...)* Ce n'est pas une question d'âge physique mais d'âge physiologique on peut admettre en « réa » un septuagénaire sportif et en bon état général et préférer les soins palliatifs pour un sexagénaire avec des pathologies multiples et une espérance de vie attendue faible. » Il précisait cependant : « *S'il s'agissait de choisir entre deux personnes que la « réa » pourrait sauver et aider à repartir dans la vie, ce serait terrible. Cela arrivera peut-être mais on n'en est pas encore là en Île-de-France.* » - « *Coronavirus : La réanimation, c'est très lourd* » Par Elsa Freyssenet – Les Échos, Publié le 19 mars 2020.

10 - Avis du conseil scientifique du 2 juin 2020 (*4 scénarios pour la période post-confinement - Anticiper pour mieux protéger*), p. 7.

11 - <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1906664?sommaire=1906743>

**Enfin la naissance à l'étranger<sup>12</sup> et la pauvreté,<sup>13</sup> qui induisent des conditions d'existence difficiles en tous domaines (logement, nourriture, accès aux soins...) viennent aggraver fortement ces facteurs.**

À cet égard le fait que la Seine-Saint-Denis, département le plus pauvre<sup>14</sup> de la France métropolitaine<sup>15</sup> ait connu le taux de surmortalité le plus élevé, dû à la pandémie en France ainsi que les contributions au présent rapport de Croix-Rouge française et d'ATD Quart Monde (dont la présidente Claire Hédon a succédé à Jacques Toubon, le 22 juillet 2020, à la fonction Défenseuse des droits), le démontre.

**Pour rétablir une égalité effective des citoyen(ne)s, il faut revenir à plus de solidarité envers les personnes vulnérables, particulièrement les plus démunies. Ce qui passe par un retour à une exigence de qualité de tous les services publics, y compris celui de la santé, sur tout le territoire, en commençant par les quartiers les plus pauvres et les déserts ruraux.**

En effet, il apparaît désormais que s'il est possible d'imputer le caractère disproportionné et inadapté de la réponse faite à la pandémie, en France, en grande partie à une crise de la démocratie, ayant engendré un non-respect des droits civils et politiques, la surmortalité due à la pandémie, elle, a principalement pour cause immédiate le non-respect des droits économiques et sociaux.

Ainsi, ce n'est pas seulement les conventions internationales de protection des droits fondamentaux qui ont été oubliées, mais aussi le **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946<sup>16</sup>...**

#### **b) La situation des personnes les plus vulnérables après le déconfinement.**

##### **■ Description.**

Une partie des salarié(e)s vulnérables, sachant que leur état de santé leur faisait courir un risque léthal, en cas d'infection Covid-19, se sont auto-isolées, avec certificat médical, avant même le CFG.

Les autres personnes ont subi avec le reste de la population, le confinement à la hussarde, décrété à partir du 16 mars 2020. Puis, au moment du déconfinement le 11 mai 2020, la pandémie n'ayant pas disparu, les plus vulnérables d'entre les vulnérables ont dû continuer à s'isoler, sans qu'un ensemble de mesures adaptées n'aient été prévues pour compenser cette situation.

12 - « Toutes causes confondues, les décès en mars et avril 2020 de personnes nées à l'étranger ont augmenté de 48 % par rapport à la même période en 2019, contre + 22 % pour les décès de personnes nées en France. La hausse a été la plus forte pour les personnes nées en Afrique (+ 54 % pour les décès de personnes nées au Maghreb, + 114 % pour celles nées dans un autre pays d'Afrique) ou en Asie (+ 91 %). (...) L'environnement des personnes (conditions de logement, utilisation des transports en commun, profession exercée, etc.) a sans doute joué un rôle dans l'ampleur de la hausse des décès pendant la pandémie et sur les possibilités de distanciation physique (...) Les personnes nées en Afrique sont parmi les plus exposées au risque de contamination en raison de leur métier. (...) parmi les personnes nées à l'étranger hors Europe, le nombre de décès de personnes de moins de 65 ans a fortement augmenté (+ 30 % entre mars-avril 2019 et mars-avril 2020 pour les personnes nées dans un pays du Maghreb, + 96 % pour celles nées dans un autre pays d'Afrique), alors qu'il est quasiment stable pour les personnes nées en Europe (+ 3 % pour les personnes nées en France). » « Une hausse des décès deux fois plus forte pour les personnes nées à l'étranger que pour celles nées en France en mars-avril 2020 » Insee Focus - N° 198 Paru le : 07/07/2020 - <https://insee.fr/fr/statistiques/4627049>

13 - En France l'écart d'espérance de vie entre les 5 % les plus riches et les 5 % les plus pauvres est de 13 ans - l'un des plus élevés d'Europe – « Le Covid-19, une maladie de pauvres » L'Obs. 16 avril 2020 - <https://www.nouvelobs.com/coronavirus-de-wuhan/20200416.OBS27586/le-covid-19-une-maladie-de-pauvres.html> - En 2017, en France métropolitaine, 8,9 millions de personnes vivent en dessous du seuil de pauvreté monétaire, fixé à 60 % du niveau de vie médian (Insee). « En France, le Covid-19 a beaucoup tué dans les villes pauvres » - Le Monde 20 juillet 2020. [https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/07/20/le-covid-19-frappe-plus-durement-les-pauvres\\_6046774\\_3244.html](https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/07/20/le-covid-19-frappe-plus-durement-les-pauvres_6046774_3244.html)

14 - En Seine-Saint-Denis, près de trois habitants sur dix sont pauvres. Ce département est celui où le taux de pauvreté est le plus élevé de la région et de France métropolitaine. La population est fortement touchée par le chômage et les actifs sont majoritairement ouvriers ou employés, catégories les plus vulnérables face à la pauvreté - <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3291402>.

15 - Pour les départements et régions d'outre-mer (DROM), selon l'Insee, en 2016, respectivement 29,8 % des Martiniquais et 39 % des Réunionnais se trouvent sous le seuil de pauvreté. En comparaison, la Seine-Saint-Denis, affichait « seulement » la même année un taux de pauvreté de 28,6 % « Statistiques de la pauvreté et pauvreté des statistiques en outre-mer » - L'âge de fer - 8 février 2020. <https://lagedefaire-lejournal.fr/statistiques-de-la-pauvrete-et-pauvrete-des-statistiques-en-outre-mer/>

En 2017, la situation en France d'outre-mer ne s'était pas améliorée, la Guyane, et surtout Mayotte, étant les départements d'outre-mer les plus pauvres. <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/le-niveau-de-vie-dans-les-dom-globalement-inferieur-selon-linsee-1220769>  
Concernant la surmortalité due à la pandémie, les DOM ayant la densité de population la plus faible ont mieux été protégés de la contamination. Mais Mayotte, dont la densité de population et le degré de pauvreté sont cumulativement les plus forts a connu le taux de mortalité due au virus le plus élevé. <https://insee.fr/fr/statistiques/4487854>

DOM	Population	Superficie (m <sup>2</sup> )
Guadeloupe	376 879	1 629
Guyane	290 691	83 856
Martinique	358 749	1 128
La Réunion	859 959	2 512
Mayotte	279 471	376
<b>Total</b>	<b>2 165 749</b>	<b>89 501</b>

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/1893198>

16 - (cf. Rapport Part. I, T I, Ch. III).

Certes, des dispositions ont été prises pour les salarié(e)s en situation de vulnérabilité, du secteur privé comme du secteur public, bénéficiant d'un contrat stable, afin de garantir, dans la mesure du possible, leur emploi et à défaut leur niveau de vie (cf. infra: mesures gouvernementales de protection des personnes vulnérables).

Mais pour l'ensemble des personnes les plus vulnérables et davantage encore celles n'ayant pas d'activité professionnelle régulière (personnes âgées, sans emploi stable, en situation de handicap, de grande précarité...), le lien avec le monde extérieur reste particulièrement altéré (même si les résident(e)s des EPHAD, ont enfin pu revoir leurs proches).

En milieu urbain, leurs sorties doivent être limitées à l'approvisionnement (en l'absence de livraison ou d'aides) et l'accès aux parcs et jardins est dangereux. Partout les personnes vulnérables ne peuvent librement profiter des transports en commun, des équipements sportifs, culturels, de loisirs, de restauration, de vacances et les visites de leurs proches sont limitées voire, pour certaines d'entre elles, inexistantes (notamment pour celles dont la pathologie ne leur permet pas d'envisager un passage en réanimation).

À cela s'ajoutent des difficultés supplémentaires pour les personnes dont les conditions de logement sont inhospitalières, insalubres ou inadaptées en raison de la promiscuité et qui ne peuvent pas sortir de chez elles, sans mettre leur vie en danger et celles qui sont dépourvues de logement.

#### ■ Préconisations du Conseil scientifique.

Il est rappelé que, dans ses avis des 12 et 14 mars 2020, le Conseil scientifique avait proposé d'appliquer le confinement forcé exclusivement aux « *personnes à risque* », en particulier les « *plus de 70 ans, et des personnes médicalement fragiles* », sans écarter pour autant la possibilité d'un CFG.

Puis, à la fin de la période de CFG, pour lequel il a été finalement opté, le Président de la République, le 13 avril 2020, puis le président du Conseil scientifique, le 15 avril, ont annoncé que le confinement allait être levé pour toute la population, sauf les personnes âgées, sans précision de durée ni de contrainte. Perspective abandonnée devant la colère et la peur manifestée par les principaux intéressés.

Sur ce, dans leur pré-Rapport publié le 3 mai, l'IDHBP et l'IDHAE ont souligné qu'un confinement forcé devait purement et simplement être abandonné, partout et pour tous. Y compris pour les personnes pour lesquelles le risque létal est certain. Un isolement ne pouvant intervenir que dans le respect de la dignité des personnes concernées (priorité au consentement, risque certifié médicalement sans critère d'âge, contacts sécurisés maintenus avec quelques proches, accès prioritaire aux soins, déplacements libres hors regroupement, lieux dédiés et agréables pour les personnes qui ne peuvent rester chez elle, garantie d'emploi, aides matérielles si nécessaire).

Il semble que cette prise de position (sans exclure celles d'autres intervenant(e)s de la société civile) ait contribué à ce que le Conseil scientifique appréhende la protection des personnes vulnérables de manière plus nuancée.

Ainsi dans son avis du 2 juin 2020 (*4 scénarios pour la période post-confinement - Anticiper pour mieux protéger*), le Conseil scientifique, dans le cadre d'un « *plan de prévention et de protection renforcées* », restant à élaborer, préconise, parmi d'autres mesures (p. 21 et 22) ;

« – *Un protocole de confinement-protection renforcé des personnes à risque de formes graves visant à protéger les personnes les plus à risque, notamment en incitant un confinement volontaire et des mesures d'aménagement de vie quotidienne l'accompagnant.*

– *Un protocole de protection des EHPAD: (...) basée sur le triptyque "Dépistage - Visite des familles - Prise en charge précoce et adaptée".*

– *Un protocole à destination des populations en situation de grande précarité : ce protocole est nécessaire afin de permettre aux populations les plus précaires d’avoir sereinement recours au dépistage. Une assistance particulière leur est proposée afin qu’ils puissent adhérer à la politique généralisée de tests.* ». Le Conseil scientifique considère encore, à propos des personnes qualifiées de « à risque » (p. 32) ; « *dans l’état actuel des connaissances, le télétravail doit être favorisé pour cette catégorie de personnes mais qu’il est possible en fonction de l’évaluation individuelle du risque d’envisager soit un arrêt de travail soit un travail en présentiel, le médecin du travail devant alors s’assurer que le port du masque chirurgical et les mesures barrières seront strictement respectées sur le lieu de travail. L’employeur devant s’assurer qu’un masque chirurgical est fourni pour chaque période de travail de 4 heures (durée de vie d’un masque).*

*Pour les personnes de plus de 65 ans ou présentant des facteurs de risque mais n’ayant pas d’activité professionnelle, le Conseil scientifique recommande que dans l’état actuel des connaissances ces personnes évitent au maximum le risque de contamination notamment par des porteurs asymptomatiques en adoptant un “confinement” volontaire. Ce confinement volontaire consiste donc à limiter au maximum le risque de contagion dans des lieux confinés ou à forte fréquentation. Le port du masque en dehors du domicile est indispensable pour cette catégorie de la population. L’État devra s’assurer que ces personnes pourront bénéficier d’au moins un masque chirurgical par jour afin qu’elles puissent sortir notamment pour faire leurs courses.*

*Cette protection renforcée doit être accompagnée de mesures spécifiques permettant à ces personnes de respecter volontairement ces consignes de confinement en en limitant les désagréments. Il peut s’agir de portage de repas, d’aides ménagères à domicile (avec le respect strict des gestes de barrière), de mesures de lutte contre l’isolement etc.* »

Toutefois, ces orientations restent partielles et insuffisantes, ayant toujours pour but premier de limiter la contamination, non de rétablir une égalité de droits et de libertés des personnes vulnérables, avec le reste de la population. Donc d’atténuer vraiment les effets de leur vulnérabilité, cause du risque légal. Ce qui se conçoit, le Conseil scientifique n’ayant pas la compétence d’évaluer les risques des mesures sanitaires sur les droits fondamentaux et d’y pallier. Pour cela le gouvernement **aurait dû et doit toujours recourir à une expertise juridique distincte<sup>17</sup>** qui l’éclaire, au nom du principe de proportionnalité (cf. Rapport Part. I, T I, Ch. II, C).

---

17 - Étant rappelé que c’est la fonction du gouvernement, en définitive, d’arbitrer entre les différents avis, pour décider des mesures les plus opportunes, un collège d’experts, n’a pas ce pouvoir.

### ■ Les mesures gouvernementales ayant pour conséquence une protection relative des personnes vulnérables.

Outre la possibilité de recours au télétravail, lorsque leur emploi le permet, l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020<sup>18</sup> permet aux salarié(e)s vulnérables d'être placés en activité partielle<sup>19</sup> sur prescription médicale.<sup>20</sup>

Néanmoins, depuis le 31 août, une série de critères de vulnérabilité ont été exclus du bénéfice de ces mesures, les critères d'application maintenus, étant limitativement définis.<sup>21</sup> De plus, le dispositif de chômage partiel a pris fin, pour les salariés partageant le domicile d'une personne vulnérable (mais le télétravail doit rester favorisé pour ces travailleurs, et, s'il ne peut pas être accordé, l'employeur doit assurer une protection complémentaire).<sup>22</sup>

Des dispositions similaires ont été prises pour les agents publics.<sup>23</sup>

Enfin, les personnes vulnérables peuvent bénéficier de 10 masques par semaine en pharmacie, à la condition qu'ils soient prescrits par un médecin.<sup>24</sup>

Il reste que ces mesures, déjà **insuffisantes<sup>25</sup>** et dont la portée vient d'être réduite<sup>26</sup> ne peuvent compenser la vulnérabilité de toutes les personnes concernées, **ce qui dans un contexte de nouvelle augmentation des décès, dus au virus, interroge.**

18 - <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F35217>

19 - Article 201. *Sont placés en position d'activité partielle les salariés de droit privé se trouvant dans l'impossibilité de continuer à travailler pour l'un des motifs suivants : – le salarié est une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2, selon des critères définis par voie réglementaire ; – le salarié partage le même domicile qu'une personne vulnérable au sens du deuxième alinéa du présent I ; – le salarié est parent d'un enfant de moins de seize ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile. II ; – les salariés mentionnés au I du présent article perçoivent à ce titre l'indemnité d'activité partielle mentionnée au II de l'article L. 5122-1 du Code du travail, sans que les conditions prévues au I du même article L. 5122-1 soient requises. Cette indemnité d'activité partielle n'est pas cumulable avec l'indemnité journalière prévue aux articles L. 321-1 et L. 622-1 du Code de la sécurité sociale ainsi qu'aux articles L. 732-4 et L. 742-3 du code rural et de la pêche maritime ou avec l'indemnité complémentaire prévue à l'article L. 1226-1 du Code du travail. L'employeur des salariés mentionnés au I du présent article bénéficie de l'allocation d'activité partielle prévue au II de l'article L. 5122-1 du Code du travail. III ; –Le présent article s'applique à compter du 1<sup>er</sup> mai 2020, quelle que soit la date du début de l'arrêt de travail mentionné au premier alinéa du I du présent article. Pour les salariés mentionnés aux deuxième et troisième alinéas du même I, celui-ci s'applique jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 décembre 2020.*

*Pour les salariés mentionnés au dernier alinéa dudit I, celui-ci s'applique pour toute la durée de la mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile concernant leur enfant. Les modalités d'application du présent article sont définies par voie réglementaire. Concernant ces dispositions, il est rappelé qu'une activité même partielle, si elle se déroule sur site, n'exclut pas un risque de contamination. Aussi si le ou la salarié(e) vulnérable doit revenir en entreprise, il convient, pour l'employeur, de prendre les précautions nécessaires pour assurer son isolement (ex : bureau dédié et/ou une stricte observance des mesures barrières, étant précisé que le masque de base ne protège pas la personne qui le porte).*

20 - <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042284852?r=OGSgPmJf1>

21 - Décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020.

22 - Notamment : mise à disposition d'un masque chirurgical à porter sur les lieux de travail et dans les transports en commun, lors des trajets domicile-travail et en déplacements professionnels et aménagement du poste de travail : bureau dédié ou limitation du risque (exemple : écran de protection de façon complémentaire au port du masque).

23 - Circulaire relative à la prise en compte dans la fonction publique de l'État de l'évolution de l'épidémie de Covid-19. <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45044>

24 - Les masques devraient être gratuits pour toute personne vulnérable, sans limitation de nombre, y compris si elles n'ont pas eu droit à l'ALD. En outre, la distribution directement en pharmacie doit être privilégiée de façon à éviter l'attente chez le médecin au milieu de personnes qui peuvent être contaminées,

25 - Sur le site <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/publics-vulnerables>, un numéro vert est communiqué pour apporter des réponses aux questions sur divers soutiens et aides (livraison de repas, courses, soutien psychologique, soutien pour la rentrée, hébergement d'urgence, aide alimentaire...). Cela permet sans doute de centraliser l'information sur les dispositifs d'aide sociale, préexistants (voire renforcés en raison de la crise sanitaire). Sans pallier cependant, aux effets de la vulnérabilité par un droit à compensation globale, en cas de crise sanitaire, tant en termes de protection de la santé, que d'exercice des libertés.

Sur le site du gouvernement, il existe aussi une rubrique à l'intention des personnes handicapées. <https://handicap.gouv.fr/grands-dossiers/coronavirus/article/coronavirus-covid-19-mesures-pour-les-personnes-en-situation-de-handicap>

Mais les informations délivrées mentionnent surtout des mesures de réorganisation des institutions liées au handicap face aux impératifs sanitaires afin de leur permettre un fonctionnement résiduel (au lieu d'optimal). Même constat pour la rubrique concernant les Maisons départementales des personnes handicapées : <https://handicap.gouv.fr/grands-dossiers/coronavirus/article/mesures-pour-les-mdph>

26 - « Personnes vulnérables au Covid-19 : un décret aux conséquences sanitaires dangereuses » par Florence Jusot, professeure d'économie à l'Université Paris-Dauphine et Jérôme Wittwer, professeur d'économie à l'Université de Bordeaux - Libération, 14 septembre 2020. [https://www.liberation.fr/debats/2020/09/14/personnes-vulnerables-au-covid-19-un-decret-aux-consequences-sanitaires-dangereuses\\_1798557](https://www.liberation.fr/debats/2020/09/14/personnes-vulnerables-au-covid-19-un-decret-aux-consequences-sanitaires-dangereuses_1798557)

Même le président du Conseil scientifique a estimé que ce décret tombait très mal... Site de Public Sénat 15.09.2020. <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/populations-vulnerables-pour-le-professeur-delfraissy-le-decret-du-29-aout>

**c) La nécessité de concentrer les moyens humains et matériels au profit des personnes les plus vulnérables.**

Les mesures prises pour lutter contre la contamination de l'entière population ont montré que le gouvernement pouvait « *quoiqu'il en coûte* » à la France (et par ricochet à l'Union européenne...), dégager des moyens assez considérables.

La question qui demeure, à présent que la pandémie sans vaccins ni médicaments est toujours d'actualité, est celle de la mise en place de politiques efficaces et respectueuses des droits fondamentaux sur le long terme.

Si l'on considère que le but à atteindre est d'assurer une protection maximale aux personnes qui courent un risque légal, en cas de crise sanitaire, tout en leur garantissant, autant que faire se peut, l'exercice de leurs droits et libertés, il convient de concentrer les moyens humains et matériels sur les personnes les plus vulnérables, plutôt que sur l'ensemble de la population.

Certes le port du masque dans les lieux de concentration humaine, notamment couverts, et surtout les mesures de distanciation et le lavage des mains fréquent, réduisent le risque de contamination en général. Néanmoins c'est le risque légal, toujours présent, des personnes, dans une situation de vulnérabilité, antérieure à la pandémie, qui doit être combattu, en tout premier lieu. Ceci en réduisant leur situation de vulnérabilité, y compris matérielle. C'est ce qui n'est toujours pas fait aujourd'hui.

**d) La création d'un « statut provisoire de vulnérabilité ».<sup>27</sup>**

Outre le retour à des services publics de qualité partout et pour tous, **la création d'un « statut de provisoire de vulnérabilité »**, protecteur, sans critère d'âge, facultatif, respectueux du consentement et compensatoire de la situation d'isolement due à une crise sanitaire doit être rapidement examinée.

En effet, un tel statut peut constituer pleinement une réponse proportionnée et efficace aux risques létaux de la pandémie, sans même qu'il soit besoin pour l'État français de déroger aux droits fondamentaux, au titre des articles 15 CESDHLF, et 4 PIDCP, puisque la protection qu'il met en place consiste précisément à renforcer ces droits. À condition, évidemment, que l'État écarte complètement toute perspective de confinement forcé local, *a fortiori*, général...

**■ Un statut sans critère d'âge, facultatif et respectueux du consentement.**

En amont de la création d'un tel statut provisoire de vulnérabilité, il est nécessaire de consulter un ensemble suffisamment représentatif des personnes qu'il concerne, en tenant compte de la circonstance fortement aggravante de la précarité. Elles doivent, pouvoir donner leur avis sur le principe et les modalités de ce statut et participer, à sa définition.<sup>28</sup>

En effet, non seulement, c'est aux personnes concernées d'exprimer leurs besoins, mais encore leur vulnérabilité entraînant souvent déjà, dans les faits, une dépossession relative de l'exercice effectif de leurs droits, il est particulièrement important d'associer celles et ceux qui la vivent, à toutes mesures destinées à les protéger. Pour remédier à l'exclusion, il convient d'abord de ne pas exclure davantage.<sup>29</sup>

27 - Dénomination également provisoire.

28 - <https://actu.orange.fr/france/covid-19-les-personnes-agees-ne-veulent-pas-etre-infantilisees-CNT000001tnrQs/photos/des-residentes-d-un-ehpad-a-saint-maur-des-fosses-en-juin-2020-a8883dd9e49905bdf818c024333ea619.html>

29 - Sur cet aspect, il est rappelé qu'ATD Quart Monde, contributrice au présent Rapport, a comme principe fondateur que ceux qui subissent les situations d'extrême pauvreté doivent être les premiers acteurs de leur propre promotion. Cette association a été une des initiatrices principales de l'ajout dans d'un 21<sup>e</sup> critère de discrimination dans le Code pénal, le 14 juin 2016, reconnaissant les discriminations pour cause de précarité sociale. La formulation retenue pour ce critère est celle de « *particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur* ». Plus spécifiquement, sur la proposition d'un statut provisoire de vulnérabilité. L'un des membres d'ATD, la trouve opportune tout en expliquant que la peur principale des plus exclus est la stigmatisation. Il précise que le fait qu'un statut compensatoire soit « sur la base du volontariat », d'une part, et d'autre part, proposé à des gens de toutes situations sociales, milite pour qu'il soit effectivement

Ensuite, chacun(e) doit rester libre de recourir ou pas à ce statut.<sup>30</sup> Aussi doit-il rester facultatif et déclaratif et sa création s'accompagner d'une information accessible et complète.

Enfin, le consentement ne doit pas être empêché ou limité par la définition *a priori* de critères limitatifs, exclusifs, ou au contraire, susceptibles de valoir présomption de vulnérabilité (dont l'âge). C'est au seul médecin d'apprécier le degré de vulnérabilité, qui rendra opportun la mise en œuvre, sur simple présentation du certificat médical, d'un statut provisoire de vulnérabilité, en cas de crise sanitaire, pour son patient.<sup>31</sup>

#### ■ Un statut protecteur de la santé des personnes concernées.

Sa mise en œuvre doit aboutir à la possibilité de bénéficier d'une série de mesures s'appliquant de manière cumulative ou alternative, au choix de la personne, conseillée par son médecin ou ses médecins, et, le cas échéant, des intervenant(e)s sociaux, afin d'assurer au mieux sa protection.

La première d'entre de ces mesures étant un accès prioritaire gratuit (ou pris en charge par la sécurité sociale) et constant, pendant la durée d'application du statut, aux masques (y compris FFP), et surtout aux tests, les plus simples et rapides d'usage et de résultats et plus généralement aux soins, y compris à un soutien psychologique, lorsqu'il est nécessaire.

En effet un accès privilégié et préventif à une protection contre la contamination pour les personnes vulnérables est susceptible (en l'absence de médicament et de vaccins) d'empêcher que ces personnes soient malheureusement prioritaires malgré elles, dans les hôpitaux et leurs services de réanimation (ou pires privées d'y accéder pour raison de saturation).

Cette protection privilégiée doit être étendue à toutes les personnes côtoyant régulièrement les personnes vulnérables (proches soignant(e)s, aidant(e)s). La protection des données doit être assurée de manière efficace, pour une durée qui soit effectivement limitée, et là encore respectueuse du consentement.

Enfin, le bénéfice d'un statut protecteur ne doit pas être stigmatisant. Ce pourquoi, d'une part, le certificat médical permettant son application ne devra pas mentionner les éléments de vulnérabilité justifiant de la nécessité d'une protection spéciale. Ces éléments, ne devant, en cas de nécessité, n'être communiqués qu'à des tiers, tenu au respect du secret médical, dans les conditions prévues par les réglementations, respectueuse des droits fondamentaux, en vigueur.

#### ■ Un statut compensatoire et incitatif.

Un statut provisoire de vulnérabilité doit être synonyme de privilèges plutôt que de stigmatisations et permettre aux personnes vulnérables concernées d'être protégé(e)s au mieux, tout en conservant le plus possible leurs autres droits, en dépit de l'isolement où la nécessité les pousse (qui doit toujours rester relatif et ne jamais altérer leur liberté effective de circulation).

En ce sens, toutes les pistes doivent être explorées. Qu'il s'agisse :

– de mise à disposition de moyens de transports dédiés, individuels (avec prise en charge des frais de transport, en cas d'absence de moyens ne permettant pas de recourir à un véhicule) ou collectif (un wagon

-----  
acceptable par tou(te)s et donc « intelligent ». Il souligne encore qu'un débat préalable avec les premiers concerné(e)s pour savoir ce qu'elles et ils souhaitent est, en effet indispensable.

30 - La déclaration volontaire de vulnérabilité doit toutefois être facilitée pour les personnes qui ne pourraient y procéder facilement ou sans aide. En raison de leur état de santé, et/ou de l'ignorance de ce statut (personnes précaires, sans abris, migrants etc.).

31 - L'avis du 2 juin n° 7 du Conseil scientifique « préconise qu'une évaluation individuelle du risque soit réalisée par le médecin traitant pour les personnes en ALD, recevant un traitement au long cours, âgée de plus de 65 ans ou qui sont estimées à risque. Cette évaluation devra tenir compte de la pathologie et des traitements reçus, de la situation professionnelle et de la situation géographique (circulation active ou non du virus). » Préconisation intéressante, à condition que l'évaluation intervienne en accord étroit avec le patient qui doit pouvoir la refuser (dans l'idéal ce serait mieux qu'il ou elle en ait l'initiative, sauf le rôle du médecin d'informer et de conseiller) et lorsqu'elle est acceptée et positive, elle n'entraîne pas automatiquement l'application de mesures liées à ce risque. À tous les stades, la liberté de consentement de la personne vulnérable doit être respectée.

par train ou métro), avec mesures d'hygiène et de distanciation renforcées peut leur être réservé, ou avec les mêmes mesures, une navette dont l'itinéraire s'adapte aux utilisateurs/trices ;

– d'accès à des lieux de vie agréables et sécurisés ;

– d'usage réservé et sécurisé, dans le temps et/ou l'espace de certains jardins, magasins, équipements sportifs, de loisir, de vacances et culturel etc. ;

– ou de portage de repas, d'aide-ménagère, à domicile, comme le préconise le Conseil scientifique, voire d'accompagnement d'enfants, à l'école ou autres activités.

■ **Un statut à temporalité adaptée qui continue de s'appliquer dans toutes ses composantes, pendant la durée de la pandémie.**

Une fois le bénéfice du statut accordé, il doit être maintenu, sauf si la personne concernée demande expressément à ne plus en bénéficier (sans avoir à en justifier). Ceci tant que la pandémie, faute de médicaments ou vaccins efficaces continue de constituer une menace quelqu'en soit le degré, pour les personnes vulnérables. Étant observé que les critères de vulnérabilité ne doivent être ni limitativement définis ni réduits en fonction de la fluctuation des risques de contamination (ce que prévoit, pour le moment, le décret du 29 août 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020).

Au-delà, de la période de pandémie, il peut être bon d'examiner si un statut provisoire de vulnérabilité peut venir enrichir, par son contenu, les dispositifs déjà existants pour les personnes vulnérables (ALD, APA,<sup>32</sup> RSA<sup>33</sup> statuts liés au handicap...) et/ou s'articuler avec ces dispositifs, lorsque ces personnes, une fois la pandémie passée, continuent à avoir besoin de mesures d'accompagnement protectrices et compensatoires, qu'elles risquent, sinon, de perdre.

Enfin, un statut provisoire de vulnérabilité doit pouvoir être réactivé, en cas de nouvelles pandémie.

■ **Un statut garantissant l'emploi, les revenus, le logement et les liens familiaux.**

**Concernant l'emploi et les revenus.**

Les mesures existantes doivent être maintenues et renforcées, notamment, sur la garantie des revenus, par la mise en œuvre des préconisations du Conseil scientifique, en cas d'isolement pour contamination, à savoir : « *Pour répondre au souci de perte de revenus pour les populations en situation de grande précarité ne pouvant prouver de revenus réguliers permettant d'accéder à d'autres formes de compensation, il est proposé d'instaurer une prime de compensation en cas de quatorzaine en résidence Covid-19+ dédiée.* » (avis du 2 juin 2020).

**Concernant le logement et les liens familiaux.**

Dans son avis du 2 juin 2020, le Conseil scientifique, à propos de l'isolement des personnes contaminées préconise ;

« *Pour répondre au risque de perte de place en foyer ou logement collectif: assurer que la place soit conservée pendant toute la période en résidence dédiée.*

*Pour répondre aux inquiétudes concernant les questions liées à la garde d'enfant dans des familles monoparentales en cas de quatorzaine, le confinement de l'ensemble des membres du foyer au domicile est suggéré, avec un service de prise en charge à domicile des besoins par les services spécialisés.*

*Pour répondre au souci de prise en charge des animaux en cas de quatorzaine en résidence dédiée: accord avec les services dédiés (type SPA) pour accueil des animaux le temps du confinement et assurance de rendu au propriétaire. »*

32 - Allocation personnalisée d'autonomie - <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10009>

33 - Revenu de solidarité active - <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N19775>

Il peut être tenu compte de ces préconisations pour l'isolement des personnes vulnérables. À cette nuance près qu'il convient de tout faire pour éviter, les concernant, que les personnes vivant ordinairement dans le même domicile soient contraintes de s'isoler également, pendant toute la durée où la pandémie est active. Ceci vaut particulièrement pour les enfants qui ne devraient jamais être déscolarisés, sauf motif tenant à leur état de santé, surtout pour les familles en situation de précarité.

Pour ce faire, si le logement n'est pas adapté (ou en cas d'absence totale de logement), il convient, au moins pendant la durée d'application du statut provisoire de vulnérabilité, de mettre à disposition de la personne concernée, comme de ses proches, un hébergement, où elle puisse séjourner avec ou sans eux, dans des conditions où sa sécurité est assurée le mieux possible.

D'où l'importance que les proches, appelés à visiter une personne vulnérable, ou à cohabiter avec elle, aient le même accès prioritaire et sans réserve que celle-ci, à tous les moyens de prévention de la contamination et à des espaces de vie suffisamment larges, pour observer les mesures de distanciation.

### CHAP III. LES MOYENS MÉDICAUX MIS EN ŒUVRE (À JOUR AU 20/07/2020).

#### A. MÉDICAMENTS CHIMIQUES ET AUTRES.<sup>34</sup>

Les médicaments actuels ou en cours de validation visent soit le virus lui-même, soit les interactions entre le virus et la cellule hôte soit l'orage cytokinique qui apparaît en période plus tardive de la maladie. Il est vraisemblable que comme pour le HIV par exemple ou l'hépatite C une association de trois médicaments soit indispensable. Ces médicaments doivent être donnés à la bonne dose et au bon moment.

Rappelons qu'en début de maladie, on s'adresse à des patients qui ont une symptomatologie réduite et une chance de guérison spontanée élevée (85 %); il n'est donc pas souhaitable de leur administrer des médicaments à activité antivirale présentant de possibles effets secondaires importants ou des risques d'interactions médicamenteuses. En effet, beaucoup de patients âgés avec des comorbidités sont souvent polys médicalisés. À l'inverse, pour les patients ayant évolué défavorablement et nécessitant une hospitalisation d'urgence, le traitement par antiviraux peut être trop tardif, d'autant plus que la charge virale est fortement réduite à ce moment de la maladie et que c'est la réaction inflammatoire secondaire qui doit être maîtrisée. **Deux grands essais cliniques** sont en cours en Europe : WHO Solidarity et Inserm Discovery.

Sont actuellement évalués :

- Le Remdesivir (Gilead) : c'est un analogue nucléosidique qui inhibe la RNA polymérase et perturbe la production d'ARN viral. Ce médicament fait partie de l'essai Discovery de l'Inserm.
- L'association Lopinavir/ritonavir : ce sont deux inhibiteurs de protéases qui pourraient empêcher la multiplication du virus. Ces deux médicaments font aussi partie de l'essai Discovery.

#### B. LES RECHERCHES SUR DE NOUVEAUX MÉDICAMENTS.

– La chloroquine et l'hydroxy chloroquine : ceux sont des composés qui agissent au moment de l'entrée des virus en augmentant le pH de l'endosome (vacuole) qui se forme après interaction de la protéine de surface du virus (S pour le SARS-CoV2) avec son récepteur. Ces composés sont actifs in vitro et de façon non spécifique, comme cela a été montré dans le cas de plusieurs virus. Ils ont aussi une activité

---

34 - Cette fiche a été conçue et rédigée par la cellule de crise Coronavirus de l'Académie des sciences. Créée à l'initiative de Pascale Cossart, Secrétaire perpétuel de l'Académie, celle-ci réunit des académiciens experts du domaine : Jean-François Bach, Pierre Corvol, Dominique Costagliola, Pascale Cossart (coordinatrice), Patrick Couvreur, Olivier Faugeras, Daniel Louvard, Felix Rey, Philippe Sansonetti, Alain- Jacques Valleron. Les informations qui figurent sur cette fiche ont été produites collectivement et sont susceptibles d'évoluer. Elles seront éventuellement réactualisées en fonction des avancées des connaissances scientifiques.

anti-inflammatoire qui pourrait avoir un rôle lors de l'orage cytokinique. Ces médicaments font partie de l'essai Discovery de l'Inserm.

- L'interferon-beta est une molécule qui a des activités antivirales et immuno-régulatrices.
  - Des anticorps anti-IL-6 récepteur : ceux-ci pourraient contrecarrer l'orage cytokinique. Ils sont aussi en cours de validation.
  - L'hémoglobine du ver marin, l'arénicole : cette hémoglobine est extracellulaire – elle n'est pas dans des globule rouges- et capte 40 fois plus d'oxygène que l'hémoglobine humaine.
- Des anticorps de patients guéris : des essais a grande échelle sont en cours aux USA. En France, est en cours une étude clinique appelée Coviplasm (AP-HP, Établissement français du sang et l'Inserm). Le sang de 200 patients convalescents a été prélevé pour isoler les anticorps et traiter 60 patients. Les résultats devraient être obtenus d'ici trois semaines.
- Des anticorps neutralisants dirigés contre la protéine S pourraient être produits in vitro et être utilisés chez les patients.

### C. TESTS DE DÉTECTION DU VIRUS LUI-MÊME.

Les tests de détection détectent la présence du virus en identifiant l'ARN ou les protéines du virus a partir de prélèvements nasopharyngés.

#### § 1 - Détection de l'ARN génomique viral par RT-PCR.

La technique de PCR classique identifie un ADN présent dans un échantillon en l'amplifiant. Dans le cas de prélèvements nasaux de patients Covid-19, il est nécessaire de procéder a une série de traitements de l'échantillon pour extraire l'ARN du virus, le traiter par une transcriptase reverse pour le transformer en ADN et amplifier - grâce à des variations alternées de baisse et hausse de température -, la quantité d'ADN a l'aide d'oligonucléotides amorces et de la Taq polymérase, tout ceci dans un appareil qui peut faire varier la température pendant l'amplification et évaluer cette amplification. Il s'agit d'une technique maintenant classique, sensible et reproductible qui nécessite des réactifs de qualité. Elle n'est cependant pas rapide.

#### § 2 - Détection par LAMP (*loop-mediated isothermal amplification*).

Cette technique est une technique qui permet d'amplifier de l'ADN sans avoir recours a des variations de température grâce à un choix astucieux d'amorces. On utilise pour l'amplification une ADN polymérase classique, et non pas une Taq polymérase. Cette technique est en train d'être mise au point pour le coronavirus car elle nécessite l'étape préparatoire de transformation de l'ARN en ADN par la transcriptase inverse. Cette méthodologie pourrait être très utile, rapide et facile d'utilisation.

#### § 3 - Tests sérologiques c'est-à-dire la détection d'anticorps produits par le patient contre le virus : le sérodiagnostic.

Ces tests sont réalisés sur une goutte de sang. Ils détectent la présence d'anticorps fabriqués par le patient contre les protéines virales S et N. À l'aide de protéines S et N du virus préparées en laboratoire, on détecte, par des techniques basées sur l'affinité pour ces protéines, les immunoglobulines G, témoins d'une infection passée. Les problèmes posés par ce type de tests sont les éventuelles erreurs dues au fait que les anticorps pourraient avoir été produits précédemment contre d'autres corona virus (réaction croisée donnant un résultat faussement positif). De plus, certains patients guéris pourraient avoir produit des anticorps contre la protéine N mais pas contre la protéine S. Or seuls les anticorps contre S semblent neutralisants. Ces patients guéris ne sont donc peut-être pas immunisés contre une deuxième infection.

La généralisation des tests commerciaux est un point clé dans la surveillance épidémiologique de la pandémie et la détection des sujets contaminés asymptomatiques.

#### **D. LE DÉLAI DE DÉCOUVERTE ET DE VALIDATION D'UN VACCIN.**

Plusieurs essais de mise au point de vaccins sont en cours, en utilisant différents antigènes viraux, y compris l'ARN du virus lui-même.

La course au vaccin contre le Covid-19 avance, avec les résultats d'essais cliniques encore préliminaires mais encourageants sur deux projets – l'un britannique, l'autre chinois. Publiés lundi 20 juillet dans la revue médicale britannique *The Lancet*, ces projets de vaccin génèrent « *une forte réponse immunitaire* » et sont bien tolérés par les patients.

##### **§ 1 - Le projet britannique.**

Il est développé par l'université d'Oxford en partenariat avec le groupe pharmaceutique AstraZeneca, a généré la production d'anticorps et de lymphocytes T, deux types de réponses immunitaires, dans un essai clinique sur plus de 1 000 patients.

##### **§ 2 - Le projet chinois.**

Il est mené à Wuhan (Chine) par des chercheurs de plusieurs organismes, dont l'Ecole militaire des sciences médicales, et financé par le groupe de biotechnologie coté à Hongkong CanSino Biologics, a également entraîné cette double réponse immunitaire contre le coronavirus chez la plupart des participants, selon un essai distinct portant sur environ 500 personnes.

Le vaccin d'Oxford comme celui de CanSino sont basés sur un adénovirus (du chimpanzé pour le premier, humain pour le second), une famille de virus très courants qui provoque notamment les rhumes. Ils ont été génétiquement modifiés pour produire la protéine de pointe (dite « spike ») du SARS-CoV-2, l'idée étant que le système immunitaire du patient puisse par la suite le « reconnaître » s'il est réellement infecté. Le virus ainsi modifié ne se réplique pas dans l'organisme, ce qui le rend plus sûr, notamment pour les patients fragiles.

#### **E. LES ASPECTS PLURIDISCIPLINAIRES ET CRITIQUES.**

Manipulations, détournements possibles à des fins d'intérêt politiques ou économique, Conflit d'intérêts entre laboratoires pharmaceutiques, exerçant des pressions ? Quelle indépendance accorder au nouveau monde de la recherche scientifique après le covid, avec ou sans respect de la méthode scientifique ?

##### **§ 1 - Les conflits d'intérêts entre associations médicales et industrie se renforcent.**

Selon une étude publiée le 27 mai par le British Medical Journal<sup>35</sup>, les relations financières entre les dirigeants d'associations médicales professionnelles américaines influentes et l'industrie se sont renforcées. Une équipe de chercheurs a entrepris d'étudier les relations financières entre les fabricants de produits pharmaceutiques et de dispositifs médicaux et les dirigeants des associations médicales professionnelles américaines influentes qui représentent et forment les médecins travaillant dans les domaines des maladies les plus courantes et les plus coûteuses : les maladies cardiaques, les troubles mentaux, le diabète, l'arthrose, le cancer, les maladies pulmonaires chroniques et l'asthme, les problèmes de dos et les maladies infectieuses.

**Ils ont découvert que 235 des 328 dirigeants (62 %) avaient des liens financiers avec l'industrie et pour ceux d'entre eux qui étaient médecins ou ostéopathes, soit 293, 235 (80 %) avaient de tels liens.**

---

35 - Synthèse de presse bioéthique 29 mai 2020.

Entre 2017-2019 près de 130 millions de dollars (119 millions d'euros), avec un revenu médian par dirigeant de 31 805 dollars, leur ont été versés. Les variations entre les associations sont importantes : de 212 dollars pour les dirigeants de l'American Psychiatric Association à 518 000 dollars pour l'American Society of Clinical Oncology. Ces derniers ont bénéficié des versements les plus importants : 54 millions de dollars alloués pour la recherche et versés aux dirigeants de l'American Society of Clinical Oncology et 21 millions de dollars pour ceux de l'American Collège of Cardiology. Ces revenus peuvent prendre en compte les honoraires de consultants, de conférenciers, des redevances et des frais d'hébergement, et ils pourraient être sous-estimés, un ensemble d'informations étant encore indisponible concernant les années 2018 et 2019.

« Ces groupes de médecins sont puissants et ils ont une influence énorme aux États-Unis et dans le monde entier, y compris sur les définitions des maladies qui déterminent qui est en bonne santé et qui est malade », explique l'auteur principal de l'étude, le Dr Ray Moynihan, professeur assistant à l'université Bond en Australie, qui étudie le problème du surdiagnostic. Il ajoute : « Le bon sens voudrait que ces dirigeants soient libres de tout lien financier avec des entreprises qui ont tout à gagner de leur travail ». Lutter contre ces conflits d'intérêts suppose de mener un certain nombre d'actions, comme par exemple, l'audit des conflits actuels, la modification des processus de recrutement, ou encore le recours à d'autres sources de financement. Des mesures qui « pourraient atténuer, voire éliminer la présence écrasante de conflits d'intérêts financiers parmi les sociétés et associations médicales », écrivent les auteurs. Il s'agit d'éviter à ces groupes « la production de documents ou de politiques biaisés », pour *in fine* protéger « tous les médecins et les patients qu'ils traitent ».<sup>36</sup>

## § 2 - Quel crédit accorder aux plus grandes revues médicales mondiales alors que deux études sur le Covid-19 ont été rétractées ?

- Deux études étaient fondées sur des données fournies par une société américaine, Surgisphere. The Lancet a annoncé le 4 juin le retrait de l'étude publiée le 22 mai dans ses colonnes, qui suggérait que l'hydroxy chloroquine, associée ou non à un antibiotique comme l'azithromycine, augmentait la mortalité et les arythmies cardiaques chez les patients hospitalisés pour Covid-19.
- Cette étude avait été suivie en France d'une abrogation de la dérogation qui permettait l'utilisation de cette molécule contre le nouveau coronavirus SARS-CoV-2 et de la suspension d'essais cliniques destinés à tester son efficacité.
- Le New England Journal of Medicine (NEJM) a fait de même pour un article publié le 1<sup>er</sup> mai, qui déclarait que la prise de traitements antihypertenseurs n'avait pas d'influence sur la gravité du Covid-19. Dans les deux cas, l'auteur principal de l'étude était Mandeep Mehra (Harvard Medical School) et les données provenaient de Surgisphere.

## § 3 - Des avis divergents.

Une étude de la Société française de pédiatrie affirme que **les moins de 15 ans sont bien moins contagieux que les adultes**, battant en brèche le discours qui a dominé aux premiers temps de l'épidémie

---

36 - Sources : Medical Press (27/05/2020) © Copyright Génétique – Chaque article présenté dans Génétique est une synthèse d'articles parus dans la presse et dont les sources sont indiquées dans l'encadré. Les opinions exprimées ne sont pas toujours cautionnées par la rédaction.

de Covid-19. De quoi justifier, pour certains, un retour en classe plus massif, alors que la majorité des enfants continue d'étudier à la maison.

## CHAP IV. CRISE DU CORONAVIRUS ET ASPECT JURIDIQUE DE LA PERTE DE CHANCE.

La crise du coronavirus relance l'actualité de la notion de perte de chance portant sur son indemnisation. Face à la crise sanitaire qui touche actuellement le pays, la notion de perte de chance nous interpelle. La pandémie du Covid-19 met en pleine actualité cette notion jurisprudentielle de perte de chance de survie et de guérison tant dans le domaine de la responsabilité médicale et des soins que dans le domaine de la perte de chance de survie et de guérison dans la recherche.

### § 1 - Définition.

En droit civil la perte de chance est la disparition par le fait du défendeur d'une éventualité favorable qui devait se produire dans un avenir proche et qui n'a pas pu être tentée (c'est l'exemple d'une maladie découverte tardivement par les médecins, et qui a fait perdre à un patient la chance de survivre).<sup>37</sup>

La perte de chance est aussi un dommage réparable. Cependant, comme il demeure une incertitude dans la perte de chance qui est difficile à évaluer, les juges du fond n'accordent pas la totalité du gain espéré mais une fraction, qu'il évalue par rapport aux chances perdues. La perte de chance est un dommage particulier, intermédiaire entre le dommage éventuel non réparé et le dommage certain qui lui est entièrement réparé. Le lien de causalité reste à démontrer.

### § 2 - À titre d'exemple.

La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Elle correspond à l'absence de certitude que le dommage ne serait pas survenu si aucune faute n'avait été commise

### § 3 - La perte de chance et la responsabilité médicale dans le cadre des soins.<sup>38</sup>

#### a) L'arrêt du 18 mars 1975 de la Cour de cassation.

Il consacre la notion de perte de chance<sup>39</sup>, qui se caractérise comme étant la privation d'une probabilité raisonnable de la survenance d'un événement. Quel est le raisonnement tenu par la Cour de cassation pour définir la perte de chance ?

La perte de chance doit présenter **un caractère certain et direct** chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable. Un événement positif ou de la non-survenance d'un événement négatif.

#### b) L'Arrêt du 14 novembre 2019 de la Cour de cassation.<sup>40</sup>

La première chambre civile, stipule que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ».

La perte de chance représente donc une situation à mi-chemin entre le dommage indemnisable et le dommage incertain non indemnisable. Cette preuve s'avère difficile à apporter Cass civ 22 juin 2017.

Il existe un préjudice moral particulier ou un droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès en raison d'une perte de chance de survie.

37 - Wikipédia.

38 - Laurence Azoux Bacrie perte de chance de survie et de guérison dans les essais thérapeutiques thèse doctorat 1998 Hôpital Necker.

39 - Patrick Lingibe Avocat village de la justice novembre 2018.

40 - Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du jeudi 14 novembre 2019, n° de pourvoi: 18-23915 Non publié au bulletin Cassation partielle.

Qui bénéficie de dommage et intérêt pour préjudice moral ou préjudice d'affection ?

Le conjoint, les enfants, les parents, les frères et sœurs ou toute personne qui partage un lien affectif direct avec une victime d'un dommage corporel peut dans le principe, obtenir l'indemnisation de son préjudice moral ou préjudice d'affection.

#### **§ 4 - Perte de chance de survie et de guérison dans la recherche biomédicale en temps de pandémie.**

##### **a) En temps de pandémie, l'éthique de la recherche est sous pression.<sup>41</sup>**

– Faut-il accélérer le processus d'évaluation des recherches cliniques pour aboutir rapidement à un traitement contre le Covid-19, éventuellement, au mépris des règles encadrant la recherche biomédicale ?

Ces demandes viennent bousculer des principes éthiques fondamentaux pour faire prévaloir le principe de bienfaisance et de compassion.

– Faut-il avoir une éthique de la recherche adaptée à un temps de pandémie ?

Alors que plusieurs milliers de chercheurs sont mobilisés dans le monde entier pour trouver un traitement ou un vaccin au Covid-19, et devant l'urgence d'une situation mondiale inédite, certains réclament aujourd'hui une accélération de la cadence.

– Pourquoi s'astreindre à respecter des procédures complexes et longues, alors que des milliers de vies sont en jeu ?

##### **b) La question de la perte de chance est au centre du conflit d'intérêt entre éthique de la recherche et démarche scientifique.**

Parmi les questions discutées en éthique de la recherche, il en est une qui resurgit de façon récurrente, c'est celle de l'usage du placebo. Cette question était au cœur des discussions précédant l'adoption de la dernière révision de la Déclaration d'Helsinki, en octobre 2000 à Édimbourg. Élaborée par l'Association médicale mondiale, la Déclaration d'Helsinki a pour objectif de fournir des recommandations destinées à guider les médecins et autres participants dans leurs recherches sur l'être humain.

##### **c) Il faut distinguer la question éthique de la question technique et scientifique.**

La question éthique se démarque des questions techniques : elle n'a pas trait à l'efficacité de la recherche, mais au **respect des personnes et aux exigences qui découlent de la dignité** qu'on leur reconnaît. Elle implique qu'on rende compte de façon argumentée de la légitimité des règles en vigueur et des propositions d'amendement à ces règles. Il s'agit de vérifier ou d'établir le bien-fondé des points de vue avancés.

## **TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D'UNE PROPORTIONNALITÉ.**

### **CHAP I. LA RECHERCHE D'UNE RÉPONSE PROPORTIONNÉE.**

La relation entre l'individu et la société ou l'État n'est-elle pas celle d'un équilibre à atteindre entre les droits du premier et le service de l'intérêt général ? La proportionnalité est ainsi un « *mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais anti-nomiques* », <sup>42</sup> qui s'affirme naturellement à la fois comme le garant des libertés individuelles et celui d'autres buts légitimes, comme la sauvegarde de l'intérêt général et, notamment, la protection de l'ordre public ou l'efficacité de l'action publique. <sup>43</sup>

41 - En temps de pandémie, l'éthique de la recherche est sous pression.

42 - G. Xynopoulos, « *Proportionnalité* », in D. Alland et S. Rials (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1 251.

43 - Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, « *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés* », discours du 17 mars 2017.

### A. LES DÉROGATIONS PRÉVUES PAR LES ARTICLES 4 PIDCP, 15 CEDH ET 52 CDFUE.

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, les États peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues (article 4 PIDCP, 15 CEDH et 52 CDFUE).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre ouvertement le principe de proportionnalité :

Article 52 CDFUE : « *Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.* »

Le principe de proportionnalité s'impose tant aux institutions de l'Union,<sup>44</sup> qu'aux États membres,<sup>45</sup> lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union.

Le principe de proportionnalité est aussi un principe général du droit de l'Union. La jurisprudence constante de la CJUE, « *limite les autorités dans l'exercice de leurs pouvoirs en exigeant d'elles qu'elles parviennent à un équilibre entre les moyens utilisés et l'objectif visé (ou le résultat atteint)* ». <sup>46</sup>

Le principe de proportionnalité a partout le même objet : modérer le pouvoir des autorités publiques aux fins de garantir les droits et l'autonomie des personnes et éviter les atteintes qui, par leur caractère excessif ou trop radical, seraient de nature à porter atteinte à la substance même des droits et des libertés.<sup>47</sup>

#### § 1 - L'urgence sanitaire ne constitue pas un danger menaçant la nation : aucune dérogation n'est admise.

Par un avis du 28 avril 2020, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCNDH) rappelle que la limitation des libertés doit respecter « *les principes de stricte nécessité, d'adaptation et de proportionnalité* » et de non-discrimination et que la défense de l'ordre public sanitaire ne doit pas primer sur la protection des droits.<sup>48</sup>

Si l'urgence sanitaire ne constitue pas un danger exceptionnel menaçant la vie de la nation – il est rappelé que l'État français n'a pas activé l'article 15 CEDH - **aucune dérogation aux droits et libertés ne saurait être admise.**

#### § 2 - L'urgence sanitaire constitue un danger menaçant la nation et elle a été notifiée.

La Cour européenne des droits de l'homme, dès l'arrêt *Lawless c. Irlande*, a jugé que les termes de l'article 15 désignent « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* ». <sup>49</sup>

Si la Covid-19, avec ses effets catastrophiques sur la santé, mais aussi sur la société, sur l'économie ou le fonctionnement de l'État justifie, *par excellence*, le recours à l'article 15, la demande de dérogation aurait dû être notifiée au secrétaire général du Conseil de l'Europe.

44 - CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland BV c. Hoofdproductieschap voor Akkerbouwprodukten*, aff. 15/83, pt. 25.

45 - CJCE, 27 octobre 1993, *Dr Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, aff. C-127/92. CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG* [Cassis de Dijon], aff. 120-78.

46 - K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, 3<sup>e</sup> édition, Londres, 2011, p. 141. (Affaire C-343/09 *Afton Chemical*, point 45 ; affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, point 74 ; affaires C-581/10 et C-629/10, *Nelson e.a.*, point 71 ; affaire C-283/11, *Sky Österreich*, point 50 ; et affaire C-101/12, *Schaible*, point 29).

47 - E. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare et Martin, 2014, p. 376.

48 - CNCNDH, *État d'urgence sanitaire et État de droit*, Avis du 28 avril 2020 (NOR : CDHX2011093V), publié au Journal officiel n° 0108 du 3 mai 2020.

49 - CEDH *Lawless c. Irlande*, 1<sup>er</sup> juillet 1961, § 28.

En effet, si « *l'urgence sanitaire constitue une menace pour l'ordre public, alors elle devrait être notifiée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe dans un souci de transparence et de cohérence, afin que l'État français reconnaisse qu'il déroge aux droits fondamentaux.* ».<sup>50</sup>

Cependant cette notification ne constituant pas pour l'État une obligation, mais un droit. Un État peut être tenté de s'abstenir de l'exercer, ainsi il se place hors du champ de contrôle de la Cour et évite provisoirement une condamnation pour violation grave des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses Protocoles.

Ce pourquoi, la CNCDH, dans son avis du 28 avril 2020 a bien précisé: « *il semble indispensable que la France clarifie sa position à l'égard de la nature des dérogations prises au nom de l'état d'urgence sanitaire en faisant les notifications prévues par l'article 15 de la CEDH et l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.* »

Mais la France n'a toujours pas notifié sa loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020, au Secrétaire du conseil de l'Europe et à celui de l'ONU, et les mesures qu'elle continue à prendre témoignent qu'elle **continue d'ignorer les exigences du principe de proportionnalité.**

Ainsi les arrêtés pris en application des décrets des 10 et 17 juillet 2020<sup>51</sup> par les préfetures courant août afin d'appliquer les mesures imposées par l'État, ont brillé par leur multiplicité au détriment de leur clarté, notamment géographique, dans les grandes villes. À titre d'exemple, cinq préfets de la région Île-de-France (préfet de Police pour Paris, de la Seine-Saint-Denis, des Hauts-de-Seine, du Val-de-Marne et du Val-d'Oise) décidaient de rendre obligatoire le port du masque dans certaines zones à forte affluence de population à compter du lundi 10 août 2020 8h00 pour les personnes de 11 ans et plus.

Puis elles généralisaient cette mesure le 27 août à tou(te)s, pour une application au lendemain, vendredi 28 août à 8h00, pour ensuite, le matin même du 28 août, préciser que cette mesure n'était toutefois pas applicable aux cyclistes, scooters et joggeurs. Ces allers-retours permanents donnent une illustration de la persistance de l'impréparation de l'État dans la gestion de la crise.

Ajoutons qu'à l'appui de cette obligation de port du masque, dans tous les espaces publics d'Île-de-France le gouvernement ;

– D'une part ; a étendu **les sanctions prévues pour le « délit de non-confinement » prévues au quatrième alinéa de l'article L. 3136-1 CSP au non-port du masque.** Or ces sanctions, rappelons-le prévoient (alinéa 3) **la possibilité d'un emprisonnement de six mois**<sup>52</sup> (cf. infra Ch. I, d), pour plus de détail.

– D'autre part, continue à agiter la menace illégitime d'un confinement forcé (comme le conseil scientifique d'ailleurs), si le retour de la pandémie se poursuit, sans évoquer les interdictions de regroupement et les fermetures d'établissement qui en sont l'alternative, ce qui, bien sûr, a un effet direct d'intimidation de la population...

#### **a) La légitimité de l'objectif.**

##### **■ L'objectif posé par le Conseil scientifique Covid-19.**

À propos du CFG, afin de limiter la contamination jusqu'à ce que le pic soit atteint, le Conseil scientifique rappelle que « *cette intervention vise en premier lieu à soulager les services de réanimation français, en réduisant le nombre de formes graves nécessitant un séjour en service de réanimation.* » et ne retient

50 - Voir la contribution de M. J.-P. Costa, annexée au présent rapport.

51 - Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 (NOR : SSAZ2018127D) et Décret n° 2020-884 du 17 juillet 2020 (NOR : SSAZ2018225D).

52 - Ces dispositions peuvent être jugées contraires aux articles 4 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) et 6 (présomption d'innocence) de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (CESLF) et à son Protocole n° 7.

le confinement que pour les personnes à risque. Il propose, aussi l'application de mesures barrières, la limitation à certains seuils des regroupements, la fermeture des lieux ouverts au public.

■ **La nécessité de définir un objectif conforme au principe de proportionnalité.**

Les mesures prises par l'État doivent être nécessaires, mais aussi strictement proportionnées, c'est-à-dire que l'intensité de l'atteinte aux libertés est fonction de la gravité de la menace.

Pour être conforme aux exigences internationales en la matière, « *chaque mesure doit être dirigée contre un danger réel, manifeste, présent ou imminent et ne peut être imposée par simple crainte d'un danger potentiel* » (Principes de Syracuse). De plus et surtout, avant d'adopter toute mesure, **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 éventuellement susceptibles de prévenir la contagion, **les autres mesures telles que les interdictions de sortie ne sont, en soi, pas fondées**. La situation est donc problématique lorsque les moyens nécessaires ne sont pas mis à disposition.

En effet, l'État a l'obligation internationale **de prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour sauvegarder les droits fondamentaux**. Cela signifie que sa responsabilité internationale peut être engagée (devant la Cour européenne notamment) non seulement s'il a, par son comportement, porté atteinte, de manière active, à un droit fondamental, mais aussi, si, par sa passivité, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient. Sur les autorités nationales pèse ce qu'on appelle des « obligations positives » de telle sorte que celles-ci peuvent être sanctionnées pour leur inertie ou leurs insuffisances.

Enfin, par une délibération du 25 mai 2020, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a rappelé que « *le principe de proportionnalité implique également de ne porter atteinte aux droits à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel que pendant la durée strictement nécessaire à l'atteinte de l'objectif poursuivi.* ».<sup>53</sup>

**b) La légitimité des mesures dérogatoires.**

■ **Le CFG n'entre pas dans les critères autorisant une dérogation.**

Le CFG ne peut être considéré comme une mesure proportionnée alors qu'il existait des mesures alternatives moins attentatoires aux libertés et par conséquent au caractère démocratique de notre État. Il a été démontré que cette mesure est incompatible avec les règles de droit international (En application des principes de Syracuse, les mesures dérogatoires doivent être provisoires, sujettes à un examen, et l'option la moins restrictive doit être retenue lorsque plusieurs types de limitations peuvent être imposés) et les risques de discriminations et d'atteintes à un droit intangible ont été rappelées.

**B. LES RESTRICTIONS PRÉVUES AUX ARTICLES 6, 7, 8, 9, 10 CEDH.**

Les droits et libertés ci-dessus énoncés ne peuvent faire l'objet de restrictions que si des mesures sont nécessaires, dans une société démocratique, pour sauvegarder des objectifs légitimes tels que la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui.

**§ 1 - Critères d'applications.**

**a) Des mesures nécessaires.**

Il convient en premier lieu de déterminer si une limitation d'un droit fondamental est nécessaire avant de procéder à un examen de la proportionnalité. La Convention européenne des droits de l'homme consacre expressément cette possibilité, dans les paragraphes 2 de ses articles 8 à 11, la possibilité de limiter l'exercice des droits qu'ils protègent lorsque cette restriction « *constitue une mesure qui, dans*

<sup>53</sup> - CNIL, délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid ».

*une société démocratique, est nécessaire* » à la sauvegarde de certains objectifs. En dehors de ces cas, la Cour européenne fait un usage quasi-systématique du contrôle de proportionnalité.

**b) Dans une société démocratique.**

Le principe de proportionnalité est indispensable à la garantie de l'État de droit, mais il ne saurait conduire à méconnaître les intérêts généraux dont l'État et les collectivités publiques ont la charge et qui sont, avec les libertés et les droits fondamentaux, les piliers de notre démocratie.

**c) La sauvegarde d'objectifs légitimes dont la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui.**

Toute restriction doit être nécessaire à la sauvegarde de certains objectifs dont la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui. Ces stipulations expriment un principe de conciliation permettant d'équilibrer les rapports entre les droits fondamentaux et les objectifs d'intérêt général poursuivis par les autorités étatiques.

**d) Les articles 14 et 18 de la CEDH.**

Ces deux dispositions ne peuvent être invoquée que combinées avec une autre disposition de la Convention. L'article 14 CEDH interdit les discriminations :

*« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »*

Dans son application de l'article 14 CEDH, la Cour procède au « test de proportionnalité ». Elle examine ainsi dans un premier temps l'existence d'un but légitime et dans un second temps, la proportionnalité stricto sensu de la différence de traitement. Son contrôle a été élargi aux discriminations notamment fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, le genre ou le handicap. La Cour établit une balance entre la protection des intérêts de la communauté et les droits et libertés des individus.<sup>54</sup> Elle a aussi fait émerger, sur le fondement de l'article 14 qui prohibe toute discrimination, la notion de « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé* ». <sup>55</sup> Elle fait un usage quasi-systématique du contrôle de proportionnalité.

L'article 18 CEDH stipule : « *Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.* »

Comme pour l'article 14, il peut y avoir violation de l'article 18 conjointement à un autre article sans pour autant qu'il y ait violation de cet article en lui-même.<sup>56</sup> L'objet et le but de l'article 18 sont d'**interdire le détournement de pouvoir**.<sup>57</sup> Pour que l'article 18 puisse être appliqué conjointement avec un autre article de la Convention ou des Protocoles à la Convention, il faut que le droit dont il s'agit soit soumis à une restriction.<sup>58</sup>

**L'article 18 CEDH trouverait pleinement son application puisqu'il n'existait pas directement de danger menaçant la nation au sens de l'article 4 PIDCP** mais un risque de saturation des services de réanimation. Ce risque de saturation n'est pas dû exclusivement à la pandémie, mais à l'absence d'an-

54 - The Belgian linguistic case, 1968, § 10.

55 - CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, aff. n° 1474/62, pts. 5 et 10.

56 - Merabishvili c. Géorgie [GC], § 288; voir aussi Kamma c. Pays-Bas, rapport de la Commission, p. 9; Goussinski c. Russie, § 73; Cebotari c. Moldova, § 49.

57 - Merabishvili c. Géorgie [GC], § 303 et 306.

58 - Josephides c. Turquie (déc.), § 4.

ticipation d'un État qui a ignoré le risque de pandémie et auparavant, depuis plusieurs années, n'a pas investi les moyens nécessaires au bon fonctionnement du service public hospitalier.

Dans ce contexte, le recours à l'état d'urgence sanitaire était déjà constitutif d'un détournement de procédure. Au surplus, même en tenant compte de l'état d'impréparation de l'État des mesures propres à endiguer la saturation des services de réanimations pouvaient être prises, au titre des restrictions que prévoit la CEDH.

## § 2 - Mesures incompatibles avec ces critères : le CFG.

Il n'a pas été démontré que la mesure de confinement forcé généralisé (CFG) décidée par l'État français était proportionnée aux buts poursuivis et que les restrictions aux droits et libertés ont été appliqués dans le but pour lequel elles étaient prévues. **Il est rappelé que la grosse majorité des pays européens n'ont pas fait application d'un confinement forcé** (cf. Part. I, T I, Ch. II, B, § 3, e).

### a) Maintien impossible dans un État démocratique.

Les citoyens français et toutes les personnes résidant en France ont été brutalement privées de leurs droits et libertés. « *Au nom du droit à la vie, les Français auront été soumis à une assignation à domicile aveugle pendant 55 jours. "Le « made in China » s'est exporté, en même temps que le Covid-19.* » écrit le Professeur Cassia. « *Pendant près de deux mois donc, les quelque 70 millions de personnes se trouvant sur l'ensemble du territoire français auront été soumises à une assignation à domicile aveugle, non-accompagnée par d'autres mesures préventives tels que les masques sanitaires et les tests, généralisée, indistincte géographiquement y compris dans des zones où aucune affection n'a été signalée, dont la violation réitérée pouvait donner lieu à une peine d'emprisonnement de six mois prononcée en comparution immédiate. Qui aurait imaginé début mars que le pays de la Déclaration des droits de l'homme puisse, avec le consentement au moins implicite des Français, trouver inspiration dans une méthode aussi totalitaire de traitement d'une pandémie ? Notre État de droit est à réinventer dans le « monde d'après ».*<sup>59</sup>

### b) Nécessité non démontrée.

La nécessité de cette privation de liberté pour toute la population n'a pas été démontrée par l'État, au regard du but déclaré, à savoir « sauver des vies ». Au contraire... (cf. Part. I, T I, Ch. II, B, § 3, e).

Elle ne pouvait l'être dans une démocratie, vu l'importance de l'atteinte à tous les droits qu'elle implique. La démonstration des effets délétères du CFG, se fait, elle en revanche, chaque jour davantage.

Ainsi, pendant la période de confinement et dans le cadre du contentieux de l'éloignement des étrangers, la question de la proportionnalité de la mesure pour les étrangers placés en zone d'attente s'est posée. Plus précisément, il s'est agi de savoir si un juge, celui des libertés et de la détention, constatant que les mesures d'éloignement ne pouvaient plus être exécutées en raison de la suspension du trafic aérien pendant une durée indéterminée, pouvait confirmer un maintien en zone d'attente, alors qu'au titre de sa mission de gardien de la liberté individuelle, il devait s'assurer que la mesure était proportionnée au but poursuivi. Dans ce cadre, il a été jugé qu'une privation de liberté dont le but était d'assurer la bonne exécution d'une mesure d'éloignement alors qu'il était établi que celle-ci ne pouvait être exécutée, **ne répondait plus aux conditions posées par la loi, en dépit des apparences formelles.**<sup>60</sup>

59 - Libération, Tribune de M. Paul Cassia, Professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne : « *Le confinement : 67 millions de privations arbitraires de liberté* », 12 mai 2020.

60 - CA Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01206 ; CA Paris, 17 mars 2020, n° 20/01210 ; CA Paris, 19 mars 2020, n° 20/01236.

### § 3 – Autres mesures.

D'autres mesures, alternatives au confinement forcé généralisé n'ont pas été considérées par l'État mais adoptées uniquement en phase de déconfinement par le Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020.<sup>61</sup>

#### a) Mesures barrières et tests.

Dans son plan n° 7 du 2 juin 2020 pour la période post-confinement « anticiper pour mieux protéger », le Conseil scientifique recommandait de préparer un « plan de protection renforcé », afin « d'éviter un nouveau confinement généralisé ». Ce plan « *inclut en particulier : le renforcement des mesures barrière et de distanciation, la mise en œuvre renforcée de la stratégie “tester, tracer, isoler”, un plan de protection des EHPAD, une protection renforcée par confinement volontaire des personnes les plus vulnérables en raison de leur âge ou de leur état de santé, un plan destiné aux personnes les plus précaires ainsi qu'un ensemble de mesures à mettre en œuvre dans les métropoles, qui sont particulièrement exposées, notamment en Île-de-France.* » Le Conseil scientifique soulignait « *la nécessité d'une gouvernance claire, opérationnelle et en partie territorialisée* ».

Le Conseil précisait que la mise en œuvre renforcée de la stratégie « tester, tracer, isoler » est essentielle. Il préconisait notamment de « Renforcer la pratique généralisée du testing. » Or, il restait très compliqué à la fin de l'été 2020 en France d'accéder à un test, notamment en région parisienne, et toutes les plages de rendez-vous étaient saturées. Malgré les recommandations du Conseil scientifique, l'État n'avait toujours pas mis en place l'ensemble des mesures barrières qu'il ne cesse lui-même de préconiser.<sup>62</sup>

Dans son avis n° 8 du 27 juillet 2020, le Conseil scientifique pointait la lenteur du testing du fait de la « *difficulté émergente à l'accès au “testing”, non pas par un défaut de capacité de tests, mais du fait de difficultés d'organisation, d'un manque d'attractivité et d'un nombre de centres de prélèvements insuffisant, entraînant parfois des délais incompatibles avec une prise en charge adaptée et rapide.* » et suggérait plusieurs stratégies de dépistage. Il recommandait d'impliquer davantage les populations et les autorités locales et de mobiliser l'ensemble des structures sanitaires, sociales et économiques à titre préventif.

Le rapporteur de la Commission d'enquête contre le Covid a reconnu que la France n'était pas préparée à cette crise : la pénurie de masques est due à un défaut d'anticipation majeure et « *le déficit de tests au début de la crise a été un facteur majeur de la propagation de l'épidémie* ». Ainsi, « *Sur les deux premières semaines de mars, la France avait testé 12 000 personnes seulement, alors que l'Allemagne en avait testé déjà 500 000.* »<sup>63</sup> Dans le même temps, les personnes âgées semblent avoir été écartées des hôpitaux : « *au pic de l'épidémie de Covid-19, seuls 14 % des patients hospitalisés en réanimation avaient plus de 75 ans* ». <sup>64</sup>

#### b) Regroupements limités à certains seuils.

La limitation des regroupements à des seuils peu élevés, est une mesure efficace, sans qu'il soit utile de lui adjoindre une mesure de confinement forcé, pour restreindre la propagation de l'épidémie.

Le cas de l'Allemagne, et d'autres pays d'Europe en témoigne.<sup>65</sup>

Cette solution a été adoptée en France par le Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 par lequel notamment une liste des activités pouvant être restreinte, en cas de nécessité à un seuil de dix personnes a été établie.

61 - Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 (NOR : SSAZ2011567D).

62 - Libération, « *Les dépistages covid surbookés à Paris* », 10 juillet 2020, [https://www.liberation.fr/france/2020/07/10/les-depistages-covid-surbookes-a-paris\\_1793909](https://www.liberation.fr/france/2020/07/10/les-depistages-covid-surbookes-a-paris_1793909); Le Monde, « *Coronavirus : à Paris, se faire tester, “c'est la croix et la bannière”* », 16 juillet 2020, [https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/07/16/coronavirus-a-paris-se-faire-tester-c-est-la-croix-et-la-banniere\\_6046310\\_3244.html](https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/07/16/coronavirus-a-paris-se-faire-tester-c-est-la-croix-et-la-banniere_6046310_3244.html); 20 minutes, 29 août 2020, <https://www.20minutes.fr/sante/2848879-20200829-coronavirus-paris-patience-inquietude-faire-test-rendez-labo>

63 - Le Monde, « *Notre système de santé a été débordé* », Entretien avec Éric Ciotti, rapporteur de la commission d'enquête sur le Covid, 30 juillet 2020.

64 - Le Monde, « *Des personnes âgées ont été écartées des hôpitaux* », 30 juillet 2020.

65 - Voir la contribution au présent rapport de Marie-Avril Roux Steinkhhler : « *La gestion de la crise sanitaire par l'Allemagne* ».

**c) Fermeture de lieux ouverts au public.**

Par arrêté du 15 mars 2020, le gouvernement établissait la liste des lieux fermés au public, « *Afin de ralentir la propagation du virus Covid-19* », laquelle excluait les commerces de « *première nécessité* » dont la liste était établie, tels que les magasins et marchés alimentaires, pharmacies, banques, bureaux de tabac et de presse, stations essences et certains services publics. Il était précisé que les lieux de culte étaient autorisés à rester ouverts sans toutefois pouvoir accueillir plus de vingt personnes en leurs seins « *à l'exception des cérémonies funéraires* ». Les plages, les espaces verts restaient fermés, et en zones classées rouges, en phase de déconfinement. Dans le même temps, les élections municipales étaient maintenues.<sup>66</sup>

Seules de telles mesures ont été assorties de sanctions, dans une bonne partie des pays européens ayant exclu de recourir au CFG, sans que la surmortalité rapportée à la population y soit plus élevée que dans les pays de CFG, au contraire (cf. Part. I, T I, Ch. II, B, § 3, e). Mais la France, **dès le lendemain de la fermeture des lieux ouverts au public appliquait le CFG.**

**C. CE QUE POURRAIENT ÊTRE DES MESURES PROPORTIONNÉES.****§ 1 - Les prérequis.****a) Le CFG doit être complètement abandonné, dans les délais les plus brefs et banni comme méthode à l'avenir.**

Le CFG est une mesure disproportionnée dans un État démocratique, lequel aurait dû anticiper la crise afin de pourvoir aux besoins sanitaires de ses citoyens. Même faute d'anticipation, la France ne doit plus y recourir alors que des mesures alternatives existent, susceptibles d'endiguer la pandémie et plus protectrices des droits et des libertés de chacun.

**b) Une protection efficace doit être assurée pour les personnes à risque dans le strict respect de leurs droits (priorité au consentement, risque certifié médicalement sans critère d'âge).**

Plus généralement, dans son avis du 28 avril 2020, la CNCH soulignait l'importance d'apporter une attention particulière aux personnes vulnérables (migrants, mineurs non accompagnés, personnes en situation d'extrême pauvreté, chômeurs et travailleurs précaires) et d'arrêter les restrictions de libertés « *sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* ».

Mais un statut provisoire, applicable à la demande des personnes à risque, incitatif et compensatoire des discriminations induites par l'isolement produit (sans contrainte autre), n'a pas encore été créé et mis en œuvre par les pouvoirs publics.

Si bien que les personnes à risque ne bénéficient toujours pas d'une protection optimale, quand la mise en œuvre d'une telle protection devrait être la première des mesures à prendre par l'État face à la pandémie, avec le renforcement du système hospitalier. (cf. Part. I, T I, Ch. II, B, § 3, e).

**c) La loi d'urgence sanitaire doit être abrogée, car inutile (si nécessaire, la CEDH permet des restrictions aux droits fondamentaux, pour atteindre des buts légitimes et proportionnés, sans y recourir).**

Le 10 juillet a marqué la fin de l'état d'urgence sanitaire en France, qui a duré seize semaines, sauf à Mayotte et en Guyane, où il était prolongé jusqu'au 30 octobre 2020. Néanmoins, le gouvernement s'est réservé jusqu'au 30 octobre, le droit de prendre des mesures ciblées et exceptionnelles, **sans contrôle parlementaire.**

<sup>66</sup> - Arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (NOR : SSAS2007753A), publié au JO le 16 mars.

De plus, la CNCDH a précisé que « *Le dispositif établi par la loi du 23 mars 2020 conduit à une concentration entre les mains de l'Exécutif du pouvoir de restreindre les droits et libertés que la République n'a jamais connue en temps de paix. La CNCDH s'en alarme d'autant plus que certaines dispositions demeurent imprécises.* » (point 13). Or, il doit être rappelé que ce dispositif est encore applicable jusqu'au mois d'avril 2021.

**d) Les mesures prises en application de l'état d'urgence doivent être toutes supprimées, au besoin, au profit d'autres mesures, prises par les voies légales ordinaires.**

La CNCDH indique également: « *La loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire autorise le Premier ministre à prendre toute une série de mesures générales restreignant de nombreux droits et libertés, et le ministre de la santé, des mesures individuelles (13) qui s'ajoutent aux mesures réglementaires qu'il peut édicter pour l'organisation et le fonctionnement du dispositif de santé afin de mettre un terme à l'épidémie. Qui plus est, après la fin de l'état d'urgence sanitaire, lui est accordée la faculté d'adopter par arrêté des mesures générales restrictives de droits et libertés "afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire"* » (point 11).

« *La CNCDH s'inquiète de l'étendue de ces pouvoirs et de leur partage entre plusieurs autorités, dont les préfets qui peuvent être habilités à les prendre. Inquiétude d'autant plus justifiée que la loi du 23 mars 2020 habilite de surcroît le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés dans de très vastes domaines.* » (point 12).

Il reste que si le principe de proportionnalité a été renforcé au profit de la garantie des droits, les juges nationaux et européens continuent, dans les domaines économiques et sociaux, de laisser une importante marge d'appréciation aux autorités publiques.

En outre, quand bien même le principe de proportionnalité résulte de la volonté de limiter le pouvoir discrétionnaire desdites autorités afin d'éviter l'arbitraire, il ne permet pas au juge national de substituer sa propre appréciation démocratique, hors visa des dispositions de la CESLF, à celle des représentants du peuple soumis à contrôle parlementaire.

En raison de ces limites, le Conseil constitutionnel ; saisie par trois questions prioritaires de constitutionnalité (QPC)<sup>67</sup>, a jugé que l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, voté le 24 mars 2020, qui crée un délit pour de non-respect du confinement, sanctionnée d'une peine de 6 mois d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende en cas de violation des mesures de confinement à plus de trois reprises en moins de 30 jours, respectait bien les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Sur la question de la proportionnalité, le Conseil a précisé: « *l'incrimination a pour objet d'assurer le respect de mesures prises pour garantir la santé publique durant l'état d'urgence sanitaire qui peut être déclaré en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. Compte tenu des risques induits durant une telle période par le comportement réprimé, les peines instituées ne sont pas manifestement disproportionnées. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines doit être écarté.* »<sup>68</sup>

Le Conseil, qui n'était pas saisi au visa par les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), n'a ainsi pas élargi son examen de constitutionnalité à la CEDH, alors qu'elle se situe au sommet de la pyramide de la hiérarchie des normes et qu'elle a valeur supra constitutionnelle, car le Conseil a considéré dans une décision de principe de 1975 qu'il ne contrôlait pas la conformité d'une loi au regard des conventions internationales (sauf en matière de contentieux électoral).

67 - Procédure qui permet à tout justiciable de contester la constitutionnalité de la loi qu'on veut lui appliquer (pour les détails se reporter au titre III).

68 - Décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020.

Les avocat(e)s et magistrat(e)s vont devoir y remédier rapidement dans l'avenir.

En attendant dans l'intervalle, les personnes résidant sur le territoire français restent sujettes à une peine d'emprisonnement, non seulement en cas de reconfinement, ce que n'exclut pas le gouvernement, mais encore en cas de non-port du masque...

## CHAP II. LA NÉCESSITÉ QU'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ INTERVIENNE A POSTERIORI.

### A. « DÉCONFINEMENT » ET « RECONFINEMENT ».

#### § 1 - Le confinement forcé ne diminue pas le nombre de morts.

##### a) Seul un tiers des États de l'UE a appliqué un confinement forcé général (CFG).

Lors de la première vague de la pandémie, seul un tiers des États de l'Union européenne (Suisse ajoutée) ont pris une mesure d'interdiction de sortie, assortie de sanctions pénales. Ce sont la Belgique, Chypre, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, la Pologne, la Roumanie, la République tchèque.<sup>69</sup> L'Italie et la France ayant imposé une autorisation de sortie. L'Italie, première à importer cette « méthode » de Chine a été désignée par certains observateurs comme « *le nouveau pion européen gagné par la Chine* ». <sup>70</sup> Mais sa population n'accueille pas d'un bon œil les initiatives chinoises.

La présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen a, incité les Européens à faire preuve de vigilance à l'égard des prédateurs venus de loin<sup>71</sup> « *nous devons protéger notre sécurité et notre souveraineté économique* ». <sup>72</sup> Auparavant un rapport de la Commission européenne a qualifié la Chine de « *rival stratégique systémique* ». <sup>73</sup>

Au-delà de la souveraineté économique, qui est certes importante, il est souhaitable que les Européens s'interrogent sur leurs valeurs, en termes de respect des droits fondamentaux et de la démocratie. Observation faite que, lorsque pour résister à une menace extérieure, un pays met, de manière durable, les libertés individuelles entre parenthèses, il aggrave, ce qu'il veut combattre par une forme d'autodestruction, au lieu de renforcer ses défenses.

69 - Les pays ayant écarté le CFG sont, l'Allemagne, l'Autriche, la Bulgarie, la Croatie, le Danemark l'Estonie, la Finlande, la Hongrie, la Lettonie, l'Irlande, la Lituanie, les Pays-Bas, le Portugal, La Slovaquie, la Slovénie la Suisse (non UE), la Suède. (« *Coronavirus : ce que les États membres ont mis en place* » - Touteurope.eu, le site de référence sur les questions européennes 23.06.2020). <https://www.touteurope.eu/actualite/coronavirus-ce-que-les-etats-membres-ont-mis-en-place.html>

<https://www.leparisien.fr/societe/coronavirus-le-confinement-est-il-aussi-strict-chez-nos-voisins-03-04-2020-8293602.php>

70 - « *L'Italie, pays-cible de la propagande chinoise à l'heure du Covid-19* » Note 16/20 - 6 avril 2020, Éd. Fondation pour la recherche stratégique.

Par Philippe Le Corre, Chercheur associé, Fondation pour la recherche stratégique Fellow-in-residence, CY Paris Cergy Université et ESSEC - Iréné - rapport - Annexes de septembre 2020. <https://www.frstrategie.org/publications/notes/italie-pays-cible-propagande-chinoise-heure-covid-19-2020>

<https://www.lci.fr/international/coronavirus-en-italie-un-expert-de-la-croix-rouge-chinoise-appelle-a-un-durcissement-des-mesures-de-confinement-2148650.html>

[https://www.lemonde.fr/international/article/2020/03/25/la-politique-de-generosite-interessee-de-la-chine-et-de-la-russie-en-italie\\_6034433\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/03/25/la-politique-de-generosite-interessee-de-la-chine-et-de-la-russie-en-italie_6034433_3210.html)

71 - « *L'Italie, le nouveau pion européen gagné par la Chine* » France Culture, le 22/03/2019.

<https://www.franceculture.fr/emissions/le-tour-du-monde-des-idees/le-tour-du-monde-des-idees-du-vendredi-22-mars-2019>

72 - Et penser, en amont du RGPD, à créer les moyens d'une souveraineté numérique, pas seulement vis-à-vis de la Chine. Plus généralement la pandémie a montré, les limites, déjà dénoncées par les écologistes de l'externalisation systématique, pour raison d'optimisation des profits, de la production industrielle.

73 - « *La Commission européenne appelle enfin un chat un chat et la Chine un "rival systémique"* » Chronique par Sylvie Kauffmann éditorialiste Le Monde 20 mars 2019. [https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/03/20/la-commission-europeenne-appelle-enfin-un-chat-un-chat-et-la-chine-un-rival-systemique\\_5438531\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/03/20/la-commission-europeenne-appelle-enfin-un-chat-un-chat-et-la-chine-un-rival-systemique_5438531_3232.html)

« *L'UE a pris conscience que la Chine n'est pas un compétiteur comme les autres* » Libération du 13 septembre 2020.

[https://www.liberation.fr/planete/2020/09/13/l-ue-a-pris-conscience-que-la-chine-n-est-pas-un-competeur-comme-les-autres\\_1799391](https://www.liberation.fr/planete/2020/09/13/l-ue-a-pris-conscience-que-la-chine-n-est-pas-un-competeur-comme-les-autres_1799391)

« *L'Europe et son "rival systémique"* » Blog Guetta.eu – eurodéputé, journaliste. 29-05-2020.

<https://www.bernard-guetta.eu/2020/05/29/leurope-et-son-rival-systemique/>

Même si en occident « *On a longtemps cru que l'essor de l'économie chinoise allait mener à sa démocratisation, mais vingt ans plus tard, on se rend compte que le pays a pu tirer profit de cet essor sans changer son système politique.* » déclare Julien Nocetti, chercheur associé à l'Institut français des relations internationales (IFRI) <https://www.franceculture.fr/emissions/le-temps-du-debat/qui-soppose-aux-ambitions-chinoises>

Cela s'est déjà produit en France, après les attentats de 2015. Il importe que cela ne se reproduise pas à l'occasion de la crise sanitaire. Pour une démocratie, comme pour tout organisme, plus la dose de poison absorbée est forte, plus la guérison est difficile...

**b) Les États ayant la surmortalité la plus forte, en Europe, rapportée à leur population sont ceux de CFG.**

■ **Statistiques au 2 juin 2020.**

Selon les statistiques citées par le Conseil scientifique, dans son avis n° 7 du 2 juin 2020 (*4 scénarios pour la période post-confinement - Anticiper pour mieux protéger*), p. 21, les États ayant la surmortalité la plus forte, en Europe, pour 100 000 habitant(e)s, étaient par ordre décroissant, la Belgique, l'Espagne, le Royaume-Uni, l'Italie et la France.

■ **Statistiques au 23 juillet 2020, puis au 9 septembre 2020.**

Selon les données du site Statista,<sup>74</sup> ceux ayant la surmortalité la plus forte, rapportée à leur population, en juillet étaient la Belgique, le Royaume-Uni, l'Italie, l'Espagne, la Suède, la France. En septembre, il s'agissait de la Belgique, l'Espagne, le Royaume-Uni, l'Italie, la Suède, la France<sup>75</sup>.

Ces statistiques, mettent en évidence qu'à l'exception du Royaume-Uni, qui n'a pas sanctionné pénalement l'interdiction de sorties mais se débat avec le Brexit et un système hospitalier déjà saturé avant la crise sanitaire,<sup>76</sup> et de la Suède, les États dont la surmortalité est la plus forte, rapportée à leur population, en Europe, sont ceux ayant pénalisé les sorties de leur domicile par leurs habitant(e)s. À cet égard, en Belgique, systématiquement en tête des pays où la surmortalité est la plus forte, un collectif de scientifiques, médecins, juristes, économiste, historiens..., affirme, qu'il est urgent de revoir totalement la gestion de la crise du Covid-19. Celle-ci ayant causé plus de tort que de bien...<sup>77</sup>

Il ressort aussi de ces statistiques,<sup>78</sup> qu'avec ou sans CFG, le taux de surmortalité par pays d'Europe, rapporté à la population, se situe sous un seuil inférieur à 0,01 %.

En outre, la Suède, qui n'a appliqué aucune mesure, sauf une consigne d'auto-isolation des personnes vulnérables, a un taux de surmortalité inférieur à l'Italie, l'Espagne et la Belgique.

Les projections catastrophistes issues des modélisations ont donc heureusement été démenties par les faits.<sup>79</sup>

**Aussi n'est-il pas permis, d'affirmer que le CFG permet de réduire la surmortalité due à la pandémie.**<sup>80</sup>

74 - Statista est un portail en ligne allemand offrant des statistiques issues de données d'instituts, d'études de marché et d'opinion ainsi que de données provenant du secteur économique. La plateforme comprend plus de 1 000 000 statistiques sur plus de 80 000 sujets de plus de 22 500 sources, en anglais, français, allemand et espagnol, dans 170 secteurs différents (Wikipédia).

75 - « Covid-19 : où le taux de mortalité est le plus élevé » nombre de décès attribués au Covid-19 recensés par million d'habitants (en date du 8 septembre 2020) – Statista : <https://fr.statista.com/infographie/21819/taux-de-mortalite-coronavirus-par-pays-deces-covid-19-par-habitant/>

76 - « Royaume-Uni : le système de santé prend l'eau » Le Point - 06.01.2018. [https://www.lepoint.fr/monde/royaume-uni-le-systeme-de-sante-prend-l-eau-06-01-2018-2184435\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/royaume-uni-le-systeme-de-sante-prend-l-eau-06-01-2018-2184435_24.php)

<https://www.letemps.ch/monde/soins-gratuits-systeme-sante-britannique-craque-toutes-parts>

77 - « confiner les personnes saines n'a aucun fondement scientifique, et confiner les personnes malades avec les personnes saines aura pu favoriser les contaminations entre personnes vivant sous le même toit (...) sur le plan médical, le confinement a entraîné une surmortalité (d'au moins 30 %) dans les autres pathologies » ! »

« La gestion de la crise sanitaire violemment remise en cause » - Le Soir - 27.08.20, qui publie aussi la lettre ouverte.

<https://www.lesoir.be/321309/article/2020-08-27/la-gestion-de-la-crise-sanitaire-violemment-remise-en-cause>

78 - Qui peuvent être consultées en D, du présent chapitre.

79 - AFP, publié par Le point - le 09/06/2020. [https://www.lepoint.fr/monde/confinement-critiques-sur-l-alarmsme-des-modelisations-09-06-2020-2379088\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/confinement-critiques-sur-l-alarmsme-des-modelisations-09-06-2020-2379088_24.php)

80 - Dans son avis du 2 juin à propos des statistiques qu'il cite, le Conseil scientifique indique p. 7 « Il faut remarquer que ce sont des chiffres

### **c) Les effets néfastes du CFG en France.**

Cette mesure va contribuer à augmenter la surmortalité, par les pertes de chance de ceux qui n'ont pu être accueillis pour le diagnostic des autres pathologies, ni accompagnés dans leur suivi médical, en particulier pour les plus défavorisés.

Le CFG accroît aussi l'écart, qui s'est creusé, ces dernières années<sup>81</sup> entre une frange de population « bien portante » en termes économiques et de santé, encore majoritaire, et les personnes les plus démunies,<sup>82</sup> qui sont les premières victimes de la pandémie.<sup>83</sup> Ce constat, et le principe de proportionnalité, devraient conduire, à une concentration des moyens humains et matériels, par priorité, sur l'amélioration des conditions d'existence des personnes les plus vulnérables, et leur protection (cf. Part. IV, T I, Ch. II, B, § 2).

En effet, seule la contamination des plus vulnérables comporte un risque léthal direct, pour eux. Pour 99 % de la population ce n'est pas le cas, il faut le rappeler. Mobiliser les moyens humains et les deniers publics à l'échelle de l'ensemble de la population, pour compenser les effets néfastes de mesures sanitaires, qui accroissent encore la pauvreté,<sup>84</sup> donc les risques de surmortalité, alors que les personnes les plus vulnérables ne bénéficient pas d'une protection spécifique complète ne relève pas d'une solidarité bien comprise.

Aussi, de nouvelles mesures de confinement forcé seraient désastreuses (comme toutes nouvelles mesures d'exception disproportionnées, d'ailleurs). Pourtant le recours à de telles mesures n'est toujours pas écarté, ce qui obère déjà les moyens d'action de la population et sa capacité de se projeter dans l'avenir avec confiance, en particulier pour les plus jeunes, qui ont pâti et continuent de pâtir par trop de mesures sanitaires disproportionnées.

## **§ 2 - Le recours à un reconfinement forcé n'est pas écarté.**

### **a) Les déclarations du Président de la République et du gouvernement.**

S'alignant de nouveau sur les positions du Conseil scientifique (CS) (Avis du 27 juillet 2020),<sup>85</sup> **le Président de la République, dans un entretien, publié le 20 août, n'exclut pas un « reconfinement ».**<sup>86</sup> Il est vrai qu'il précise qu'il n'est plus question de l'étendre à la totalité du territoire. Ce que le CS, après avoir estimé que ce n'était pas souhaitable, ni surtout, faisable n'exclut malheureusement pas (Avis du 2 juin 2020 p. 21, puis p. 28).

-----  
*observés "sous confinement" et que des simulations montrent que la mortalité aurait été bien plus importante si cette mesure n'avait pas été prise ».*

81 - « Inégalités de revenu : l'écart entre les riches et les pauvres » Site de l'OCDE 28.05.2018. <http://www.oecd.org/fr/publications/inegalites-de-revenu-l-ecart-entre-les-riches-et-les-pauvres-9789264300408-fr.htm>

« L'écart entre riches et pauvres s'accroît en France » Capital – 17.10.2019. <https://www.capital.fr/economie-politique/lecart-entre-riches-et-pauvres-saccroit-en-france-1353019>

« Les inégalités et la pauvreté en hausse selon l'Insee » Libération. [https://www.liberation.fr/france/2019/10/18/les-inegalites-et-la-pauvrete-en-hausse-selon-l-insee\\_1758481](https://www.liberation.fr/france/2019/10/18/les-inegalites-et-la-pauvrete-en-hausse-selon-l-insee_1758481)

82 - « Les classes pauvres et les femmes ont le plus pâti du confinement, souligne l'Insee ». Ouest France avec AFP. Publié le 19/06/2020. <https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/confinement/les-classes-pauvres-et-les-femmes-ont-le-plus-pati-du-confinement-souligne-l-insee-6875037>

83 - Cf. Rapport P IV, T I, Ch II, B, § 2) et [https://actu.fr/societe/coronavirus/coronavirus-en-ile-de-france-la-surmortalite-a-ete-la-plus-forte-dans-les-zones-les-plus-pauvres\\_34652465.html](https://actu.fr/societe/coronavirus/coronavirus-en-ile-de-france-la-surmortalite-a-ete-la-plus-forte-dans-les-zones-les-plus-pauvres_34652465.html)

84 - [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/je-ne-mange-plus-qu-une-fois-par-jour-des-nouveaux-pauvres-racontent-comment-la-pandemie-les-a-fait-basculer-dans-la-precarite\\_4092703.html](https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/je-ne-mange-plus-qu-une-fois-par-jour-des-nouveaux-pauvres-racontent-comment-la-pandemie-les-a-fait-basculer-dans-la-precarite_4092703.html)  
[https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2020/06/19/confinement-quatre-graphiques-qui-montrent-que-les-plus-pauvres-ont-le-plus-souffert\\_6043505\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2020/06/19/confinement-quatre-graphiques-qui-montrent-que-les-plus-pauvres-ont-le-plus-souffert_6043505_4355770.html)

85 - Avis n° 8 – « Se préparer maintenant pour anticiper un retour du virus à l'automne » par lequel il présente « 10 point clés » - dont le 7<sup>e</sup> : « 7. L'enjeu des 20 grandes métropoles », dans lesquels les risques de propagation du virus sont importants, est essentiel. Un « confinement local » plus ou moins important en fonction de l'épidémie doit faire l'objet d'une préparation dans ces zones à forte densité de population. Le développement de messages de santé publique locaux, combiné à une gestion ciblée de l'épidémie intégrant le soutien aux personnes vulnérables et la prise en compte des inégalités sociales est indispensable. »

86 - [https://www.lepoint.fr/politique/covid-19-macron-n-exclut-pas-un-reconfinement-cible-20-08-2020-2388428\\_20.php](https://www.lepoint.fr/politique/covid-19-macron-n-exclut-pas-un-reconfinement-cible-20-08-2020-2388428_20.php)

Quant au Premier ministre, dans la matinale de France inter, le 26 août 2020, tout en reconnaissant que le confinement « *a des conséquences économiques, sociales, individuelles et parfois psychologiques très lourdes* »<sup>87</sup> il a assuré que des « *plans de reconfinement* », « *territoriaux ou globaux* », étaient « *prêts* ».

Il a de nouveau évoqué un reconfinement le 24 septembre 2020, devant les réactions hostiles aux nouvelles restrictions de libertés annoncées, prévoyant la fermeture des restaurants à 22 heures, à partir du 28 septembre, dans 11 métropoles, dont Paris, Lyon ou Nice. Entre autres mesures prévues pour enrayer la contamination<sup>88</sup> (notamment fermeture des salles des fêtes et polyvalentes et d'établissements ouverts au public, particulièrement sportifs, interdictions de rassemblements au-delà de certains seuils, sauf dérogation...<sup>89</sup>).

Ces mesures sont prévues par les articles 50 à 50 EUS (titre VI: Dispositions relatives aux mesures permettant de faire face à une reprise de la circulation du virus du décret du 10 juillet 2020, n° 2020-860 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé). Toutefois, le décret ne vise pas la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire<sup>90</sup>.

L'article 50 permet aux préfets des départements classés ZCA de recourir à une gamme étendue de restrictions des libertés concernant, notamment, la fermeture des établissements recevant du public, la limitation de circulation des personnes, ou l'interdiction des rassemblements. Pour l'application de ces mesures, une concertation avec les municipalités concernées a été évoquée par le Premier ministre pour la mise en œuvre de ces mesures. Il semble, cependant qu'elle n'ait rien de systématique. Si l'on en juge par la réaction de la maire de Paris qui a dû exiger cette concertation<sup>91</sup>. Elle n'est pas la seule à protester contre ce manque de concertation et plus largement contre le caractère trop restrictif des libertés de ces mesures, voire leur incohérence et leur manque de proportionnalité. Les maires de Marseille et de Nice se sont également manifestés dans le même sens. Le président de la région Sud Renaud Muselier (LR) dénonce lui aussi l'absence de concertation, et ce qu'il estime être une « *punition collective* ». Sur inter-

87 - <https://www.bfmtv.com/politique/covid-19-castex-veut-eviter-un-reconfinement-general-mais-lance-un-appel-aux-seniorsAN-202008260065.html>

88 - Ces mesures, qui ont vocation à s'appliquer localement, selon un zonage prédéfini, sont prises ou destinées à être prises par arrêtés préfectoraux, au visa de la loi la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire. Elles sont prévues par l'article 50 (titre VI: Dispositions relatives aux mesures permettant de faire face à une reprise de la circulation du virus (Articles 50 à 50 EUS) du décret du 10 juillet 2020, n° 2020-860 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé.

La carte des zones de circulation active (ZCA) du virus, modifiée régulièrement procède, elle aussi des termes de l'article 50 susvisé. Elle permet aux préfets des départements classés ZCA de recourir. À une gamme étendue de restrictions des libertés concernant, notamment, la fermeture des établissements recevant du public (ERP), la limitation de circulation des personnes, ou l'interdiction des rassemblements.

[https://www.liberation.fr/checknews/2020/08/27/covid-19-sur-quels-criteres-les-departements-basculent-ils-en-zone-de-circulation-active\\_1797873](https://www.liberation.fr/checknews/2020/08/27/covid-19-sur-quels-criteres-les-departements-basculent-ils-en-zone-de-circulation-active_1797873)

<https://www.centre-inffo.fr/site-droit-formation/actualites-droit/coronavirus-les-textes-juridiques>

89 - Depuis le 23 septembre, les départements sont classés en 5 zones: Verte, Alerte, Alerte renforcée, Alerte maximale, en état d'urgence sanitaire territorial, qui correspondent au degré d'avancée de la contamination, notamment chez les plus de 65 ans, et à la part des patient(e)s infecté(e)s par le virus, admis(s) en réanimation. En fonction de la zone où se trouve le territoire un ensemble de mesures plus ou moins restrictives de libertés peuvent lui être appliquées ou pas. <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>.

90 - Cf. aussi Rapport Part. IV, T II, Ch. II, D, §1, b).

91 - « Des mesures contre le Covid-19 à Paris prises "sans aucune concertation", dénonce Anne Hidalgo » Ouest France avec Reuters – 24.09.2020.

<https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/mesures-contre-le-covid-19-a-paris-anne-hidalgo-en-desaccord-6987198>

« Mesures de restriction: l'indignation des maires » Francetvinfo – 25.09.2020.

[https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/mesures-de-restriction-l-indignation-des-maires\\_4117803.html](https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/mesures-de-restriction-l-indignation-des-maires_4117803.html)

« Hidalgo en "désaccord" avec les nouvelles mesures "très restrictives" contre le Covid » L'Obs - 24 septembre 2020.

<https://www.nouvelobs.com/coronavirus-de-wuhan/20200924.OBS33787/apres-l-annonce-des-nouvelles-mesures-contre-le-covid-hidalgo-appelle-a-une-concertation-totale.html>

vention de l'association des maires de France, le Premier ministre a décidé de rencontrer les maires des principales villes concernées, le 30 septembre.<sup>92</sup>

Par ailleurs l'article 50 EUS (qui vise les territoires où l'état d'urgence sanitaire serait de nouveau en vigueur) envisage également, la possibilité pour les préfets, de recourir de nouveau à un confinement forcé.<sup>93</sup> Ce qui ne peut qu'être déploré, au regard des engagements internationaux de la France, pour la protection des droits fondamentaux.<sup>94</sup>

#### **b) L'état des hôpitaux à l'automne 2020.**

Le motif allégué, pour ne pas abandonner toute perspective de confinement forcé, est d'éviter, « d'être débordé ». Mais si cet argument a pu s'expliquer, au mois de mars 2020, par le manque d'anticipation,<sup>95</sup> il ne devrait plus y avoir de raison, à présent, pour que les hôpitaux soient débordés.

D'ailleurs, le chef du gouvernement a aussi déclaré que le « système hospitalier [était] prêt aussi à une éventuelle nouvelle vague de patients, en termes de lits, masques, médicaments, réanimateurs ».<sup>96</sup>

C'est en effet indispensable. Ainsi, ni en Allemagne ni en Suisse, pays qui par principe ont exclu d'emblée un confinement forcé, même local,<sup>97</sup> les services de réanimation n'ont été débordés au pic de la première vague de la pandémie en Europe, ils ont même accueilli des malades français.<sup>98</sup>

#### **■ Le « Ségur de la santé ».**

Le manque de moyens du service public hospitalier<sup>99</sup>, qui s'est manifesté de manière flagrante lors du printemps de 2020, a donné lieu, aux accords du « Ségur de la santé ».<sup>100</sup> Signés le 13 juillet 2020, ils prévoient un budget de 7,5 milliards d'euros pour les personnels paramédicaux (infirmiers, aides-soignants) et non médicaux (agents techniques, administratifs...). Destinée principalement à financer une hausse de salaire dite « socle » de 183 euros net mensuels pour l'ensemble des personnels des hôpitaux et des Ehpad publics, mais aussi de nouvelles majorations pour les heures supplémentaires et le travail de nuit.

Pour les 100 000 médecins hospitaliers, l'accord signé porte sur 450 millions d'euros/an avec en particulier :

- la revalorisation de l'indemnité de service public exclusif qui passera à 1 010 euros bruts/mois ;
- la création de trois échelons de fin de carrière de manière à les inciter à exercer durablement au sein de l'hôpital public.<sup>101</sup>

La première augmentation générale de 90 euros net, qui devait entrer en vigueur en janvier 2021 pour tous les personnels des hôpitaux publics (hors médecins), sera finalement versée au plus tard en octobre.<sup>102</sup>

---

92 - « Covid-19 : promesse d'une meilleure concertation avec les maires après la rencontre Baroin-Castex » BFM avec AFP, le 30.09.20. [https://www.bfmtv.com/politique/covid-19-promesse-d-une-meilleure-concertation-avec-les-maires-apres-la-rencontre-baroin-castex\\_AD-202009300305.html](https://www.bfmtv.com/politique/covid-19-promesse-d-une-meilleure-concertation-avec-les-maires-apres-la-rencontre-baroin-castex_AD-202009300305.html)

93 - Il leur permet d'« interdire les déplacements de personnes hors de leur lieu de résidence à l'exception des déplacements pour les motifs suivants en évitant tout regroupement de personnes » (les motifs sont ceux prévus par le décret n° 2020-260, du 16 mars 2020, mais complétés).

94 - « CEDH et pandémie : Un chemin balisé vers l'inconnu » Nicolas Hervieu 27 mars 2020 - Colloque virtuel Droit et Coronavirus. <https://www.youtube.com/watch?v=ieW76kuXvTI>

95 - Étant rappelé qu'un risque de saturation des services de réanimation ne constitue pas en soi directement un danger menaçant la nation, au sens de l'article 4 PIDCP et des Principes de Syracuse (cf. Rapport Part. IV, T II, Ch. I).

96 - <https://francais.rt.com/france/78322-reconfinement-pas-totalement-exclu-pour-macron-eviter>

97 - Contrairement à ce qui a été affirmé en France, aucun Land, même la Bavière n'y a eu recours. <https://vivreamunich.com/corona-catastrophe-baviere-concretement.html>

98 - Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, GDCC, 15<sup>e</sup> éd. 2009. n° 17 ; Gr. délib. CC 209. n° 21 ; GADS 2010. n° 20.

99 - Dans le budget 2020 de la Sécu, était prévu que les hôpitaux publics, dont six sur dix sont en difficultés financières, devaient encore faire 800 millions d'euros d'économies. <https://www.leparisien.fr/economie/budget-2020-de-la-secu-les-hopitaux-publics-a-la-diete-01-10-2019-8164212.php>

100 - Par référence à la localisation du Ministère de la santé.

101 - <https://www.vie-publique.fr/en-bref/275139-segur-de-la-sante-accords-salariaux-et-gouvernance-de-lhopital>

102 - « Hôpital : la première hausse de salaire du "Ségur" avancée de plusieurs mois » Sud-Ouest le 01.09.20 - <https://www.sudouest.fr>

En outre, 12 000 lits pourraient être disponibles si nécessaire et jusqu'à 29 000 malades être soignés, les réserves de médicaments ayant été reconstituées et le stock de masques devant l'être à la fin septembre. Enfin, la plupart des hôpitaux ont provisionné de quoi faire face à une crise sanitaire de trois semaines, a précisé le ministre de la Santé, qui a assuré qu'une attention particulière a été portée aux ressources humaines, avec notamment la constitution de réserves régionales de volontaires pouvant répondre dans l'urgence à l'appel des établissements.<sup>103</sup>

#### ■ Le manque persistant de moyens humains.

Cependant, en dépit des efforts consentis, il ne peut complètement être pourvu, dans l'immédiat, au manque de moyens humains, dans les hôpitaux,<sup>104</sup> dénoncé régulièrement, comme un problème crucial au cours de ces dernières années<sup>105</sup>. Il est difficile de recruter, faute de candidat(e)s qualifié(e)s et formé(e)s disponibles.<sup>106</sup>

Ce qui, en l'état de nos informations, dans une moindre mesure qu'au printemps 2020, ne permettrait pas complètement d'écarter de nouveaux risques de saturation de certains hôpitaux français. L'AP-HP a annoncé, le 25.09.20 que devant la recrudescence des lits occupés en réanimation 20 % des opérations allaient être reportées.<sup>107</sup>

Pour autant, la démonstration a été malheureusement faite qu'un confinement forcé, ne peut qu'aggraver à court moyen et long terme, l'exercice du droit à la santé par l'ensemble de la population, particulièrement les plus vulnérables.

#### c) Le manque de moyens humains des hôpitaux, n'autorise pas des mesures disproportionnées et arbitraires.

Notons tout d'abord, que la France n'a toujours pas décidé de mobiliser par priorité les moyens humains et matériels pour la protection des personnes vulnérables (cf. supra Ch. I, B, § 2).

-----  
fr/2020/09/01/hopital-la-premiere-hausse-de-salaire-du-segur-avancee-de-plusieurs-mois-7796635-4696.php

103 - « *Coronavirus : les hôpitaux sont-ils prêts pour une deuxième vague ?* » Sud-Ouest le 27.08.20 - <https://www.sudouest.fr/2020/08/27/coronavirus-les-hopitaux-sont-ils-prets-pour-une-deuxieme-vague-7781135-4696.php>

104 - « *La réforme de Robert Debré, en 1958-1959, avait transformé l'univers de la médecine française avec la création du CHU (centre hospitalier universitaire), véritable temple. Ce fut l'âge d'or pendant une vingtaine d'années. Le gouvernement a tenu, et dix ans après, plus personne ne voulait quitter l'hôpital. Les médecins avaient le matériel moderne, les médicaments, l'aura du médecin hospitalier, du professeur, de l'agrégé... Et puis, l'administration s'est emparée progressivement de l'hôpital. (...) Le personnel hospitalier administratif – ceux qui ne sont ni médecins ni soignants – est passé de 15 à 38 % ! Et en même temps, on a réduit les dépenses, qui étaient jugées excessives, sur le dos du personnel soignant. La tarification à l'acte instaurée en 2003 a eu des effets pervers : il fallait opérer à tout prix pour que l'hôpital soit rentable. (...) Résultat, les médecins sont partis dans le privé. On a dû faire appel à des médecins étrangers. Il y a trente ans, on les formait pour les renvoyer chez eux et les faire rayonner, et maintenant on les rappelle puisqu'on n'a plus personne.* »

Bernard Debré : « *Depuis que l'administration a pris le pouvoir, l'hôpital est en crise* ». Revue des deux mondes 26 août 2020.

<https://www.revuedesdeuxmondes.fr/bernard-debre-administration-pouvoir-hopital-crise/>

105 - « *Le manque d'effectifs est le problème numéro un à l'hôpital* » 5 octobre 2015 site de Force ouvrière.

<https://www.force-ouvriere.fr/le-manque-d-effectifs-est-le-probleme-numero-un-a-l-hopital>

« *Aux urgences, la crainte du manque de personnels soignants durant l'été* » Le Monde 26 juin 2019.

[https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/06/26/aux-urgences-la-crainte-du-manque-de-personnels-soignants-durant-l-ete\\_5481447\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/06/26/aux-urgences-la-crainte-du-manque-de-personnels-soignants-durant-l-ete_5481447_3224.html)

« *Crise de l'hôpital public : "Chaque jour, j'ai des infirmières qui craquent et qui pleurent"* » Le Monde 3 novembre 2019.

[https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/11/13/crise-de-l-hopital-public-chaque-jour-j-ai-des-infirmieres-qui-craquent-et-qui-pleurent\\_6018973\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/11/13/crise-de-l-hopital-public-chaque-jour-j-ai-des-infirmieres-qui-craquent-et-qui-pleurent_6018973_3224.html)

106 - « *Le manque d'effectifs hospitaliers, angle mort du Ségur de la santé ?* » Challenges 09.06.2020 - [https://www.challenges.fr/entreprise/sante-et-pharmacie/le-manque-d-effectifs-hospitaliers-angle-mort-du-segur-de-la-sante\\_713847](https://www.challenges.fr/entreprise/sante-et-pharmacie/le-manque-d-effectifs-hospitaliers-angle-mort-du-segur-de-la-sante_713847)

« *Les infos de 18 heures - Covid-19 : les syndicats hospitaliers s'inquiètent du manque de personnel* » RTL 19/09/2020.

<https://www.rtl.fr/actu/debats-societe/les-infos-de-18h00-covid-19-les-syndicats-hospitaliers-s-inquietent-du-manque-de-personnel-7800818775>

107 - « *Le directeur adjoint, François Crémieux, indique qu'il souhaitait "à tout prix" éviter de déprogrammer des opérations mais que c'est devenu nécessaire. Rien à voir cependant explique l'AP-HP avec "l'annulation massive" »* décidée au niveau national juste avant le confinement mi-mars. L'AP-HP espère désormais que les nouvelles restrictions annoncées mercredi permettront d'enrayer le rebond épidémique. « *L'enjeu des 15 prochains jours sera de ne pas devoir passer à 50 % d'opérations déprogrammées* », a ajouté François Crémieux.

« *Coronavirus : l'AP-HP va déprogrammer quelques opérations non essentielles* » - France Bleu IDF, le 24.09.20.

<https://www.francebleu.fr/infos/sante-sciences/coronavirus-les-hopitaux-de-paris-reportent-20-de-ces-operations-chirurgicales-1600951997>

[https://www.liberation.fr/direct/element/covid-les-hopitaux-de-paris-vont-reporter-20-des-operations-chirurgicales-a-compter-de-ce-week-end\\_119377/](https://www.liberation.fr/direct/element/covid-les-hopitaux-de-paris-vont-reporter-20-des-operations-chirurgicales-a-compter-de-ce-week-end_119377/)

**Ce qui est pourtant la première des mesures à prendre pour éviter la saturation des services hospitaliers.**

Ensuite, les mesures les plus restrictives quant aux libertés, adoptées par la majorité des États européens, ont consisté en une interdiction des regroupements et en la fermeture d'établissements recevant du public. En cas de nécessité absolue et démontrée, ces mesures suffisent amplement.

Étant rappelé qu'elles doivent être proportionnées, donc limitées aux seuls lieux où d'autres mesures moins nuisibles, qui doivent être privilégiées, ne permettent pas d'empêcher la saturation des hôpitaux, ce, dans le respect de leurs obligations conventionnelles et démocratiques de la France.

À cet égard, le directeur régional de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour l'Europe, Hans Kluge, a déclaré le 1<sup>er</sup> septembre 2020, **qu'il n'était pas nécessaire de mettre en place de nouveaux confinements généralisés en Europe.**<sup>108</sup>

**d) Avant de prendre des mesures coercitives, il faut d'abord rechercher le soutien des citoyen(ne)s et des élu(e)s locaux.**

Des autolimitations de sortie de circulations sont grandement préférables, au regard des exigences posées par les articles 15 de la Conventions européenne et 4 du PIDCP, au confinement forcé ou à d'autres mesures coercitives.

Dans le respect de ces textes, pour éviter les déplacements, les États devraient se fonder uniquement sur des injonctions non sanctionnées pénalement et le civisme de la population (après tout, principale concernée)<sup>109</sup>. Cette solution a fonctionné dans la majorité des pays européens n'ayant pas recouru au CFG mais **n'a pas encore été appliquée, en cas de hausse importante des admissions en réanimation due au virus en France, les mesures de contraintes étant toujours privilégiées.**

Il faut dire que ; *« Certes, nul ne peut contester que durant ces cinq dernières années, la France a été frappée par la vague d'attentats la plus violente et sanglante de son histoire moderne.*

*Il n'en reste pas moins qu'au fil des évolutions législatives, le droit pénal et la procédure pénale ont été constamment durcis au nom de la lutte antiterroriste, redonnant une inquiétante vigueur à la doctrine du "droit pénal de l'ennemi". Surtout, à l'approche du second tour de l'élection présidentielle, le mouvement le plus redoutable réside dans l'accroissement considérable des pouvoirs de l'administration. **En effet, le législateur n'a cessé de déposséder les autorités et juridictions judiciaires de leurs prérogatives au profit des autorités administratives** ».*<sup>110</sup>

108 - « Coronavirus. L'OMS ne juge pas nécessaires de nouveaux confinements généralisés en Europe » - Ouest France, avec Reuters, le 01/09/2020.

<https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/coronavirus-l-oms-ne-juge-pas-necessaires-de-nouveaux-confinements-generalises-en-europe-6955436>

109 - Cf. Rapport Contribution « Confinement souple à la japonaise face au coronavirus » par Maki Kobayashi, Professeur de droit à l'université Aichi (Japon).

110 - « *Présidentielle 2017 : une élection menaçante pour un État de droit affaibli* » par Nicolas Hervieu, le 28 avril 2017, Dalloz - Actualités. <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/presidentielle-2017-une-election-menacante-pour-un-etat-de-droit-affaibli>

Voir aussi :

– « *Sans la liberté* » François Sureau Collection Tracts (n° 8), Gallimard - Parution : 26-09-2019.

– « *La crise du coronavirus : l'état d'urgence révélateur de l'avenir de la démocratie et des désordres qui affectent notre conception des droits fondamentaux ?* » Par Bertrand Mathieu, Professeur agrégé des Facultés de droit – publié sur Club des juristes, le 26 mai 2020 - <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/la-crise-du-coronavirus-letat-durgence-revelateur-de-lavenir-de-la-democratie-et-des-désordres-qui-affectent-notre-conception-des-droits-fondamentaux/>

– « *D'après Ackerknecht, les régimes autoritaires recouraient volontiers aux quarantaines, cordons sanitaires, détentions et autres mesures faisant bon marché des droits des individus ; tandis que, soucieux des libertés individuelles, les régimes libéraux marquaient au contraire une préférence certaine pour des mesures moins coercitives telles que l'hygiène publique et l'assainissement urbain. À peu près au même moment, en France, René Baerhel traçait une ligne de continuité entre les concepts d'épidémie et de terreur en s'attachant à détailler les analogies existant entre les comportements en temps de crise épidémique et en temps de crise politique (...) le consensus scientifique parmi les médecins à l'âge de la bactériologie appelle logiquement une défense commune des États concernés face au danger microbien : or, le plus souvent, la menace commune ne suscite nulle communauté de vigilance ; aucun réflexe de solidarité ne vient couronner un sentiment de vulnérabilité réciproque. Face à la crise, les variations des stratégies préventives ou prophylactiques des États sont donc de purs produits de la politique, des effets de la nature des régimes en place, tout autant et sinon plus que des circonstances entourant la marche de l'épidémie elle-même. (...) Et le*

Par ailleurs, depuis un certain nombre d'années, les Français(s)es délaissent les urnes (sauf pour les scrutins municipaux, du moins jusqu'à la crise sanitaire). Aussi les gouvernant(e)s, en dépit d'un nombre de député(e)s suffisant à leur soutien, grâce au scrutin majoritaire uninominal à deux tours, pour les élections nationales, sont mal élu(e)s (avec un taux de représentativité trop bas). Cette situation alimente leur défiance envers les citoyen(ne)s, peu associé(e)s, aux processus décisionnels, et par là, la défiance d'une bonne part de ces dernier(e)s envers leurs représentant(e)s nationaux/les, dans lesquels, ils et elles ne se reconnaissent plus.<sup>111</sup>

Pour autant, **rien ne justifie, au regard du respect des droits fondamentaux, qu'en première intention, même en cas d'urgence, le choix, en première intention, de mesures coercitives**, avant de s'être assuré effectivement que l'information, la pédagogie, la concertation avec les élu(e)s locaux et la participation non contrainte de la population, pouvait être concluante. D'autant que la coercition ne fait qu'augmenter la peur, donc le cercle vicieux de la défiance...

### § 3 - Des mesures dérogoratoires peuvent être appliquées à tout moment sans contrôle parlementaire.<sup>112</sup>

La loi du 23 mars 2020, sur l'EUS restant en vigueur, jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021. L'article L. 3131-15 CSP, issu de cette même loi, permet par décret : d'« *Interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé; (...)* ». Mais seulement « *Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré* ». Or, la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, a prévu, le 10 juillet 2020, après seize semaines d'application, la fin de l'état d'urgence sanitaire en France, sauf à Mayotte et en Guyane, où il est prolongé jusqu'au 30 octobre 2020.

Dès lors, l'article L3131-13 CSP prévoyant que : « *La prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà d'un mois ne peut être autorisée que par la loi (...)* », il était permis de penser que sans une nouvelle loi, donc un contrôle parlementaire, le CFG n'est pas applicable. Ce n'est malheureusement pas le cas.

#### a) L'absence de contrôle parlementaire.

Par la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, le gouvernement s'est réservé jusqu'au 30 octobre, la possibilité de prendre des mesures ciblées et exceptionnelles, sur tout le territoire national sans contrôle parlementaire.<sup>113</sup> Les pouvoirs que l'article 1 de cette loi donne au Premier ministre sont très larges. Son paragraphe I précise qu'il peut ; « *1° Réglementer ou, dans*

-----  
schéma quarantaine-isolement-autoritarisme/hygiène publique-assainissement-libéralisme est encore conforté par les travaux, à dire vrai peu nombreux, sur l'histoire de la santé publique en Union soviétique ou par les enquêtes, elles-mêmes en nombre limité, concernant les rapports entre le nazisme, le racisme et la santé, telles celles de Michael Burleigh, de Götz Aly ou encore de Paul Weindling ».

« *Crises sanitaires, crises politiques* » par Patrick Zylberman - Presses de Sciences Po « *Les Tribunes de la santé* » 2012/1 n° 34 - pages 35 à 50 ISSN 1765-8888 - <https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante1-2012-1-page-35.htm#>

– « *Dans son récent rapport "Territoires, bien-être et politiques publiques", le Conseil d'analyse économique (CAE) appelle de ses vœux de nouvelles articulations entre l'État et les territoires pour faire face à ces défis, faisant le constat que la géographie du mécontentement des "gilets jaunes" reproduit celle de la précarité de l'emploi.* »

Tribune - Claire Hédon : « *Faire de l'emploi un bien commun dont personne n'est exclu* » - Le Monde Économie 5 mars 2020.

[https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/03/04/claire-hedon-faire-de-l-emploi-un-bien-commun-dont-personne-n-est-exclu\\_6031750\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/03/04/claire-hedon-faire-de-l-emploi-un-bien-commun-dont-personne-n-est-exclu_6031750_3234.html)

– Interview : Julia Cagé : « *En France, les plus pauvres paient pour satisfaire les préférences politiques des plus riches* » Par Sonya Faure - Libération 7 septembre 2018 - [https://www.liberation.fr/debats/2018/09/07/julia-cage-en-france-les-plus-pauvres-paient-pour-satisfaire-les-preferences-politiques-des-plus-ric\\_1677285](https://www.liberation.fr/debats/2018/09/07/julia-cage-en-france-les-plus-pauvres-paient-pour-satisfaire-les-preferences-politiques-des-plus-ric_1677285)

111 - <https://www.franceculture.fr/politique/abstention-50-ans-de-montee-vers-les-sommets>

112 - (Cf. aussi Rapport Part IV, T II, Ch. II, D, § 1, b).

113 - Ce qui a suscité de vives critiques de la part de certains parlementaires de l'opposition, et même d'une frange marginale de ceux de la majorité, qualifiant la loi « *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire* », le 11 juillet; de prolongement en « *trompe l'œil* » du régime d'exception. Mais n'a pas empêché que la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire soit adoptée le 2 juillet, par les élus LREM, MoDem et Agir, par 50 voix contre 12 et une abstention (sans les voix des autres groupes de droite comme de gauche), et qu'elle soit déclarée conforme à la Constitution par le Conseil (Décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020).

*certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus, **interdire la circulation des personnes et des véhicules, ainsi que l'accès aux moyens de transport collectif et les conditions de leur usage et, pour les seuls transports aériens et maritimes, interdire ou restreindre les déplacements de personnes et la circulation des moyens de transport, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé** ».*

C'est donc bien, à la seule discrétion du gouvernement et en dehors de tout vote d'un nouvel EUS, que des mesures, qui ne devraient pouvoir être appliquées que dans le cadre de l'EUS, en raison de l'atteinte grave, qu'elles portent aux droits fondamentaux, peuvent être, désormais, mises en œuvre, sans contrôle parlementaire sur leur prévisibilité, leur nécessité, leur durée et leur proportionnalité.

De plus, a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 16 septembre 2020, un **Projet de loi n° 3340 prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire**,<sup>114</sup> présenté au nom de M. Jean Castex, Premier ministre, par M. Olivier Véran, ministre des solidarités et de la santé. Ce Projet de loi prévoit par ses deux articles, **la prorogation du régime transitoire au 1<sup>er</sup> avril 2021**. C'est-à-dire à la fin de la période prévue par la loi du 23 mars 2020, pour mettre en œuvre l'EUS. Ceci selon **procédure accélérée**.<sup>115</sup>

Ce qui tend à démontrer que le régime dit « transitoire » de sortie de l'état d'urgence n'a rien de transitoire, et permet en réalité de maintenir ce dernier.

La Défenseure des droits, Claire Hédon (qui, à la différence du Conseil scientifique n'a pas été consultée *a priori* sur les mesures sanitaires par le gouvernement) en a fait également le constat.

**b) Lettre du 23 septembre 2020, de la Défenseure des droits.**<sup>116</sup>

La Défenseure des droits a adressé une lettre au Président de l'Assemblée nationale et à la commission des lois, dont l'avis sur son site donne le résumé suivant :

*« La Défenseure des droits adresse une lettre au Président de l'Assemblée nationale et à la commission des lois dans laquelle elle rappelle à la représentation nationale que si la crise sanitaire que nous traversons pourrait justifier des mesures exceptionnelles, **le respect des libertés doit demeurer la règle et les restrictions, l'exception, en toutes circonstances.***

*Dans la continuité des travaux produits par l'institution depuis 2015 et de l'expérience acquise dans le cadre des régimes d'exception, la Défenseure des droits alerte sur certaines dispositions du projet de loi prorogeant le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire. Susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée et au principe d'égalité, toutes mesures prises au regard de la crise sanitaire actuelle doivent répondre à trois exigences fondamentales requises par l'État de droit : la prévisibilité, la nécessité et la proportionnalité.*

***La Défenseure des droits note d'une part que le projet de loi de prorogation de ce régime transitoire se différencie, en l'état, peu de l'état d'urgence sanitaire qui a pris fin le 10 juillet dernier, et risque donc de pérenniser le recours à un régime d'exception. La mise en œuvre de certaines restrictions sur le territoire a pu donner lieu à des mesures parfois disparates, excessives ou plus restrictives d'un territoire***

114 - [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3340\\_projet-loi#](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3340_projet-loi#)

115 - La procédure accélérée est, en droit constitutionnel en France, le fait qu'un projet de loi ne fasse l'objet que d'une lecture par chambre du Parlement (Assemblée nationale puis Sénat) avant d'être adoptée. Cela réduit donc la navette parlementaire à une unique transmission du texte. Cette procédure accélérée est prévue par l'article 45, alinéa 2, de la Constitution.

116 - « *La Défenseure des droits attire l'attention de l'Assemblée nationale en vue de l'examen du projet de loi prorogeant le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire.* » publié sur le site du DDD, le 25 septembre 2020.

<https://defenseurdesdroits.fr/fr/a-la-une/2020/09/la-defenseure-des-droits-attire-lattention-de-lassemblee-nationale-en-vue-de>

Avec son courrier du 23 septembre 2020 - [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/courrier\\_pjl\\_eus\\_1-converti.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/courrier_pjl_eus_1-converti.pdf)

à un autre, sans que la différence de situation ne permette de le justifier (comme par exemple les diverses applications sur le territoire de l'obligation du port du masque sur la voie publique).

D'autre part, à la lumière de nombreuses réclamations dont elle est saisie, la Défenseure des droits alerte sur le fait que de nouvelles restrictions pourraient accroître l'isolement des personnes résidant en EHPAD et avoir des conséquences négatives, non seulement sur leur bien-être mais également sur leur état de santé.

Enfin, l'absence de contrôle juridictionnel préalable impose aux autorités publiques une vigilance accrue, notamment au regard du durcissement possible de certaines mesures qui pourraient porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés (telle que la limitation du nombre de personnes réunies dans la sphère privée). Dès lors, ce régime transitoire doit s'accompagner d'un renforcement du contrôle parlementaire des mesures sanitaires. Le Défenseur des droits restera vigilant au respect des exigences de l'État de droit sur l'ensemble du territoire. »

#### § 4 - Les sanctions pénales applicables.<sup>117</sup>

Dans son rapport sur le projet de loi sur la sortie d'état d'urgence sanitaire, la commission des lois au Sénat p. 18 précise : « *Le non-respect des mesures prescrites par les autorités publiques, au niveau national comme au niveau local, dans le cadre de ce régime transitoire serait constaté et sanctionné dans des conditions identiques à celles de l'état d'urgence sanitaire, telles que prévues par l'article L3136-1 du code de la santé publique.* »

Ce qui a été confirmé par les décrets pris en application de la loi concernée (cf. ci-dessous).

Or, l'article L. 3136 -1 du code de la santé publique (CSP- Chapitre VI: Dispositions pénales), voté le 24 mars 2020, dans le cadre de la loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire (EUS), est celui qui prévoit une peine de 6 mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende, en cas de violation à plus de trois reprises en moins de 30 jours des obligations de confinement et d'interdictions de circulation<sup>118</sup> (illustration du « principe de gradation de la réponse pénale », selon le rapport précité...). Si tant est que le CFG ait pu être considéré comme une dérogation pouvant être admise par les articles 15 CEDH et 4 PIDCP ce qui n'est pas le cas (cf. Rapport Part. II et Part. IV), le principe de proportionnalité devait encore être observé, quant à ses sanctions « S'agissant de sanctions « pénales », il semble que le principe de proportionnalité devrait être prépondérant car la voie pénale devrait rester l'ultima ratio. Autrement dit il conviendrait de réaffirmer la subsidiarité de la sanction pénale par rapport à d'autres types de sanctions moins stigmatisantes, comme les sanctions administratives, civiles ou encore les accords de médiation; (...) Si les indicateurs d'efficacité prédominaient, l'harmonisation se traduirait, en termes de politique criminelle, par un mouvement de type sécuritaire, caractérisé par le glissement du modèle libéral vers un modèle autoritaire ».<sup>119</sup> Cependant « l'article L. 3136-1 du code de la santé publique a créé un cas de réitération en matière contraventionnelle, alors que cette notion était jusqu'alors réservée aux crimes et aux délits (...) alors qu'il s'agit de contraventions, il admet une

117 - Voir aussi Rapport Part. III, T II, Ch. I, A, §1, a).

118 - Mais aussi par renvoi, à toutes les violations des mesures prises en application des articles L. 3131-15 à L. 3131-17 du même code qui, eux renvoient aux mesures prises par le Premier ministre, le ministre de la santé et les préfets, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. <http://www.revuedlf.com/droit-penal/ladaptation-du-droit-repressif-a-lepidemie-de-covid-19-histoire-et-enjeux-dune-quete-redoutable/>

119 - L'harmonisation européenne des sanctions pose deux questions fondamentales, au sens propre du terme. Conduit-elle à renforcer les garanties de l'État de droit ou à préparer la voie d'une harmonisation mondiale de type sécuritaire ? Exprime-t-elle une soumission au risque de mondialisation hégémonique, ou une résistance, comme une dernière chance pour un droit commun pluraliste ? (...) « *les modèles supra-étatiques et étatiques de contrôle, fondés sur la notion de droit, n'ont-ils pas tendance à renforcer leurs dimensions répressives, révélant par-là les tensions entre surveillance et libertés?* ». En effet l'Union européenne semble illustrer ces tensions. D'une part le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'UE souligne que les peuples d'Europe partagent des « valeurs communes » et que l'Union repose sur « le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit ». D'autre part la tendance répressive, qui semble conduire plus vite à une police européenne qu'à une justice européenne, risque de confirmer que « *la sur-idéologisation des droits de l'homme s'accompagne d'une sur-idéologisation de la sécurité* ». Et les événements du 11 septembre 2001 ont sans doute rendu ce phénomène encore plus apparent au nom de la lutte, voire de la

*notion de réitération totalement contraire aux principes généraux du droit pénal puisqu'il la fonde sur la verbalisation et non sur une condamnation définitive! (...) [il] relève de la loi inique, une loi d'exception prise à la hâte sans réfléchir, ni aux causes, ni surtout aux conséquences. (...) depuis quand, en France est-on coupable d'un délit du seul fait d'une verbalisation? (...) tant qu'un tribunal ne vous a pas déclaré coupable, le procès-verbal est comme suspendu. Ou alors (...) nous ne sommes plus dans un État de droit! (...) ce texte est une violation directe et sans complexe de la présomption d'innocence (...) Le juge devra en tirer toutes les conséquences à raison de l'inconventionnalité de ce texte, parce qu'il n'est ni raisonnable ni proportionnel. (...) Si verbalisation il y eut, le prévenu a déjà été puni par une amende, au moins trois fois. La condamnation pour ce délit contreviendrait donc au principe non bis in idem inscrit dans l'article 4 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. ».<sup>120</sup> Elle contrevient aussi à de nombreuses dispositions du droit interne français.<sup>121</sup>*

## § 5 - La généralisation de l'obligation, sanctionnée pénalement, de porter le masque.

### a) L'obligation du port du masque prévue à la sortie du confinement.

Le port du masque n'a pas été rendu obligatoire pendant la première durée d'application de l'état d'urgence sanitaire résultant de l'entrée en vigueur de loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, sur l'EUS, du fait de l'application du CFG et surtout de l'absence de masques en suffisance.

Ensuite, au visa de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, a été pris le décret n° 2020-663 du 31 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, publié le 1<sup>er</sup> juin 2020, pris par le Premier ministre, sur le rapport du ministre des solidarités et de la santé.

Il a prévu l'obligation du port du masque pour toute personne âgée de 11 ans dans les salles de réunion et de spectacle, cinémas, hôtels, salles de jeux, établissements d'enseignement, centre de vacances, bibliothèques, lieux de culte, établissements sportifs couverts, musées, gares et aéroports, transports publics, taxis et les VTC, et pour le personnel des restaurants et bars et d'autres établissements ouverts aux publics.

En outre, pour les plages, jardins et autres espaces verts en zones urbaines les plages, plans d'eau et centres d'activités nautiques, ouverts au public, les préfets peuvent décider de rendre obligatoire le port du masque.

Les dispositions de ce décret étaient sanctionnées pénalement par celles prévues à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique.

Il a été abrogé par l'article 52 du décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, pris par le Premier ministre, sur le rapport du ministre des solidarités et de la santé.

-----  
guerre, « contre le terrorisme », malgré la polysémie d'un terme qui, en l'absence de définition précise, ne répond guère à l'exigence de légalité requise par les principes de l'État de droit et par le droit international.

« *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe* » Sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Professeur au Collège de France, Geneviève Giudicelli-Delage Elisabeth Lambert-Abdelgawad - Avril 2003, avec le soutien de la Commission européenne et de la Mission de recherche Droit et Justice - Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université e Paris I).

120 - « *Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie Covid-19* » par Catherine Krief-Semitko, Magistrat, Docteur en droit HDR, Professeur honoris causa de l'Académie publique de droit de l'Oural (Russie) et de l'Université des sciences humaines d'Ekaterinbourg (Russie) – Rapport Partie V – « Contributions ».

121 - « *L'adaptation du droit répressif à l'épidémie de Covid-19: histoire et enjeux d'une quête redoutable* » - par David Riccardi, Docteur en droit, Chargé de cours - Chronique classée dans Dossier, Droit pénal appartient au dossier: « (Colloque virtuel) Droit et Coronavirus. *Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles* » RDLF 2020 chron. n° 35.

<http://www.revuedlf.com/droit-penal/ladaptation-du-droit-repressif-a-lepidemie-de-covid-19-histoire-et-enjeux-dune-quete-redoutable/>

**b) L'obligation du port du masque après la « fin » de l'EUS.**

Les obligations de port du masque prévues après la fin de l'EUS résultent de différents actes réglementaires pris au visa de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

**■ Les obligations du port du masque prévues au décret du 31 mai 2020.**

En application de la loi du 9 juillet 2020, précitée, le **décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020**, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, **publié le 11 juillet**, date de la fin de l'EUS, **prévoit les mêmes obligations de port du masque que le décret qu'il abroge, ce avec les mêmes sanctions pénales**. Il est toujours en vigueur (et a été consolidé le 4 septembre 2020).

**■ Les extensions de l'obligation de port du masque.**

Au cours de l'été 2020, à la faveur des transhumances vacancières, les taux de contamination ont, de manière localisée, de nouveau augmenté, notamment dans les endroits de grande densité de population. Ce constat a motivé des extensions de l'obligation de port du masque.

***L'obligation de port du masque dans les lieux clos.***

Le Président de la République a annoncé, le 14 juillet, que le port du masque sera « *obligatoire dans tous les lieux publics clos* ». Cette obligation est entrée en vigueur le lundi 20 juillet dans les « *magasins de vente, centres commerciaux, administrations, banques et marchés couverts* ».

***L'obligation de port du masque dans certains lieux non clos.***

De nombreux préfets usant de l'habilitation prévue par la loi du 9 juillet 2020, ont pris des arrêtés imposant le port du masque en extérieur sur le territoire de l'ensemble d'une ville, voire d'un département (comme à Paris et dans la petite couronne).

***L'obligation de port du masque dans les établissements scolaires.*****Enseignement primaire et secondaire.**

Pour faire face aux conséquences passées et futures de la crise sanitaire, la circulaire du 10 juillet 2020,<sup>122</sup> annonce la mobilisation de nouveaux moyens, notamment en termes de création d'emploi et d'heures supplémentaires. Elle rappelle l'objectif d'un accueil de tous les élèves, à tous les niveaux et sur l'ensemble du temps scolaire, dans le respect des prescriptions émises par les autorités sanitaires. Ces prescriptions sont les gestes barrière, l'hygiène des mains, le port du masque pour les adultes et les élèves de plus de 11 ans lorsque les règles de distanciation ne peuvent être respectées dans les espaces clos ainsi que dans les transports scolaires, le nettoyage et aération des locaux.

Cette circulaire s'applique dans le cadre du protocole sanitaire allégé pour la rentrée 2020-2021.<sup>123</sup>

**Concernant le port du masque, cette obligation a été prévue :**

- Pour les adultes : encadrement, personnel administratif, enseignants, le masque est obligatoire, quel que soit le niveau, y compris dans les espaces extérieurs de l'établissement (cour de récréation...).
- Pour les collégiens et lycéens : port du masque obligatoire, y compris dans les espaces extérieurs de l'établissement.

L'obligation est dans certains lieux, élargie, par arrêté préfectoral, aux abords des établissements scolaires. Heureusement, pour les enfants en dessous de 11 ans : le port du masque a été déconseillé, conformément aux recommandations de l'OMS.<sup>124</sup>

122 - Bulletin officiel de l'éducation nationale n° 28 du 10 juillet 2020, du 10-7-2020 (NOR : MENE2018068C).

123 - Lors de sa conférence de presse du 17 septembre 2020, le ministre de la santé a annoncé de nouvelles consignes pour les écoles et les crèches, afin d'éviter de confiner un nombre grandissant d'enfants et de professionnels au vu de la reprise de l'épidémie. Un protocole sanitaire de nouveau allégé pour les écoles et les crèches devrait paraître dans les prochains jours.

124 - En outre ; – dans les espaces de restauration scolaire : en place assise, pas de masque mais on veille à la distanciation physique et à éviter

**Enseignement supérieur.**

En vertu d'une circulaire du 6 août 2020<sup>125</sup> du Ministère de l'Enseignement supérieur, le port du masque s'est imposé aussi dans les universités et écoles de l'enseignement supérieur.

Enfin, si la situation sanitaire venait à exiger des mesures plus strictes, du fait d'une circulation active du virus sur tout ou partie du territoire national, un plan de continuité pédagogique a été mis en place pour assurer l'enseignement à distance. Il est consultable à l'adresse suivante : <https://eduscol.education.fr/Rentree-2020-plan-de-continuite>.

**Le port du masque a également été rendu obligatoire en entreprise à la rentrée 2020.****c) Les libertés restreintes par le port du masque.**

Les atteintes aux libertés que peut induire l'obligation de port **du masque sont bien moindres, en degré, que celles générées par le confinement forcé**. Il n'en demeure pas moins que l'obligation de mettre un masque peut notamment porter atteinte à la liberté de circulation et au droit au respect de la vie privée, voire si elle dure au droit à la santé (dont équilibre psychique). La question du bien-fondé de cette obligation, notamment au regard du principe de proportionnalité a été déjà soumise à différentes reprises, aux juridictions administratives.

– Sous CFG et procédure de référé-liberté, le Conseil d'État, le 17 avril 2020, avait décidé de suspendre l'exécution de l'arrêté du maire de Sceaux qui imposait le port du masque sanitaire, en demandant aux autorités de police municipale de s'aligner sur la politique nationale de lutte contre la pandémie.

– Hors CFG, les tribunaux administratifs de Strasbourg (décision du 2 sept. 2020, n° 2005349) et de Lyon (décision du 4 sept. 2020 n° 2006185) avaient suspendu l'exécution d'arrêtés préfectoraux, obligeant au port du masque partout et toujours sur tout le territoire de ces communes, car jugés non conformes, en l'état, aux conditions de nécessité et de proportionnalité, de ce type de mesures.

Toutefois, par deux ordonnances du 6 septembre 2020 ( n° 443750 et n° 443751), rendues sur la requête du ministre des Solidarités et de la santé, le Conseil d'État a validé, pour l'essentiel, l'obligation généralisée de port du masque par les personnes de plus de onze ans sur l'ensemble d'une commune, si celle-ci comporte plusieurs zones à risque de contamination<sup>126</sup>.

**Mais c'est surtout sur la gravité des sanctions que doit porter un futur contrôle de conventionnalité concernant le masque**. Étant rappelé que selon le Premier ministre, du 17 août au 27 août, les contrôles du respect du port du masque ont donné lieu à « *environ 700 verbalisations par jour* ». <sup>127</sup>

Le ministre de l'intérieur a, lui, précisé le 17 septembre que 44 429 personnes avaient été verbalisées pour non-respect du port du masque<sup>128</sup> (soit 44 429 x à 135 € = 5 997 915 €). Ces verbalisations pouvant donner lieu à une peine de prison.

-----  
les brassages de groupes d'élèves ; – dans la pratique sportive : sous le contrôle des professeurs d'EPS, pas de masque mais on veille à la distanciation physique ; – en internat : pas de masque pour dormir. Les lits sont espacés de plus d'1 mètre ; – en cas de pathologie particulière et sur avis du médecin traitant, un élève peut être dispensé de port du masque.

Pour les familles les plus précaires : des masques ont été attribués par les services sociaux compétents. L'établissement peut également en fournir si un élève en situation de précarité n'en dispose pas.

125 - Orientations pour les opérateurs du Ministère chargé de l'Enseignement supérieur (France) (MESRI) relatives à la préparation de la rentrée universitaire 2020 à la date du 6 août 2020.

126 - <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-port-du-masque-peut-etre-rendu-obligatoire-sur-l-ensemble-d-une-commune-si-celle-ci-comporte-plusieurs-zones-a-risque-de-contamination>

« *Le Conseil d'État valide la possibilité d'imposer le port du masque pour toute une ville, sous conditions* » Le Monde, 6 septembre 2020. [https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/09/06/le-conseil-d-etat-valide-la-possibilite-d-imposer-le-port-du-masque-pour-toute-une-ville-sous-conditions\\_6051211\\_3244.html](https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/09/06/le-conseil-d-etat-valide-la-possibilite-d-imposer-le-port-du-masque-pour-toute-une-ville-sous-conditions_6051211_3244.html)

127 - <https://actu.orange.fr/france/port-du-masque-a-l-ecole-dans-les-universites-en-entreprise-dans-la-rue-l-obligation-se-generalise-magic-CNT000001sMkEv.html>

128 - LCI 18 sept. 2020 avec AFP - <https://www.lci.fr/police/non-port-du-masque-pres-de-45-000-verbalisations-depuis-mai-2164892.html>

## B. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DU CFG EN DROIT INTERNE.

Au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le contrôle de conventionnalité vise à assurer la supériorité des engagements internationaux et européens, ratifiés par la France, sur les lois et les règlements internes (conformément à l'article 55 de la Constitution de 1958). Concernant les dispositions de la Convention européenne, elles sont d'applicabilité directe.<sup>129</sup> Tout individu peut s'en prévaloir devant les juridictions internes de l'ordre judiciaire ou administratif. Le Conseil constitutionnel, a précisé, dans une décision de principe du 15 janvier 1975,<sup>130</sup> **qu'il ne contrôlait pas la conformité d'une loi au regard des conventions internationales** (sauf contentieux électoral). La Cour de cassation a commencé d'exercer ce contrôle dès 1975,<sup>131</sup> le Conseil d'État à partir de 1989<sup>132</sup>. Étant précisé que ce contrôle s'exerce par voie d'exception, c'est à dire lors d'une instance en cours devant une juridiction.

### § 1 - La validation du CFG par le Conseil constitutionnel.

Un contrôle préalable de la loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 ne pouvait intervenir que sur saisine des Présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et de soixante parlementaires. Il n'a pas eu lieu. Ensuite le Conseil constitutionnel a eu à connaître de cette loi ou de ses mesures d'application dans le cadre de sa prorogation (**décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020** - Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions), sans remettre en cause la proportionnalité du CFG. Enfin diverses QPC, lui ont été soumises.

Dans ce dernier cadre, le Conseil constitutionnel, a, par décision n° 2020-846/847/848 du 26 juin 2020, M. Oussman G. et autres [Violations réitérées du confinement], sur QPC, déclaré conforme à la Constitution, **l'alinéa 4 de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique**,<sup>133</sup> qui incrimine la violation d'interdictions ou obligations, édictées en application du 2° de l'**article L. 3131-15** (voir supra A, § 2, b) du même code.<sup>134</sup>

129 - Cassation - Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556, Bull.

Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° de pourvoi : 91-11900, Bull.civ. 1992 A.P., n° 13, p. 27.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007030251&fastReqId=1782511998&fastPos=1>

Coures - Pla et Poncera c. Andorre, 13 juillet 2004, Req. n° 69498/01.

130 - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>

« *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France* » Olivier Dutheil de Lamothe - Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid, 2-4 avril 2009.

« *Dans des décisions ultérieures, le Conseil constitutionnel a explicité ce qui n'était qu'implicite dans la décision de 1975 : si le contrôle de la supériorité des traités par rapport aux lois ne peut être effectué dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il doit être effectué par les juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de Cassation et du Conseil d'État* » (Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, recueil p. 135 ; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, recueil p. 110) « (...) *Sur le plan pratique, les deux types de contrôle ont une portée identique. En effet, sauf peut-être en matière sociale, la Convention européenne des droits de l'homme englobe et même dépasse le catalogue des droits fondamentaux tel qu'il résulte, en France, de la Constitution de 1958 et de son Préambule, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république auxquels il renvoie. Les deux types de contrôle ont, enfin, les mêmes effets pratiques. Même si les décisions rendues en matière de conventionnalité n'ont que l'autorité relative de la chose jugée, elles font jurisprudence et aboutissent, en pratique, à une paralysie des lois jugées contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. L'expérience des pays qui, comme les États-Unis, connaissent un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est là pour confirmer les effets puissants d'un tel contrôle* » .

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france>

131 - Chambre mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabre.

132 - Assemblée plénière, 20 octobre 1989, Nicolo, recueil p. 190.

133 - « *Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule.* ».

134 - Auparavant, par sa décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 - Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions il avait déjà reconnu la conformité à la Constitution du cinquième alinéa et la première phrase du septième alinéa de l'article L. 3136-1 du CSP (§ 58).

Les requérants avaient notamment, fait valoir les *violations du principe de légalité des délits et des peines, du principe de la proportionnalité des peines, du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois*,<sup>135</sup> *du respect de la présomption d'innocence, du droit à un procès équitable.*

Le Conseil constitutionnel les a écarté, aux motifs que les dispositions critiquées sont rédigées de manière suffisamment claire et précise et que l'interdiction de sortie et ses sanctions sont nécessaires et strictement proportionnée aux risques sanitaires [sans les décrire ni tenter de définir leur degré de gravité].<sup>136</sup> Sur le droit de ne pas être jugé deux fois, il retient « *en sanctionnant la quatrième violation de l'interdiction de sortir, les dispositions contestées punissent des faits distincts de ceux réprimés lors des trois premières violations.* ».

Il reste que les sanctions prévues à l'alinéa 4 de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique peuvent toujours être jugées contraires aux articles et 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDHSLF) ainsi qu'à celles de l'article 4, son Protocole n° 7 (dont, droit à la liberté de circulation),<sup>137</sup> voire à l'article 5 (interdiction des détentions arbitraires).

Ces articles n'ont été évoqués qu'« en substance » (sans être cités), par référence aux dispositions similaires du droit interne devant le Conseil constitutionnel, dans la mesure où celui-ci ne contrôle pas la conventionnalité.

Mais les juridictions françaises peuvent continuer à exercer un contrôle de conventionnalité, à propos de normes déclarées constitutionnelles.<sup>138</sup> Ainsi une loi précédemment jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, en France, a déjà été jugée contraire à la Convention européenne, par la Cour de Strasbourg.<sup>139</sup>

## § 2 - Les juridictions internes, dernier rempart des libertés ?

### a) Le rôle primordial du pouvoir judiciaire, des citoyen(ne)s justiciables et de leurs défenseur(e)s.

Il semble que les mécanismes démocratiques de contrôle de la conformité des normes aux droits fondamentaux, s'exerçant au travers du Parlement et du Conseil constitutionnel<sup>140</sup> ne puissent plus, en France, en temps de crise sanitaire, remplir pleinement leur rôle de régulateurs du pouvoir exécutif.

135 - Ce droit, souvent cité comme la règle « *ne (ou non) bis in idem* » ou : « *pas deux fois la même chose* », prévient le cumul des actions et sanctions, pénales et administratives, en répression d'un même comportement. La Cour de cassation signale qu'au travers des QPC qui lui sont soumises « *Cette problématique a pris ces dernières années une acuité particulière, conduisant la Cour de cassation à prendre une part active au processus de remise en question des normes nationales dans un contexte conventionnel* ». Étude 2018 : « *Le rôle normatif de la Cour de cassation* » Part. II, T II, Ch II « Le contrôle de la loi » – Site de la Cour de cassation.

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/tude\\_annuelle\\_8869/r\\_normatif\\_9039/r\\_normatif\\_9040/partie\\_2\\_articulation\\_normes\\_9045/contr\\_validite\\_9047/chapitre\\_2\\_contr\\_loi\\_40736.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/tude_annuelle_8869/r_normatif_9039/r_normatif_9040/partie_2_articulation_normes_9045/contr_validite_9047/chapitre_2_contr_loi_40736.html)

136 - Dans sa décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020 Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, il indique « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente.* »

137 - « *Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie Covid-19* » par Catherine Krief-Semitko, Magistrat, Docteur en droit HDR, professeur honoris causa de l'Académie publique de droit de l'Oural (Russie), Professeur honoris causa de l'Université des sciences humaines d'Ekaterinbourg (Russie) – Rapport Partie V – « Contributions ». Elle précise notamment « *La Cour EDH a toujours conclu à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7, lorsqu'une procédure concernait une seconde infraction ayant pour origine des faits identiques à ceux qui avaient fait l'objet d'une première condamnation ou d'un acquittement définitif ou que les deux décisions litigieuses se fondaient sur le même comportement.* » et « *une verbalisation ne constitue pas une culpabilité légalement établie en matière délictuelle.* »

138 - Dans la mesure où l'article de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, a été respecté, lesquelles précisent ; « *En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.* »

139 - Arrêt Zielinski, Pradal Gonzalez et autres c/ France du 28 octobre 1999 (AJDA 2000. 526, chron. J.-F. Flauss ; D. 2000. 184, obs. N. Fricero ; RFDA 2000. 289, note B. Mathieu ; ibid. 1254, note S. Bolle ; RTD civ. 2000. 436, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 439, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 629, obs. R. Perrot).

140 - Cf. Rapport Part. III, T La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19

Dès lors, si les citoyen(ne)s veulent défendre l'exercice plein et entier de leurs libertés, il leur incombe de saisir le juge d'un contrôle de conventionnalité, à l'occasion de toute contestation des mesures instaurées par l'EUS, leur faisant grief.

### **b) Le contrôle de la conventionnalité du CFG par les juridictions administratives.**

#### **■ Dans le cadre des référés-libertés.**

Les juridictions administratives sont compétentes pour les litiges entre les usagers et les pouvoirs publics relatifs à des décisions ou des actes de l'administration.

En raison du CFG, appliqué de mars à mai 2020, les audiences pour des jugements « au fond » ont été temporairement suspendues. Cependant l'article L. 3131-18 du Code de la santé publique,<sup>141</sup> rappelait que les mesures instaurées par l'état d'urgence sanitaire « *peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative* » (dite « référé-liberté » ou « référé suspension »).<sup>142</sup> 109 décisions en référé ont été rendues en lien avec des recours contre des mesures prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie (site Conseil d'État). Il reste que, dans le cadre de son contrôle de conventionnalité, le Conseil d'État, par une décision, du 22 mars 2020 (Demande de confinement)<sup>143</sup> n'a pas jugé que le CFG était, pas sa nature même, une mesure susceptible de porter une atteinte, non justifiée et non proportionnée, aux dispositions de la Convention européenne (visées à l'ordonnance). Son contrôle a donc essentiellement porté sur les circonstances de son emploi, telles qu'exposées par le gouvernement, au regard desquelles, il a conclu : « *qu'il y a lieu d'enjoindre au Premier ministre et au ministre de la santé, de prendre dans les quarante-huit heures les mesures suivantes : – préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé ; – réexaminer le maintien de la dérogation pour “déplacements brefs à proximité du domicile” compte tenu des enjeux majeurs de santé publique et de la consigne de confinement ; – évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts, compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation.* ».

Ce qui allait globalement, en pratique, dans le sens d'un renforcement du confinement forcé.

#### **■ Dans le cadre des QPC.**

#### ***Selon le Conseil d'État, le confinement n'est pas une privation arbitraire de liberté.***

Dans une décision du 22 juillet, (Association de défense des libertés constitutionnelles), le Conseil d'État a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC, dont il avait été saisi le 18 avril 2020,<sup>144</sup> portant sur la non-conformité de l'article L. 3131-15 du CSP [voir supra A, § 2, b], permettant le CFG, à l'article 66 de la Constitution aux termes duquel « **Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi** ». Aux motifs que les dispositions contestées ne font pas partie de celles réservées à la compétence de l'autorité judiciaire, dans la mesure où elles donnent « *au Premier ministre (...), la possibilité non d'interdire, par une mesure individuelle, à une personne déterminée de sortir de son domicile, mais de prendre*

141 - Créée par l'article 2 de la loi d'urgence sanitaire et abrogé par loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 - art. 7. Ses dispositions ont été reprises à l'article 1- IV, de la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire. Étant rappelé que les procédures de « référé-libertés » et « référé-suspension » sont toujours de droit.

142 - Cf. Rapport Part. III, T II, Ch. I.

143 - CE, statuant au contentieux n° 439674, Syndicat jeunes médecins - Ordonnance du 22 mars 2020.

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-22-mars-2020-demande-de-confinement-total>

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/statuant-en-urgence-le-conseil-d-etat-rejette-la-demande-de-confinement-total-et-enjoint-au-gouvernement-de-preciser-la-portee-de-certaines-interd>

144 - Donc postérieurement au 30 mars 2020, début du délai de suspension de trois mois, des QPC, du 30 mars au 30 juin, prévu à la loi organique du 30 mars 2020, pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

*un acte réglementaire à caractère général, ayant pour objet de viser un ensemble des personnes se trouvant dans une circonscription territoriale dans laquelle l'état d'urgence sanitaire est déclaré ».*

Le Conseil d'État a ajouté que l'article L. 3131-15 du CSP ne méconnaîtrait pas **le droit à un recours juridictionnel effectif**, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

### *Réponse des requérants hors procédure.*

Les requérants ont depuis fait valoir (hors recours), que la rédaction large de l'article 66 de la Constitution (« *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire (...) assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* »), englobe dans son champ d'application, toute mesure administrative, quelle que soit sa portée individuelle ou impersonnelle et que la nouveauté de la question posée – une mesure réglementaire peut-elle être privative de la liberté d'aller et de venir? – suffisait à établir le caractère sérieux de la QPC.<sup>145</sup>

Sur cette QPC, il faut constater que l'article 5 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **ne prévoit pas, au titre des exceptions qu'il énumère au principe: « Nul ne peut être privé de sa liberté »**, le cas visé par l'article L. 3131-15 du CSP, à savoir une interdiction faite à toute personne sur un territoire donné de sortir de son domicile.

Or, il est rappelé que la Cour européenne juge que : « *Aucune privation de liberté n'est régulière si elle ne relève pas de l'un des motifs limitativement énoncés aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1* » (Khlaifia et autres c. Italie [GC], § 88). Et que : « *La notion de "régularité" au sens de l'article 5 § 4 a le même sens que dans l'article 5 § 1, si bien que toute personne arrêtée ou détenue a le droit de faire contrôler la régularité de sa détention à la lumière non seulement des exigences du droit interne mais aussi de la Convention, des principes généraux qui y sont consacrés et de la finalité des restrictions permises par l'article 5 § 1* » (Khlaifia et autres c. Italie [GC], § 128 ; Suso Musac. Malte, § 50 ; voir aussi A. M. v France, § 40-41. « *Le « tribunal » doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement s'il juge que la détention est illégale : un simple pouvoir de recommandation est insuffisant* » (Khlaifia et autres c. Italie [GC], § 128 ; Benjamin et Wilsonc. Royaume-Uni, § 33-34).

Plus généralement « *trois grands principes en particulier ressortent de la jurisprudence de la Cour : la règle selon laquelle les exceptions, dont la liste est exhaustive, appellent une interprétation étroite et ne se prêtent pas à l'importante série de justifications prévues par d'autres dispositions (les articles 8 à 11 de la Convention notamment) ; la régularité de la privation de liberté, sur laquelle l'accent est mis de façon répétée du point de vue tant de la procédure que du fond, et qui implique une adhésion scrupuleuse à la prééminence du droit ; et, enfin, l'importance de la rapidité ou de la célérité des contrôles juridictionnels requis en vertu de l'article 5§3 et 4 (S., V. et A. c. Danemark [GC], § 73 ; Buzadjic. Moldova [GC], § 84). (...) Lorsqu'une privation de liberté sort des limites de l'un des alinéas de l'article 5§1 fixés par la jurisprudence de la Cour, on ne peut l'y ramener en invoquant la nécessité de mettre en balance les intérêts de l'État et ceux des détenus (Merabishvilic. Géorgie [GC], § 298) ».<sup>146</sup>*

145 - <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/010720/constitutionnalite-du-confinement-le-conseil-d-etat-n-est-pas-serieux>  
« Pour le Conseil d'État, le confinement n'était pas une détention à domicile » par Léna Jabre Gazette.fr 23.07.2020.  
<https://www.lagazettedescommunes.com/689669/pour-le-conseil-detat-le-confinement-netait-pas-une-detention-a-domicile/>

146 - Guide sur l'article 5 de la Convention européenne © Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2020. Voir aussi d'autres développements sur la jurisprudence de la Cour sur l'article 5 - Rapport Part. III, T II, A, Ch. II.

### *Interprétation a posteriori du Conseil constitutionnel, par simple courrier, du délai de suspension de 3 mois des QPC.*

Après rejet de leur QPC, par le Conseil d'État,<sup>147</sup> le 22 juillet 2020, une fois expiré le délai légal de trois mois prévu pour statuer (en l'espèce au 18 juillet), à compter de sa saisine, sauf transmission automatique de la QPC au Conseil constitutionnel,<sup>148</sup> les requérants en ont saisi directement le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel, qui avait, par décision du 26 mars 2020, déclaré conforme la loi organique du 30 mars 2020, pour faire face à l'épidémie de Covid-19, ayant institué un délai de suspension de trois mois des QPC, a finalement par courrier du 27 juillet de son secrétaire général, refusé d'enregistrer la QPC. Le motif invoqué étant que le délai de suspension de trois mois, prévu pour statuer aux articles 23-4 et 23-5 de la Constitution, à compter du 1<sup>er</sup> juillet pour les QPC postérieures au 30 mars 2020. Le secrétaire général a donc interprété la suspension du délai de trois mois prévu à la loi organique du 30 mars 2020 comme une prorogation du délai distinct de trois mois prévu aux articles 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique.<sup>149</sup>

#### **c) Le contrôle de la conventionnalité du CFG par les juridictions judiciaires.**

##### **■ Compétence et CFG.**

Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour les litiges entre personnes privées, les juridictions pénales appartiennent, comme les juridictions civiles, à l'ordre judiciaire. Mais à la différence de ces dernières, elles n'interviennent qu'en cas d'infractions (atteintes aux personnes, aux biens et à la société, interdites et réprimées par la loi) et peuvent infliger des peines. Le prononcé de peines pour non-respect des contraintes sanitaires imposées à la population (dont confinement et masques), relève des juridictions pénales.

Depuis le vote de la loi du 23 mars 2020 d'état d'urgence sanitaire, les tribunaux correctionnels et les Cours d'appel ont eu à connaître des articles L. 3131-15 CSP (interdiction de sortie), et L. 3136 -1 (sanctions pénales des contraintes sanitaires), issus de cette loi et à les appliquer (dans le cadre des comparutions immédiates ou des CRPC,<sup>150</sup> dans la majeure partie des cas).

Mais, en l'état des informations dont nous disposons, nous ignorons si les juridictions du fond<sup>151</sup> ont pas un contrôle de conventionnalité, concernant ces sanctions.<sup>152</sup>

##### **■ CFG et Cour de cassation.**

Devant la Cour de cassation, le contrôle de conventionnalité s'étend au respect de la jurisprudence de la Cour européenne et du principe de proportionnalité.<sup>153</sup>

147 - CE 22 juin 2020 - n° 440149 - <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-22/440149>.

148 - L'article 23-7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose ; « La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, [trois mois à compter de la réception de la QPC par ces juridictions] la question est transmise au Conseil constitutionnel. La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé. ».

149 - Cf. aussi sur cette question : Rapport Part. III, T I, Ch. 3.

150 - Comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité, procédure simplifiée communément appelée « plaider coupable ».

151 - Qui se prononcent sur le fond du droit à la différence de la Cour de cassation dont le rôle est de vérifier la manière dont le droit est appliqué et qui, en ce sens « ne constitue pas un 3<sup>e</sup> degré de juridiction ».

152 - « Près de 600 personnes jugées pour non-respect du confinement » - Depuis le 17 mars, **près d'un million de contraventions ont été dressées et quelques 570 personnes ont été poursuivies**. – Le Point 04.05.20.

[https://www.lepoint.fr/sante/pres-de-600-personnes-jugees-pour-non-respect-du-confinement-04-05-2020-2373993\\_40.php](https://www.lepoint.fr/sante/pres-de-600-personnes-jugees-pour-non-respect-du-confinement-04-05-2020-2373993_40.php)

153 - Le 15 avril 2011, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est allée plus loin encore en reconnaissant l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en estimant que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation » (Cass., Assemblée plénière, 15 avr. 2011, n° 10-17.049, D. 2011. 1080). Par ailleurs, le second

Une brève recherche (sites de la Cour de cassation et Légifrance) n'a pas permis d'établir si, en dehors des demandes de renvoi pour QPC qui lui ont été transmises, sur la constitutionnalité de l'article L. 3136-1 du CSP (sanctions pénales des contraintes sanitaires imposées à la population : confinement, masques...), la Cour de cassation et particulièrement sa chambre criminelle, a déjà eu à se prononcer sur la conventionnalité de cet article et de l'article L. 3131-15 CSP (interdiction de sortie), et L. 3136 -1 (sanctions pénales des contraintes sanitaires imposées à la population : confinement, masques...), issus de la loi du 23 mars 2020 d'état d'urgence sanitaire (si des lecteurs/trices ont des réponses à cette interrogation qu'ils ou elles se manifestent, auprès de l'IDHBP).

**Il est donc conseillé, à tout(e) personne appelée à défendre contre les sanctions de l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique, de viser, dès l'origine de leur contestation, les articles de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales CEDHSLF (au besoin en recourant à l'aide juridictionnelle, pour l'assistance d'un(e) avocat(e)<sup>154</sup>).**

Si la violation de ces articles est écartée, par la chambre criminelle de la Cour de cassation, une requête au fond devant la Cour européenne pourra alors être envisagée, la condition d'épuisement des voies de recours internes (cf. infra D, § 1, a) étant remplie.<sup>155</sup>

### C. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DU CFG EN DROIT INTERNATIONAL À « BREFS » DELAIS.

Au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

#### § 1 - Un « référé état d'urgence » nécessaire.

Dans un entretien récent, Nicolas Hervieu a posé à Jean-Paul Costa (tous deux contributeurs du présent rapport), la question suivante :<sup>156</sup>

-----  
élément de la potentialité émancipatrice du contrôle de conventionnalité est certainement le plus remarquable. Ce dernier réside dans la nouveauté que constitue l'exercice d'un « contrôle de proportionnalité » entrepris par la Cour de cassation. Ce contrôle consiste pour cette dernière à évaluer, in concreto, la proportionnalité d'une ingérence à un droit ou à une liberté au regard du but poursuivi. Un tel contrôle conduit la Cour à contrôler le fait autant que le droit, rompant ainsi avec la mission qui lui est traditionnellement dévolue en tant que juge de cassation. »  
« L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation » par Marc Guerrini RDLF 2017, chron. n° 21- <http://www.revuedf.com/droit-fondamentaux/lutilisation-du-controle-de-conventionnalite-par-la-cour-de-cassation-ou-le-paradoxe-de-lacceptation/#note-6557-17>

154 - « 15. Il se déduit de la combinaison des articles 529-2 et 530 du code de procédure pénale, des dispositions de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ainsi que des stipulations de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme que le contrevenant ou l'intéressé, lorsqu'il entend présenter une requête en exonération d'une infraction au code de la route qui lui est reprochée ou une réclamation en contestation d'une amende forfaitaire majorée, à la faculté, s'il l'estime nécessaire à la défense de ses intérêts et sans préjudice des prérogatives que l'autorité de poursuite tient de l'article 530-1 dudit code, d'être représenté dans ses démarches par un avocat. »

Arrêt n° 939 du 1<sup>er</sup> septembre 2020 (19-83.092 ; 19-86.433) - Cour de cassation - Chambre criminelle – ECLI: FR: CCAS: 2020: CR00939.

155 - « Dans l'hypothèse rare où QPC et saisine de la Cour de Strasbourg ont le même objet, le constituant français a confié aux deux cours suprêmes la régulation du système. Elles apprécient les conditions de la transmission de la QPC pour permettre, le cas échéant, au Conseil constitutionnel d'abroger la norme législative. Si elles ne transmettent pas, la saisine de la Cour de Strasbourg est possible. Ce rôle particulier se déduit de leur double rôle de juge conventionnel et de filtre constitutionnel. Le fait de poser une QPC, élément de l'épuisement des voies de recours interne, ne doit ainsi pas être confondu avec la saisine du Conseil constitutionnel sur cette QPC qui ne participe pas de cet épuisement. Le Conseil constitutionnel reste une juridiction spécialisée en matière constitutionnelle. Certes sa saisine a été élargie mais il n'est pas devenu une cour régulatrice. ». « Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France » par Olivier Dutheillet de Lamothe, Intervention lors Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid, 2-4 avril 2009.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france>

Rappelons que la saisine de la Cour de Strasbourg est possible aussi dans le cas où, après transmission d'une QPC, la constitutionnalité contestée d'une norme est reconnue par le Conseil et qu'aucune des deux cours suprêmes ne constate que cette norme viole les dispositions de la CEDHSLF.

156 - Entretien avec Jean-Paul Costa, juge à la Cour européenne des droits de l'homme - Nicolas Hervieu 18 | 2020 Revue des droits de l'homme - N° 18.

<https://doi.org/10.4000/revdh.10392>

« À l'épreuve du terrorisme ou, plus récemment encore, de la pandémie de Covid-19, de nombreux États européens – dont la France – ont multiplié les dérogations temporaires et les restrictions pérennes aux droits et libertés. Doit-on s'inquiéter d'une forme de « spirale de l'exception » qui fragiliserait les droits fondamentaux ? La Cour européenne peut-elle et doit-elle intervenir ? ».

La réponse a été la suivante : « *C'est là une tentation de longue date du droit français : état de siège, état d'urgence, circonstances exceptionnelles, Article 16 de la Constitution (utilisé une seule fois en 1961 mais jamais abrogé (...)) Il est parfois inévitable de recourir à l'exception, mais elle risque subrepticement de devenir la règle, comme quand l'état d'urgence s'éternise. C'est regrettable. La Cour a des moyens de contrôle, mais à condition d'être saisie, et surtout de pouvoir réagir rapidement.*

*J'ai souvent rêvé d'une procédure de vrai référé devant la Cour : l'article 39 du Règlement de la Cour, sur les mesures provisoires, est insuffisant. Cela reste un rêve. Mais il faut rêver l'avenir pour qu'il se réalise – un jour. »*

De son côté le professeur Gérard Gonzalez, constate « *une intervention de la Cour européenne, rare et tardive (pour la période “dérogoire” de 2015 à 2017 une seule affaire a été communiquée au gouvernement français pour l'instant – M.F. c/France, req. n° 15794/17).* » [du fait de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et la longueur de la procédure ordinaire devant la Cour européenne].<sup>157</sup>

## § 2- Les mesures provisoires devant la Cour.<sup>158</sup>

Elles doivent être envisagées si la Cour de cassation devait reconnaître la conventionnalité du CFG, dans le contexte de l'EUS, pour un(e) requérant(e) **condamné(e) à une peine de prison prononcée, sur le fondement de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique.**<sup>159</sup>

### a) La violation de l'article 5 CESDHLF.

C'est un moyen qui peut être tenté, à l'appui d'une demande de mesures provisoires (article 39 du règlement de la Cour) lorsqu'une violation de l'article 5 CESDHLF « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales* » est en cause et qu'il existe des raisons sérieuses de penser que le requérant n'a pas été privé de sa liberté, au titre des exceptions légales prévues par l'article 5. Mais le seul risque de détention arbitraire n'a pas encore été admis par la Cour européenne, comme ouvrant droit à leur bénéfice.

Néanmoins, à défaut d'une procédure de vrai référé devant la Cour, que Jean Paul Costa appelle de ses vœux. Dans un contexte d'état d'urgence qui ne lui a pas été déclaré comme tel, peut-être que la Cour pourrait élargir, au visa de ces dernières circonstances, les conditions de recevabilité des mesures provisoires. Notamment, lorsqu'il ressort d'un certain nombre de faits, que l'état d'urgence a duré ou risque de durer, au-delà de ce qui est admissible, en termes de respect des droits fondamentaux.

### b) L'article 3 CESDHLF.

À titre complémentaire à l'article 5, l'article 3 de la Convention (interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants), peut être un fondement supplétif à une requête mesures provisoires, pour éviter qu'une peine de prison susceptible, au fond, d'être jugée illicite, n'occasionne le prolongement d'une détention de ce fait arbitraire.

Certes, si la Cour européenne admettait la recevabilité de mesures provisoires,<sup>160</sup> elle ne pourrait alors se prononcer que sur la suspension de la peine de prison, pas sur le fond. Mais il n'est pas exclu que cela

157 - « *L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid-19 ou l'ombre d'un doute* » Billets d'humeur par Gérard Gonzalez RDLF 2020 chron. n° 43 - <http://www.revuedlf.com/cedh/l'article-15-de-la-convention-europeenne-a-lepreuve-du-covid19-ou-lombre-dun-doute/>

158 - Cf. Rapport Part. I, T II, Ch. II, A, II et Part. IV, T II, Ch. II, D.

159 - Ce qui est arrivé dès les débuts du CFG (cf. Rapport Part. III, T II, Ch. I, A, § 1, a).

160 - Ce qui devrait impliquer de démontrer que la personne est placée dans une prison où la surpopulation carcérale et/ou les conditions de

puisse hâter l'examen du recours au fond, dont devra également être saisie la Cour européenne, pour violation des articles 5, 6 et 4 du protocole n° 7 CESDHLF (au moins), eu égard au caractère **forcé** du confinement, par la loi d'urgence sanitaire française, adoptée sans considération des articles 15 CESLF et 4 PICDP, et des principes de Syracuse.<sup>161</sup>

Sachant, toutefois, que dans un Communiqué du 8 juillet 2020:<sup>162</sup> « *La Cour de cassation tire les conséquences de la condamnation que la Cour européenne des droits de l'homme a prononcée contre la France à raison des conditions indignes de détention dans plusieurs centres pénitentiaires et maisons d'arrêt et de l'absence de recours devant les autorités françaises permettant d'y remédier de manière effective (arrêt du 30 janvier 2020, JMB c. France, requête n° 9671/15 et 31 autres). (...) La Cour exerce son contrôle de conventionnalité. S'agissant d'une affaire dans laquelle l'intéressé est détenu, compte tenu de l'urgence, elle n'a pas à surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel et doit examiner immédiatement le moyen pris d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Rappelant que tout juge national, en tant qu'il est chargé d'appliquer cette Convention, doit tenir compte des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre une éventuelle modification des textes, la Cour de cassation énonce qu'il appartient au juge judiciaire de faire vérifier les allégations de conditions indignes de détention formulées par un détenu sous réserve que celles-ci soient crédibles, précises, actuelles et personnelles. Dans les hypothèses où les vérifications ainsi entreprises établissent la réalité de l'atteinte alléguée au principe de dignité de la personne détenue sans qu'il y ait été remédié depuis lors, **le juge doit ordonner la mise en liberté de la personne** en lui imposant, éventuellement, une assignation à résidence avec surveillance électronique ou un contrôle judiciaire. »*

Dès lors, il est possible que la Cour de cassation puisse tout en admettant la conventionnalité du GFG, ordonner la mise en liberté d'un détenu, sur le fondement de l'article 3 CESDHLF, si elle estime que les conditions de détention portent objectivement atteinte à son droit à l'intégrité physique.<sup>163</sup>

détention sont tellement attentatoires à son intégrité, qu'elles peuvent être assimilées à un traitement inhumain et dégradant, selon les critères de la jurisprudence de la Cour européenne.

À cet égard, il convient de signaler une lettre ouverte aux président.e.s de la Commission européenne, du Conseil européen et du Parlement européen du 17 avril 2020, par laquelle des juristes de nombreux États membres demandent une amnistie immédiate pour les personnes privées de liberté les plus vulnérables ainsi qu'un recours accru aux mesures alternatives à la détention. Parmi les signataires de cet appel, pour n'en citer que quelques-un.e.s : Jean-Marie Delarue, ancien contrôleur général des lieux de privation de liberté ; Vincent Delbos, magistrat, ancien membre du Mécanisme national de prévention ; Mairead Corrigan Maguire, prix Nobel de la paix de 1976 ; Jean-Paul Costa, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme ; Bruno Cotte, ancien président de chambre à la Cour pénale internationale ; Alvares Gil Robles, premier commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ; Pascal Lamy, ancien commissaire européen ; Nils Muiznieks, ancien commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ; Françoise Tulkens, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore Mireille Delmas-Marty, professeure honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

« *Coronavirus et personnes privées de liberté : un appel pour une amnistie immédiate* ».

<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/coronavirus-et-personnes-privees-de-liberte-un-appel-pour-une-amnistie-immEDIATE>

161 - Cf. Rapport Part. I, T II, Ch. III, B.

162 - Communiqué du 8 juillet 2020 « *La Cour de cassation tire les conséquences de la condamnation que la Cour européenne des droits de l'homme a prononcée contre la France à raison des conditions indignes de détention dans plusieurs centres pénitentiaires et maisons d'arrêt et de l'absence de recours devant les autorités françaises permettant d'y remédier de manière effective (arrêt du 30 janvier 2020, JMB c. France, requête n° 9671/15 et 31 autres).* »

[https://www.courdecassation.fr/IMG/20200708\\_communique-QPC\\_pourvoi-detention.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20200708_communique-QPC_pourvoi-detention.pdf)

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/communiqués\\_presse\\_8004/indignes\\_office\\_9802/lire\\_qpc\\_20\\_81.739\\_45107.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/indignes_office_9802/lire_qpc_20_81.739_45107.html)

163 - Dans un arrêt récent, elle s'est prononcée contre la remise en liberté, aux motifs que : « *le moyen pris de la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme est infondé, dès lors que, faute pour le demandeur d'avoir fait état devant les juges de ses conditions personnelles de détention au sein de la maison d'arrêt où il était détenu, de façon suffisamment crédible, précise et actuelle pour constituer un commencement de preuve de leur caractère indigne, la chambre de l'instruction n'était pas tenue de faire vérifier les conditions de détention de l'intéressé avant de confirmer le rejet de sa demande de mise en liberté.* »

9. « *D'autre part, l'argumentation développée par le requérant au visa de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait prospérer, l'intéressé n'ayant pas préalablement allégué que sa vie a été exposée à un risque réel et imminent en raison de conditions personnelles de détention dans le contexte de l'épidémie de Covid-19.* ». Arrêt n° du 19.08.20 n° 20-82171 - Cour de cassation - Chambre criminelle.

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_criminelle\\_578/1659\\_19\\_45203.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/1659_19_45203.html)

**c) L'article 8 CESDHLF.**

À défaut de pouvoir se prévaloir avec efficacité des articles précités de la Convention, au soutien d'une demande de mesures provisoires, un(e) requérant(e) incarcéré(e), peut encore se prévaloir de l'article 8, **CESDHLF**, parfois retenu comme fondement de l'article 29 du règlement de la Cour (cf. infra D, § 1). L'emprisonnement portant gravement atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale.

**§ 3 - Le protocole n° 16 CESDHLF : la demande d'avis consultatif à la Cour.**

Le protocole n° 16<sup>164</sup> permet aux plus hautes juridictions des États (pour la France : Conseil d'État, Cour de cassation et Conseil constitutionnel : Cons. min. 20 déc. 2017), dans le cadre d'une affaire pendante, d'adresser à la Cour européenne de Strasbourg, des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés, définis par la Convention ou ses protocoles. Ce pour faciliter l'application de la jurisprudence de la Cour européenne au niveau national et résoudre en amont les difficultés d'interprétation de la Convention.

Ce protocole est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018, trois mois après sa ratification par la France, 10<sup>e</sup> pays du Conseil de l'Europe à le signer<sup>165</sup>.

Auparavant, en visite officielle à la Cour européenne, le 31 octobre 2017, le président de la République française avait annoncé cette ratification, en rappelant « *l'attachement de la France aux droits fondamentaux* », et, en même temps, en assurant aux juges strasbourgeois que la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme<sup>166</sup> était un texte « *efficace, respectueux des libertés et protecteur car conforme à la Convention européenne des droits de l'homme* »<sup>167</sup>.

Il faut supposer que cette assurance vaut aussi pour la loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020, puisque la France n'a pas cru bon de déclarer une dérogation, au visa de l'article 15 CESDHLF, pour la mettre en œuvre.

Mais puisqu'elle a ratifié le protocole n° 16, la Cour de cassation peut désormais soumettre les dispositions de cette loi à la Cour européenne, afin qu'elle puisse, sans attendre d'être saisi d'un recours au fond, se prononcer sur leur conformité avec les obligations conventionnelles de la France.

Certes, un avis rendu dans ce cadre n'est pas contraignant. Cependant, la France aura certainement à cœur d'en tenir compte au nom de « *son attachement aux droits fondamentaux...* ». Et, si par extraordinaire, elle en était empêchée, cet avis de la Cour permettrait aux citoyen(ne)s et aux juridictions français(es) de lui rappeler cet attachement, qui fait son honneur, avec force.

**Un tel avis serait aussi une boussole très utile pour indiquer, non seulement à la France mais encore à tous les pays du Conseil de l'Europe, dont la pandémie a montré qu'ils commençaient à dériver dangereusement un peu trop loin des voies du respect de la démocratie et des libertés, le cap pour y revenir...**

---

164 - Son article 1 prévoit : « *Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.* ».

Les avis sont transmis à la juridiction qui en fait la demande et publiés.

165 - L. 2018-237 du 3 avr. 2018 autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

166 - Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre, à la fin de l'état d'urgence sécuritaire en France (cf. Rapport Part. I).

167 - « *Le chef de l'État devant les juges de la CEDH* » Dalloz actualité - par Thomas Coustet, le 2 novembre 2017.

<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/chef-de-l-etat-devant-juges-de-cedh>

## D. AUTRES PRÉCISIONS SUR LE DÉCONFINEMENT ET LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ.

### § 1 - Les textes sur le déconfinement.

#### a) La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020.

Prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et du décret n° 2020-663 du 31 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 et l'étape du 3 juin.

Le Premier ministre a présenté, le 28 avril 2020, les modalités du déconfinement en France débutant à partir du 11 mai 2020. Cela avait été préalablement annoncé par le Président de la République le 13 avril 2020. Pour organiser ce déconfinement, la loi du 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, a été promulguée. L'état d'urgence a été prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 avec certaines modifications sur les dispositifs qui avaient été pris, et notamment la suppression de la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire. La loi a notamment modifié les dispositifs relatifs à la fermeture provisoire et la réglementation de l'ouverture des lieux accueillant du public, les mesures individuelles relatives à la quarantaine. La loi a également mis en place le système d'information « StopCovid ». La Commission nationale de l'informatique et des libertés a adopté une délibération (n° 2020-083) le 23 juillet 2020 sur le projet de décret pris en application de l'article 3 de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire relatif à la durée de conservation des données pseudonymisées collectées à des fins de surveillance épidémiologique et de recherche sur le virus de la Covid-19.

C'est l'important décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 qui a défini les mesures générales pour la mise en place du déconfinement, et la réglementation de l'ensemble des activités économiques et civiles et le transport. Le décret fixe notamment les règles relatives à l'enseignement, aux activités sportives, au culte, au transport, aux activités de santé.

#### b) La loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire du 17 juin 2020, et les décrets pris pour la sortie de l'état d'urgence.

La sortie de l'état d'urgence sanitaire était prévue au 10 juillet 2020. La loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 a organisé la sortie de l'état d'urgence sanitaire en mettant fin officiellement à l'état d'urgence sanitaire créée et instituée par la loi organique du 30 mars 2020 et la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

Toutefois, cette loi, organisant la sortie de l'état d'urgence, a maintenu des régimes dérogatoires permettant au gouvernement de réglementer encore les libertés individuelles, en restreignant la libre circulation, l'exercice des activités économiques et sociales, l'exercice du droit à manifester, du droit à participer aux activités religieuses, et cela jusqu'au 31 octobre 2020. La CNCDH a d'ailleurs exprimé des réserves dans un communiqué de presse du 15 juin 2020 (voir annexes au 15 juillet 2020 partie VI). Des parlementaires et juristes se sont inquiétés du dispositif mis en place par le gouvernement consistant à restreindre de nouveau les libertés par l'adoption d'une ordonnance, et des dispositifs réglementaires en dehors de tout état d'urgence.

Deux décrets sont venus réglementer les modalités de la sortie de l'état d'urgence, en organisant les mesures de la vie quotidienne et en fixant les obligations pesant sur les citoyens et les entreprises, et les restrictions de libertés maintenues.

**■ Le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020.**

**Prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé.** Il prévoit notamment, et à titre d'exemple.

– Afin de ralentir la propagation du virus, les mesures d'hygiène définies en annexe I au présent décret et de distanciation sociale, incluant la distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes, dites « barrières », définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toutes circonstances. Il doit être souligné qu'en cas de défaut du port du masque dans les endroits visés, le législateur renvoie à l'article 3136-1 du code de santé publique (CSP) qui prévoit, à son troisième alinéa, une amende de 135 euros (contravention de quatrième classe). Le décret qui régit le port du masque a été pris par le Premier ministre, et non par le ministre de la Santé, ce qui conforte la légalité de l'amende. La loi du 9 juillet prévoit qu'« À compter du 11 juillet 2020, et jusqu'au 30 octobre 2020 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la Santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 [...] réglementer l'ouverture au public, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou de plusieurs catégories d'établissements recevant du public. »

– Les rassemblements, réunions, activités, accueils et déplacements ainsi que l'usage des moyens de transport qui ne sont pas interdits en vertu du présent décret sont organisés en veillant au strict respect de ces mesures.

– Les établissements de culte sont autorisés à recevoir du public dans le respect des dispositions qui leur sont applicables et dans des conditions de nature à permettre le respect des dispositions de l'article 1<sup>er</sup>. Toutefois, les personnes appartenant à un même foyer ou venant ensemble dans la limite de dix personnes ne sont pas tenues de respecter une distanciation physique d'un mètre entre elles dans ces établissements. Toute personne de onze ans ou plus qui accède ou demeure dans ces établissements porte un masque de protection. L'obligation du port du masque ne fait pas obstacle à ce que celui-ci soit momentanément retiré pour l'accomplissement des rites qui le nécessitent. Le gestionnaire du lieu de culte s'assure à tout moment, et en particulier lors de l'entrée et de la sortie de l'édifice, du respect des dispositions mentionnées au présent article.

**■ Le décret n° 2020-884 du 17 juillet 2020 modifiant le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020.**

**Prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé,** prévoit notamment que le préfet territorialement compétent prescrit la mise en quarantaine ou le placement et le maintien en isolement, lorsqu'elles arrivent sur le territoire national depuis l'étranger des personnes présentant des symptômes d'infection au Covid-19.

Enfin, on peut se reporter à l'avis du Conseil scientifique du 27 juillet 2020 (voir annexes au 30 août 2020) qui recommande un dialogue avec la Société civile sur les mesures à prendre en cas de reprise de la circulation du virus à haut niveau, et des mesures de confinement localisés et non plus générales.

**§ 2 - Les contrôles de constitutionnalité et conventionnalité des juridictions françaises à l'occasion du « déconfinement ».****a) Les juridictions de l'ordre judiciaire.**

La cour de Cassation (Cass. Soc. 26 mai 2020, n° 974) a statué sur la conformité des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 qui prolonge, sans intervention judiciaire, pour les durées qu'il prévoit, tout titre de détention venant à expiration, mais à une seule reprise au cours

de chaque procédure, avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme qui stipule que lorsque la loi prévoit, au-delà de la durée initiale qu'elle détermine pour chaque titre concerné, la prolongation d'une mesure de détention provisoire, l'intervention du juge judiciaire est nécessaire comme garantie contre l'arbitraire. La Cour a considéré que l'article 16 précité de l'ordonnance **n'est compatible avec l'article 5 de cette Convention** et la prolongation qu'il prévoit régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention, dans le cadre d'un débat contradictoire tenu, le cas échéant, selon les modalités prévues par l'article 19 de l'ordonnance.

**b) Les juridictions de l'ordre administratif.**

Le Conseil d'État a été saisi en référé à de multiples reprises sur la conformité des dispositions prises dans le cadre de l'état d'urgence. Il a statué à deux reprises sur la liberté de manifester, sur la liberté de religion, sur les caméras thermiques, la vision conférence à la CNDA. Il a également écarté de très nombreux recours estimant que l'urgence n'était pas établie pour statuer en référé. Nous renvoyons aux annexes qui regroupent les principales décisions du Conseil d'État.

**c) Les réactions du Conseil constitutionnel.**

– Le Conseil constitutionnel a statué sur l'article L. 3136-1 du code de la santé publique qui punit de 6 mois d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende le fait de violer les mesures de confinement à plus de trois reprises en moins de 30 jours. Une durée d'emprisonnement qui n'a pas été choisie au hasard par le législateur : elle permet de juger les contrevenants selon la procédure accélérée de la comparution immédiate. Parmi ces interdictions figure, au 2° de l'article L. 3131-15, l'interdiction de sortir de son domicile sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé, qui peut être décidée par le Premier ministre dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. (Décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020).

Le Conseil juge que ni la notion de verbalisation, qui désigne le fait de dresser un procès-verbal d'infraction, ni la référence aux « *déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux et de santé* » ne présentent de caractère imprécis ou équivoque. Par ailleurs, en retenant comme élément constitutif du délit le fait que la personne ait été précédemment verbalisée « *à plus de trois reprises* », le législateur n'a pas adopté des dispositions imprécises. En particulier, ces dispositions ne permettent pas qu'une même sortie, qui constitue une seule violation de l'interdiction de sortir, puisse être verbalisée à plusieurs reprises. Le législateur a prévu que le délit n'est constitué que lorsque la violation de l'interdiction de sortir est commise alors que, dans les trente jours précédents, trois autres violations ont déjà été verbalisées. Ainsi, le Conseil juge que le législateur a suffisamment déterminé le champ de l'obligation et les conditions dans lesquelles sa méconnaissance constitue un délit. **Le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines.**

– Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC concernant la conformité des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 qui prolonge, sans intervention judiciaire, pour les durées qu'il prévoit, tout titre de détention venant à expiration, mais à une seule reprise au cours de chaque procédure (Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 – M. Sofiane A. et autres). Le Conseil constitutionnel relève que les dispositions contestées de la loi d'habilitation n'excluent pas toute intervention d'un juge lors de la prolongation d'un titre de détention provisoire venant à expiration durant la période d'application de l'état d'urgence sanitaire. Il juge par conséquent qu'elles ne portent atteinte ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux exigences de l'article 66 de la Constitution imposant l'intervention d'un juge dans le plus court délai possible en cas de privation de liberté. Le Conseil ajoute que l'inconstitutionnalité alléguée par les requérants ne pourrait

résulter que de l'ordonnance prise sur le fondement de ces dispositions. Il rappelle que 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. Le Conseil a donc écarté la violation des dispositions de la Constitution. **La Cour de cassation a cependant constaté une violation des dispositions de la CEDH.**

## E. L'INTERVENTION DES INSTITUTIONS EUROPÉENNES.

### § 1 - La Cour européenne de Strasbourg.

#### a) La requête individuelle (article 35 CEDH).

##### ■ Les conditions de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme.

En application de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »), les États ayant ratifié la Convention garantissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis par la Convention. La Convention est donc applicable à toute personne morale ou physique que se situe sur l'un des territoires des États ayant ratifié la Convention, peu importe qu'il soit ou non de la nationalité de l'un de ces États. La Cour européenne n'est cependant compétente qu'à l'égard des États ayant ratifié la Convention.

C'est l'article 34 de la Convention qui prévoit que toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers victime d'une violation de la Convention peut saisir la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour »). L'article 35 définit les conditions de saisine. C'est donc plus 820 millions de personnes physiques qui peuvent saisir la Cour.

L'article 35 § 1 de la Convention prévoit que :

*« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».*

L'article 35 § 3 dispose que :

*« La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsqu'elle estime la requête incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exigent un examen de la requête au fond... ».*

Les conditions fixées par l'article 35 sont examinées de manière très stricte par la Cour européenne. Plus de 95 % des requêtes sont déclarées irrecevables.

La Cour doit donc être saisie dans un délai de six mois à compter de la date de la dernière décision interne définitive. Le requérant doit épuiser les voies de recours internes avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Cela signifie qu'avant de saisir la Cour, il faut engager toutes les procédures judiciaires existantes et nécessaires devant les juridictions nationales et faire les recours existants, y compris devant les juridictions suprêmes. Il y a quelques exceptions définies par la jurisprudence de la Cour.

La condition liée à l'épuisement des voies de recours ne signifie cependant pas seulement d'avoir exercé toutes les voies de recours, mais suppose également que le requérant ait invoqué, devant les juridictions nationales, les dispositions de la Convention. Cette condition est très importante dans le contexte des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence.

La Cour rappelle que la finalité de l'article 35 de la Convention est de ménager aux États contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées devant eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention. La juridiction de la Cour européenne est subsidiaire. S'agissant d'un recours international, la responsabilité d'un État ne peut alors être engagée que dans l'hypothèse où une convention internationale lui a été opposée dans le cadre de la procédure nationale. Le but poursuivi est de permettre aux juridictions nationales d'examiner la violation du droit protégé par la Convention et invoqué par le requérant. Dès lors que le requérant n'a pas invoqué les dispositions de la Convention devant les juridictions nationales, la Cour déclare irrecevable la requête, en application de l'article 35 de la Convention.

Pour pouvoir porter une affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait à la contestation d'une mesure conséquence des dispositions légales prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le citoyen ou la personne morale doit donc engager une procédure devant les juridictions nationales pour contester la mesure prise à son encontre et épuiser les voies de recours, c'est-à-dire engager une procédure devant les juridictions en référé et au fond, faire appel, aller devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Le requérant doit également être victime directe de la mesure qu'il conteste. Il n'est ainsi, en règle générale, pas possible de venir contester dans sa globalité une loi nationale au motif qu'elle serait contraire à la Convention, dès lors que l'on n'en serait pas victime, au sens de la Convention. La requête serait également déclarée irrecevable si le préjudice du requérant n'était pas important.

Le principal critère permettant à la Cour d'estimer qu'une requête est irrecevable est celui qui a trait au caractère manifestement mal fondé de la requête. Il s'agit là en réalité d'apprécier si le requérant est bien fondé à invoquer une violation des dispositions de la Convention. Cela signifie que le requérant qui entend contester des mesures prises en application de l'état d'urgence sanitaire puisse faire valoir que celles-ci enfreignent un droit garanti par la Convention et que la mesure prise par l'État ne puisse pas être justifiée pour les droits de fond, telles que la protection de la vie privée (article 8), la liberté de penser et de religion (article 9), la liberté d'expression (article 10), la liberté de réunion et d'association (article 11), par les dérogations permises par les paragraphes 2 de ces dispositions.

Le gouvernement français n'ayant pas fait de déclaration de dérogation en application de l'article 15 relatif à la dérogation en cas d'état d'urgence, l'ensemble des droits et garanties définis par la Convention est susceptible d'être confronté aux mesures prises par l'État dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

#### ■ La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme.

La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme suit des règles de forme très strictes. Le requérant doit utiliser le formulaire de requête disponible sur le site de la Cour : [www.echr.coe](http://www.echr.coe).

Le requérant doit utiliser le formulaire de la Cour et respecter les conditions de forme décrites sur le site de la Cour. Le formulaire peut être téléchargé à l'adresse suivante : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms&c=fr>

Une fois que la Cour a examiné si le requérant a respecté les règles de forme, la requête est alors traitée par la Cour et fera l'objet soit d'un examen d'irrecevabilité par un juge unique ou par un comité de trois juges, ou d'une décision sur la recevabilité et le fond par un comité de trois juges, ou enfin distribuée à une chambre de sept juges qui examinera la recevabilité et statuera éventuellement sur le fond de l'affaire. L'affaire peut également être renvoyée en Grande chambre. La procédure est essentiellement écrite. Les audiences devant la Cour sont exceptionnelles. La procédure pour les affaires qui viennent au fond est d'une durée d'au moins deux ans et jusqu'à cinq ou six ans.

La Cour peut être saisie simultanément par plusieurs personnes physiques ou morales d'une violation de la Convention, dès lors que les requérants sont bien victimes de la violation invoquée. Il est alors possible de déposer une requête concernant plusieurs requérants selon des modalités définies par la Cour dans ses instructions pratiques.

**b) La requête simultanée visant l'article 39 du règlement de la Cour.**

En application de l'article 39 du règlement de la Cour, celle-ci peut ordonner des mesures provisoires qui sont des mesures d'urgence et qui ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de dommages irréparables. Elles ne sont appliquées que dans des domaines limités, et le plus souvent lorsque l'on peut craindre des menaces contre la vie, situation qui relève de l'article 2 de la Convention, ou lorsqu'il y a un risque de mauvais traitements ou tortures prohibés par l'article 3 de la Convention. Exceptionnellement, des mesures peuvent être prises au titre d'une éventuelle violation de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour rend la plupart de ces décisions relatives à des mesures provisoires dans des affaires d'expulsion et d'extradition. La procédure est écrite. La Cour peut être saisie en urgence par des requêtes adressées en télécopie à la Cour. Il faut suivre la procédure décrite sur le site de la Cour à l'adresse suivante : [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants&c=fr#n1365511916164\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants&c=fr#n1365511916164_pointer)

La requête doit être motivée et il faut préciser les éléments sur lesquels se fonde la demande, et notamment concernant les risques invoqués et les dispositions de la Convention concernées.

Là encore, si le requérant dispose d'une possibilité de saisir une juridiction nationale avec efficacité concernant la mesure d'urgence qu'il sollicite, il devra le faire. La saisine de la Cour d'une demande de mesure provisoire n'est *a priori* pas susceptible de s'appliquer dans le cadre des mesures prises par l'État dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, sauf situation exceptionnelle.

**c) La saisine de la Cour européenne au titre des mesures prises par le gouvernement français dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire la sortie de celui-ci.**

Les dispositifs adoptés par le gouvernement français ont fait l'objet de nombreux recours notamment dans le cadre de la procédure de référé liberté devant le Conseil d'État. Ces recours ne seront pas nécessairement jugés suffisants pour répondre aux exigences des critères de l'article 35 de la Convention européenne pour saisir la Cour d'une requête à l'encontre de la France pour violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme au titre des dispositifs restreignant les libertés individuelles dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'absence de possibilité (sauf exceptions) de recours devant la Cour européenne pour contester in abstracto une disposition générale prise dans le cadre de l'état d'urgence, comme par exemple l'interdiction de se rendre dans un lieu de culte, ne facilite pas l'examen immédiat de conventionnalité devant la Cour européenne. Il faudra que les requérants engagent des procédures individuelles devant les juridictions nationales au fond pour se plaindre des restrictions de leurs libertés pendant l'état d'urgence, avant de saisir le juge européen. Toutefois, cela sera plus facile dans le cadre de sanctions pénales qui auraient été prises sur le plan national à l'encontre de citoyens qui n'auraient pas respecté les interdictions prononcées, ou pour les prolongations de détention provisoire sans recours au juge. Les réponses insuffisantes données par le Conseil constitutionnel ne sont pas un frein à l'exercice du recours européen, dès lors que le Conseil constitutionnel français ne contrôle pas les dispositions nationales au regard du droit international des droits fondamentaux. On pourrait également questionner le juge national sur la conformité du dispositif général de restriction des libertés au regard des droits et libertés garanties par la Convention alors que la France n'a pas fait de déclaration auprès du Conseil de l'Europe au titre de l'article 15 de la Convention. Les mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire restreignant l'ensemble des libertés répondent certainement aux critères de légalité, de justifi-

cation d'un intérêt objectif de sécurité sanitaire et de santé, mais sont-elles proportionnelles alors que la France a opté pour un confinement forcé généralisé sans étude d'impact préalable ou concomitant ? Le questionnement est nécessaire non pas dans une optique de critiques des mesures difficiles qui ont été prises alors que la France manquait de moyens médicaux de prévention, mais pour mieux appréhender demain de nouvelles crises sanitaires ou autres au regard des libertés fondamentales qui ont très probablement été écartées d'autorité sans réflexion préalable, par un arbitrage purement scientifique là où il n'y avait hélas pas de vérité scientifique.

## § 2 - La mise œuvre des mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux propres à l'UE.

### a) La Cour de Justice de l'Union européenne (cf. supra Part. I, T II, Ch. III).

L'intervention de la Cour de Justice de l'Union européenne est possible mais, comme on l'a vu (Part. I, T II, Ch. II, B, § 1 et C), la difficulté est que la situation en cause doit s'inscrire dans le champ d'application du droit de l'Union européenne. En d'autres termes, il doit exister une norme de droit de l'Union européenne autre que la Charte applicable au litige, soit que l'État membre mette en œuvre la norme en question soit qu'il y déroge ou même y porte atteinte. Les mesures de police, y compris sanitaires, relevant essentiellement de la compétence des États membres, ce lien pourrait s'avérer difficile à établir, sauf pour certaines mesures ayant un lien plus évident avec le droit de l'Union européenne, notamment le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'espace Schengen ou encore la restriction de l'entrée des ressortissants d'États tiers pour les voyages non essentiels aux frontières extérieures.

### b) Autres mécanismes de contrôle et de sanction applicables à la France par le Parlement, la Commission, et le Conseil européen.

Le principal instrument extra-juridictionnel qui pourrait être utilisé dans le cadre de l'Union européenne est l'art. 7 TUE, destiné à garantir les valeurs de l'Union que sont le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités (cf. supra Part. I, T II, Ch. II, B, § 2). Cette procédure semble toutefois inadaptée. D'une part, elle ne permet de constater qu'un « *risque clair de violation grave par un État membre* » des valeurs de l'Union (volet préventif) ou « *une violation grave et persistante par un État membre* » des valeurs de l'Union (volet correctif). Le standard est donc élevé. Il s'agit qui plus est d'une procédure politique et non juridique, se prêtant assez peu à un examen minutieux de proportionnalité. En outre, les seuils de vote pour de tels constats sont exagérément élevés : le constat de risque clair de violation grave requiert une majorité des quatre cinquièmes des membres du Conseil, cependant qu'un constat de l'existence d'une violation grave et persistante requiert l'unanimité du Conseil européen.

Il est cependant intéressant de noter que de nombreux mécanismes de « suivi » par l'Union européenne, qui n'ont *a priori* pas de lien avec la question des droits fondamentaux, peuvent parfois être utiles pour identifier des problèmes de respect des valeurs et des droits fondamentaux dans certains États membres. C'est le cas du « Tableau de bord » de la justice de la Commission européenne<sup>168</sup>, mais également, de façon peut-être plus surprenante, du « Semestre européen », le cycle annuel de l'UE pour la coordination des politiques budgétaires et économiques, qui porte par exemple une attention particulière à la qualité du système judiciaire national au motif que « *l'état de droit et l'amélioration de l'indépendance, de la qualité et de l'efficacité des systèmes judiciaires sont essentiels pour un climat favorable aux affaires* »<sup>169</sup>.

168 - Cf. par exemple Communication du 28 mai 2018 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Tableau de bord 2018 de la justice dans l'UE », COM/2018/364 final.

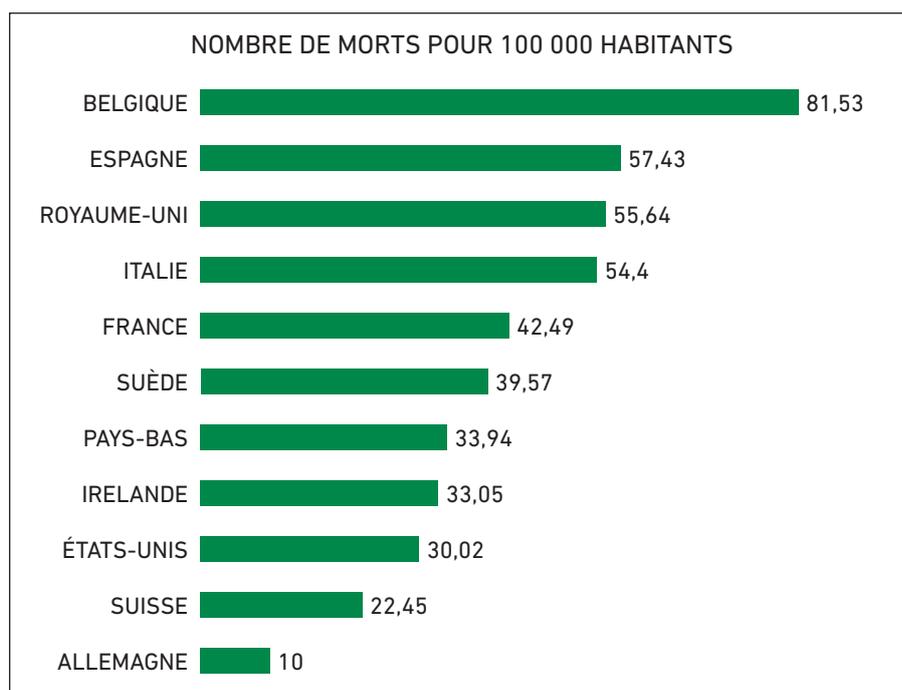
169 - Communication de la Commission du 22 novembre 2017 au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, « Examen annuel de la croissance 2018 »,

La Commission européenne initie par ailleurs cette année un « cycle d'examen de l'état de droit », censé conduire à un rapport annuel sur l'état de droit résumant la situation de tous les États membres, et il y a fort à parier que les mesures nationales prises en réaction à la crise du coronavirus y occuperont une place importante. En lien encore plus direct avec la question qui nous occupe, la Commission européenne a lancé le 7 juillet 2020 une plate-forme appelée « The Global Monitor of Covid-19's Impact on Democracy and Human Rights »<sup>170</sup> destinée à identifier les mesures nationales (à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Union européenne) qui, de façon excessive ou injustifiée, restreignent les libertés civiles, discriminent dans l'application des mesures liées à la pandémie, limitent le contrôle parlementaire et civique et exploitent les possibilités de renforcement du pouvoir exécutif au nom de la lutte contre la pandémie<sup>171</sup>. Si, encore une fois, il ne s'agit pas d'un instrument contraignant, les données de cette plate-forme pourraient s'avérer précieuses pour tenir les différents États membres (et non membres) responsables de leurs éventuels excès ou instrumentalisations.

## F. STATISTIQUES DE LA SURMORTALITÉ POUR CERTAINS PAYS D'EUROPE.

### § 1 - Tableau de statistiques publié par le Conseil scientifique, dans son avis n° 7 du 2 juin 2020.

(4 scénarios pour la période post-confinement - Anticiper pour mieux protéger) p. 21.



COM (2017) 690 final.

170 - Aucune traduction française officielle n'est disponible à l'heure où ces lignes sont écrites.

171 - [https://ec.europa.eu/international-partnerships/events/global-monitor-covid19s-impact-democracy-and-human-rights-one-stop-tool-hold-governments\\_en](https://ec.europa.eu/international-partnerships/events/global-monitor-covid19s-impact-democracy-and-human-rights-one-stop-tool-hold-governments_en)

## § 2 - Tableau d'après les statistiques publiés par Statista au 23 juillet 2020.<sup>172</sup>

### a) Pays appliquant le confinement forcé général (CFG).

Pays	Morts	Population	% Morts/Popu.	Personnes à risque léthal <sup>173</sup>
Belgique <sup>174</sup>	9 808	11 476 279	0,085 %	114 762
Italie*	35 082	60 359 546	0,058 %	603 595
France*	30 175	67 064 000	0,044 %	670 640
Espagne <sup>175</sup>	28 426	49 331 076	0,057 %	493 310

\* Autorisation de sortie nécessaire, obligation sanctionnée pénalement.

Début du CFG : Italie : 11 mars 2020 - Espagne : 14 mars 2020 - France : 16 mars 2020 - Belgique : 17 mars 2020.

### b) Pays appliquant d'autres mesures que le confinement forcé général.

Pays	Morts	Population	% Morts/Popu.	Personnes à risque léthal
Allemagne*	9 108	83 186 719	0,010 %	831 867
Suède <sup>176</sup>	5 667	10 313 447	0,054 %	103 134
Suisse*	1 972	8 292 809	0,023 %	82 928

\* Rassemblements publics limités à un nombre restreint de personnes, obligation sanctionnée pénalement.

172 - Sources : <https://fr.statista.com/statistiques/1101324/morts-coronavirus-monde/>

173 - Elles représenteraient 0,5 à 1 % de la population.

Il s'agit des personnes de plus de 70 ans et/ou souffrant de comorbidités (hypertension artérielle, diabète, maladie coronarienne, affections de longues durées). [Sources : Avis Conseil scientifique français Covid-19 du 02.04.2020 - « État des lieux du confinement et sorties. » Et du 2 juin 2020].

174 - En Belgique il a été demandé de limiter les déplacements à l'essentiel (santé, nourriture, banque, pharmacie, poste, essence, aide aux gens dans le besoin), à défaut la sanction peut être une peine de prison allant de huit jours à trois mois, et à une amende comprise entre 28 et 500 euros.

175 - L'Espagne a également pris une réglementation assortie de sanctions pour limiter strictement la circulation, mais sans autorisation de sortie, celles-ci ayant été complètement interdites, même pour les enfants, sauf approvisionnement trajets pour le travail, courses de première nécessité ou promenade du chien

176 - Les mesures d'isolation en Suède sont limitées aux personnes à risques.

# CINQUIÈME PARTIE

---

## Les contributions au Rapport.



© Noëlle Herrenschmidt

**Cette partie regroupe des contributions spécifiques de juristes et d'ONG qui ont accepté, à la demande des Instituts, d'éclairer ainsi le Rapport général présenté par les Instituts.**

**Ces contributions sont distinctes du Rapport. Elles ont été rédigées, selon les auteurs, entre le mois de mars et le mois de juillet 2020.**

**Elles doivent donc être lues en tenant compte de la date de leur rédaction, et du contexte spécifique à cette date.**

## **I - LES PERSONNES PHYSIQUES.**

### **A. Le recours à l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme.**

Jean-Paul COSTA (27.04.2020)

### **B. Le droit à l'épreuve de la pandémie.**

Nicolas HERVIEU (24.04.2020)

### **C. La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le coronavirus.**

Catherine LE BRIS (11.04.2020)

### **D. Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale.**

Carole NIVARD (05.04.2020)

### **E. La portée de l'article 4 du Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966 et la création d'un « état d'urgence sanitaire », par la loi du 23 mars 2020, en France.**

Emmanuel DECAUX (07.04.2020)

### **F. Coronavirus : Liberté, Égalité, Fraternité ? Loi d'urgence et réfugiés.**

Jean-Michel BELORGEY (30.03.2020)

### **G. Faut-il notifier l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe ?**

Laurent PETTITI (26.03.2020)

### **H. Pour le 70<sup>e</sup> Anniversaire de la Déclaration Universelle des droits de l'homme.**

Régis de GOUTTES (10.12.2018)

### **I. Et la Bulgarie face au coronavirus Covid-19.**

Christina TZITZELKOVA (juin 2020)

### **J. Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie « Covid-19 ».**

Catherine KRIEF-SEMITKO (juin 2020)

### **K. La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique.**

Marc VERDUSSEN (14 juillet 2020)

### **L. Grèce : les mesures visant à faire face à la pandémie risquent-elles d'avoir des effets juridiques durables ?**

#### **Le cas des relations professionnelles (ou des conditions de travail).**

Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS et Panagiota PETROGLOU (juillet 2020)

### **M. Le coronavirus aujourd'hui, demain, après-demain.**

Jean Michel BELORGEY (mars 2020)

### **N. Petites observations au sujet de la liberté confinée de circuler.**

Jérôme BENZIMRA-HAZAN (1<sup>er</sup> mai 2020)

### **O. La compatibilité des mesures prises pour la prévention du Covid-19 avec la Convention européenne des droits de l'homme.**

Anton LANA (juillet 2020)

**P. Après le Covid-19, un vaccin pour protéger la démocratie.**

Patrick de FONTBRESSIN (juin 2020)

**Q. La liberté de religion en Allemagne face au Covid-19 et la décision du 10 avril 2020  
la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne. (1 BvQ 28/20)**

Clara BRETON (juin 2020)

**R. Confinement souple à la japonaise face au Coronavirus.**

Maki KOBAYASHI (juillet 2020)

**S. La gestion de la crise sanitaire par l'Allemagne.**

Marie-Avril ROUX STEINKÜHLER (juin 2020)

## **II - LES PERSONNES MORALES**

**A. Rapport sur la situation à Haïti au regard des engagements internationaux.<sup>1</sup>**

CARDH (08.04.20)

**B. Les conséquences du Coronavirus et des mesures prises pour lutter contre l'épidémie  
sur les personnes et les familles les plus pauvres.**

ATD Quart Monde (03.04.2020)

**C. Les personnes en situation de handicap et leurs familles : oubliées d'une crise  
ou d'un système ?**

UNAPEI

**D. L'avocat et la liberté d'expression au vu des restrictions et mesures diverses liées  
à la crise sanitaire.**

UIA

**E. L'impact de la pandémie dans les activités internationales de la Croix-Rouge.**

La Croix-Rouge Française

---

1 - Ce Rapport a été retenu, notamment en raison de la présentation qu'il fait les circonstances dans lesquelles les États contractants parties peuvent déroger à certaines obligations que leur impose le droit international des droits fondamentaux, dans le cadre d'une alerte sanitaire devenue mondiale. Outre que l'on ne parle jamais assez d'Haïti, lorsqu'il s'agit de sa situation sanitaire ou de celle relative aux droits fondamentaux.

## TITRE I. LES PERSONNES PHYSIQUES.

CONTRIBUTIONS : Article du 27/04/2020

### A. Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme

Par Jean-Paul COSTA

Faut-il que dans les circonstances actuelles la France fasse usage, ou non, du droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ? J'ai lu ou entendu des arguments en faveur de chaque terme de cette alternative, **étant rappelé que, à l'heure où ces lignes sont écrites, notre pays a choisi de ne pas recourir à l'article 15. Je crois savoir que c'est un choix délibéré, après avoir été mûrement réfléchi. Je ne le mets pas en cause en tant que tel.**

Je n'ai au surplus nullement la prétention de trancher entre les deux opinions possibles, et à dire vrai je n'avais pas l'intention de m'exprimer publiquement sur la question. Aimablement sollicité par le Professeur Nicolas Molfessis, j'accède à sa demande. Si j'indique ci-après ma préférence personnelle comme citoyen (et comme juriste), elle n'engage en aucune façon les fonctions que j'exerce ou ai exercées.

#### La question revêt *prima facie* plusieurs aspects contradictoires.

Tout d'abord, l'article 15, qui permet de déroger à la majorité des droits et libertés garantis par la Convention et ses Protocoles<sup>1</sup>, est un texte d'exception et pourrait donc apparaître comme « liberticide », ce que je ne crois pas, eu égard aux garanties fournies par cette disposition. J'y reviendrai.

En second lieu, celle-ci a été introduite dans le texte conventionnel pour permettre aux États contractants de faire face à un état d'urgence, en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation. Et cela me semble être vraiment le cas. À l'évidence l'épidémie (ou pandémie) de Covid-19, si elle n'est pas équivalente à une guerre – sauf de façon métaphorique –, constitue certes un « autre grave danger public qui menace la vie de la nation ». L'urgence de la situation a d'ailleurs été expressément reconnue par le législateur.

**Il faut rappeler que ce n'est pas l'état d'urgence au sens de la loi du 3 avril 1955 modifiée qui a été déclaré. La loi du 23 mars 2020 a introduit un nouveau chapitre dans le Code de la santé publique, applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021<sup>2</sup>, et par là même créé un nouveau concept, celui de « l'état d'urgence sanitaire ». Auparavant, le Code ne traitait que des « menaces et crises sanitaires graves ». Le nouvel état d'urgence sanitaire, qui peut être déclaré par décret en conseil des ministres, ne se confond pas avec l'état d'urgence traditionnel.**

Pourrait-on en déduire, par une interprétation *a contrario* de la réserve que la France avait faite à l'article 15 lorsqu'elle a ratifié la Convention en 1974, qu'elle ne peut pas appliquer l'article 15 sur la base de l'état d'urgence sanitaire ?

Certes non, et si je me suis posé par scrupule la question, je crois que nul n'y songe. Selon la réserve, la mise en œuvre de l'Article 16 de la Constitution, la déclaration de l'état de siège et celle de l'état d'urgence « doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 ». Mais la France ne

1 - A l'exception bien sûr des droits dits non dérogeables, ceux garantis par les articles 2, 3, 4 § 1, et 7 de la Convention, par l'article 4 du Protocole n° 7 et par le Protocole n° 13. C'est évidemment très important de le rappeler, car ce sont des droits tout à fait fondamentaux, et cela relativise sensiblement l'importance de l'article 15 et donc de son usage. Je n'insiste pas car le problème essentiel n'est évidemment pas là.

2 - En vertu de l'article 7 de la loi.

s'est évidemment pas interdite d'invoquer cet article dans le cadre d'un régime juridique autre que ceux de l'article 16, de l'état de siège et de l'état d'urgence. La liste n'est pas limitative.

Au demeurant, la loi du 23 mars 2020 précise que l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ». Enfin la Cour européenne des droits de l'homme, dès l'arrêt *Lawless c. Irlande*, sa toute première affaire, a jugé que les termes de l'article 15 désignent « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État »<sup>3</sup>. Nul doute que le Covid-19, avec ses effets catastrophiques sur la santé, mais aussi sur la société, sur l'économie, le fonctionnement de l'État, la vie organisée... justifie, *par excellence*, le recours à l'article 15.

Un troisième élément entre en jeu. La dérogation prévue par l'article 15 n'est pas pour les États une obligation, mais un *droit*. Même si elle entre par excellence dans les objectifs et dans le champ d'application de l'article 15, la crise sanitaire n'oblige pas à invoquer cette disposition. Bien évidemment, la Cour européenne des droits de l'homme, si elle contrôle l'usage, ou l'abus, que tel ou tel État fait de l'article 15 de la Convention<sup>4</sup>, ne contrôle pas l'absence de recours à l'article 15. On ne censure pas une abstention. À ce stade on pourrait conclure que la question appelle une réponse évidente et que, puisqu'elle n'y est pas obligée, la France n'a pas besoin d'user de la dérogation. La cause serait entendue.

#### **Un État comme la France pourrait, dans les circonstances actuelles, recourir à cet article.**

J'ai même une préférence pour cette solution, pour deux séries de raisons, touchant les unes au fonctionnement de l'État et les autres aux droits et libertés.

#### **DU POINT DE VUE DE L'ÉTAT.**

Je pense qu'il y va d'une souhaitable *transparence* et d'une *cohérence* non moins bienvenue de l'État. Transparence d'abord :

D'une part, décider publiquement de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est rappeler – sans doute paradoxalement, j'en suis conscient, mais assurément, j'en suis convaincu, – que la France s'estime liée par les stipulations de la Convention et de ses Protocoles ; alors même que périodiquement certains acteurs de la vie politique souhaitent que notre pays s'affranchisse du système européen de protection des droits de l'homme.

**C'est aussi rappeler que, en vertu de l'article 55 de la Constitution, un traité tel que la Convention a une autorité supérieure à celle des lois.** S'il est vrai que la France est et demeure un État de droit (un État soumis au droit), le bloc de conventionnalité en est un rouage essentiel, comme d'ailleurs les normes contenues dans d'autres instruments internationaux en matière de droits de l'homme auxquels la France est partie.

**D'autre part, les formalités auxquelles l'article 15 subordonne la dérogation concourent à la publicité de la décision et à la transparence de l'État. Celui-ci doit notifier sa décision au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, qui en informe les autres États contractants. Il doit le tenir informé des mesures prises et des motifs qui les inspirent. Il lui faudra informer le Secrétaire général de la date à laquelle ces mesures auront cessé d'être en vigueur et les dispositions conventionnelles auxquelles il a été dérogé auront reçu de nouveau pleine application.** Tout cela est important dans

3 - Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1961, § 28 de la partie « En droit ».

4 - Elle a de façon générale admis l'existence des circonstances invoquées par l'État pour justifier son droit à dérogation. Seule la Commission européenne des droits de l'homme, dans son rapport du 5 novembre 1969 sur l'Affaire Grecque (Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas contre Grèce), a estimé que ce pays n'était pas fondé à recourir à l'article 15. Pour éviter l'exclusion de la Grèce par le Conseil de l'Europe, celle-ci, ou plutôt le gouvernement des colonels, a quitté le Conseil et dénoncé la Convention. La Grèce est revenue en 1974.

le cadre d'un mécanisme collectif de garantie des droits et libertés, auquel la France a souscrit<sup>5</sup> (pour la notion de garantie collective, on peut se référer à l'affaire interétatique *Irlande c. Royaume-Uni*<sup>6</sup>).

Cohérence ensuite :

Dans le passé, la France a fait à plusieurs reprises usage de son droit à dérogation. Elle l'a fait dans des cas touchant une partie du territoire<sup>7</sup> ou tout le territoire<sup>8</sup>. Je ne plaide évidemment pas en faveur d'une invocation systématique de l'article 15. Mais il me semblerait cohérent de faire actuellement usage de ce droit. Par exemple, le terrorisme est un fléau gravissime, de nature à menacer la vie de la nation et à justifier l'usage du droit de dérogation, comme cela a été le cas pour la France et pour d'autres pays<sup>9</sup>.

**Mais la multiplicité et l'importance des droits et libertés auxquels la loi et les ordonnances récentes portent atteinte me paraissent justifier au moins autant la dérogation, avec la publicité qu'elle implique.** L'État a parfaitement le droit de changer de doctrine mais la clarté du changement ne me semble pas totalement claire.

### DU POINT DE VUE DES DROITS ET LIBERTÉS.

A mon avis, ce qui pose problème c'est davantage l'urgence (et les mesures législatives et réglementaires qu'elle impose) que l'article 15 de la Convention.

Celui-ci donne en effet aux personnes sous la juridiction de l'État qui l'applique de nombreuses garanties.

**Les mesures prises par l'État, quand elles dérogent aux obligations prévues par la Convention et ses Protocoles, ne doivent le faire que « dans la stricte mesure où la situation l'exige »<sup>10</sup> (et à condition qu'elles ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international)<sup>11</sup>.**

La Cour, dans le cadre de son contrôle, a souvent conclu à la violation de dispositions importantes de la Convention<sup>12</sup>. Sans être exhaustif, je rappelle que de nombreux arrêts ont conclu à des violations graves de la Convention, qu'il s'agisse de l'article 3 (d'ailleurs non dérogeable), ou des différents paragraphes de l'article 5, ou de l'article 10, ou encore de l'article 13. L'article 15 ne donne aucun blanc-seing à l'État : le contrôle de la Cour est loin d'être formel ou inexistant.

En outre son contrôle implique l'épuisement des voies de recours internes – à l'exception des *mesures provisoires* que la Cour peut édicter sur le fondement de l'article 39 du Règlement de la Cour, et qui pourraient s'avérer importantes – et donc il se surajoute au contrôle des juridictions nationales. Il en assure une supervision externe, conforme à la primauté de la Convention de sauvegarde sur la loi.

En définitive, utiliser ou ne pas utiliser le droit de dérogation limitée et encadrée ouvert aux États par l'article 15 de la Convention relève d'un choix juridique et politique.

Je peux comprendre celui qui est fait actuellement, mais je réitère ma préférence personnelle pour l'autre solution.

Ce texte a été publié par l'auteur, le 27 avril 2020, sur le blog *Le Club des Juristes*.

5 - Fût-ce avec retard.

6 - Arrêt du 18 janvier 1978, § 70. Voir aussi *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995.

7 - En 1985 pour la Nouvelle-Calédonie, en 2005 pour 25 départements (à la suite des émeutes).

8 - Entre 2015 et 2017, en raison des graves attentats terroristes.

9 - La France entre 2015 et 2017, mais d'autres États aussi : l'Irlande, le Royaume-Uni, la Turquie...

10 - Voir *A. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, § 173, qui est un arrêt que je connais bien.

11 - *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993.

12 - Voir à titre d'exemples, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996 (violation des articles 3, 5 § 3 et 13), *Bilen c. Turquie*, 21 février 2006 (articles 3, 5 § 3 et 5 § 4), *A. c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, précité, (article 5 § 1), *Sahin Alpay c. Turquie*, 20 mars 2018 (articles 5 § 1 et 10). La CEDH censure aussi l'inadéquation des mesures dérogatoires *ratione loci* : voir *Sakik c. Turquie*, 26 novembre 1997 (violation des articles 5 § 3, 5 § 4, 5 § 5).

CONTRIBUTIONS : Tribune - 24/04/2020

## B. Le droit à l'épreuve de la pandémie.

Par Nicolas HERVIEU

*« Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés ».*

Longtemps tournés vers le passé et les vagues de peste médiévale, ces mots de la célèbre fable de La Fontaine résonnent désormais avec une inquiétante actualité. Le déferlement de l'épidémie de Covid-19 – ou « coronavirus » – a remis au goût du jour les craintes ancestrales d'un mal épidémique d'autant plus inquiétant qu'il est aussi dangereux qu'invisible.

Or, même dans un contexte troublé, les principes légaux et les contraintes juridiques ne s'évaporent pas au gré de la progression du virus. Tout au plus sont-ils adaptés aux circonstances. Pour ce faire, nombre de dispositifs préexistaient à la crise. Certains sont anciens et généraux, tel l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955 ou encore le régime redouté des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution. D'autres sont plus récents et spécifiques. Il en est ainsi du désormais célèbre article L. 3131-1 du Code de la santé publique, au cœur des premières salves juridiques contre le Covid-19.

Le tout étant placé sous le sceau des circonstances exceptionnelles. C'est d'ailleurs la théorie jurisprudentielle éponyme – conçue par le Conseil d'État pour tolérer des mesures illégales en temps normal – qui irrigue l'ensemble des actions contemporaines.

En outre, rien n'interdit de forger des outils inédits. Tel est le cas du nouveau régime d'« état d'urgence sanitaire », véritable hybridation légale de l'état d'urgence classique et des pouvoirs de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique.

Les autorités sont donc suffisamment armées juridiquement, l'essentiel du combat sanitaire résidant désormais dans les moyens humains et matériels ainsi que l'application des mesures exceptionnelles.

Pour autant, chaque jour, le risque d'un sacrifice de notre État de droit sur l'autel de la lutte contre l'épidémie demeure prégnant.

Certes, à la différence des entailles à nos libertés au prétexte de la menace terroriste, les restrictions actuelles sont, à ce jour du moins, structurellement bornées, notamment car la menace sanitaire est *a priori* éphémère.

Mais en période de crise, la vigilance s'impose. D'abord envers le législateur et le gouvernement, qui ont fixé des sanctions pénales discutables mais aussi ouvert la voie à d'inquiétantes dérogations aux droits sociaux. Ensuite envers certaines initiatives locales hasardeuses de maires ou préfets, sans compter les risques d'application arbitraire des règles nationales par les forces de l'ordre.

Par ailleurs, la décision du 22 mars par laquelle le Conseil d'État a rejeté, en référé, la demande de confinement total mais a enjoint au gouvernement de durcir l'interdiction de déplacement pose question. Car si l'existence d'un juge puissant pour protéger les droits et libertés face à l'administration est saine dans un État de droit, une même puissance juridictionnelle pour imposer au gouvernement des restrictions générales de libertés à toute la population est bien plus préoccupante.

Dans un contexte aussi tendu, il est donc essentiel de veiller à la persistance des anticorps démocratiques, au premier rang desquels figure le contrôle juridictionnel. C'est ainsi que nous éviterons que notre État de droit partage le sort du baudet narré par La Fontaine, victime expiatoire de la frayeur collective teintée de lâchetés individuelles que, bien souvent, suscitent les épidémies.

Première publication *Gazette du Palais* (24/04/2020, n° 12)

CONTRIBUTIONS : Article 27/03/20,

### C. La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le Coronavirus.

Par Catherine LE BRIS

S'asseoir sur un banc dans un parc, rêver en regardant la mer sur la plage, dîner avec sa famille, ses amis, sortir faire ses emplettes, courir des kilomètres durant... Être libre.

À vivre chaque jour ces libertés, peut-être en avait-on oublié leur caractère précieux. À les considérer comme acquises, peut-être avait-on occulté, aussi, qu'elles ne sont pas absolues. Aujourd'hui confinés, munis de nos attestations de sortie, nous expérimentons, ce que nombre d'entre nous, nés en temps de paix, dans un État de droit, n'avions encore que peu connu : les limites aux libertés.

Les droits de l'homme permettent à l'individu de se définir et d'agir en toute indépendance, d'être autonome au sein du groupe dont il fait partie. Pour autant, l'individu n'est pas placé *hors* du groupe : c'est seulement dans le cadre de la « communauté » que « *le libre et plein développement de sa personnalité est possible* »<sup>13</sup>. C'est pourquoi l'individu doit exercer ses libertés dans le respect des droits d'autrui, en particulier des plus vulnérables, et de manière à « *satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* »<sup>14</sup>. L'État, lui-même, peut – voire, doit, dans certains cas – limiter les libertés individuelles, quand les circonstances l'imposent, en particulier pour des raisons sanitaires.

Ceci explique que même si chacun a, en principe, le droit de circuler librement, l'État a la possibilité de restreindre ou prohiber les déplacements pour éviter la propagation d'une épidémie telle que le Coronavirus. C'est dans cet esprit que la France a adopté le décret du 16 mars 2020<sup>15</sup> (puis ceux des 19<sup>16</sup> et 23<sup>17</sup> mars) qui interdit à toute personne la sortie du domicile sauf exceptions.

#### L'ÉTAT D'URGENCE N'EST PAS UN BLANC-SEING.

Des entorses aux libertés sont ainsi possibles en situation d'urgence, mais elles sont strictement encadrées : **une dérogation aux droits de l'homme n'est permise qu'« en cas de danger public exceptionnel »<sup>18</sup>, lorsque l'existence même de la nation est en cause et « dans la stricte mesure où la situation l'exige »<sup>19</sup>**. Il peut s'agir d'un conflit armé, d'une catastrophe, de terrorisme ou d'une pandémie – « guerre sanitaire » contre un ennemi « invisible »<sup>20</sup> – comme aujourd'hui, mais quoi qu'il en soit, la situation doit être particulièrement grave; elle doit notamment menacer l'intégrité physique de la population<sup>21</sup>. L'État doit pouvoir justifier non seulement sa décision de proclamer un état d'exception, mais aussi et surtout **chaque mesure concrète** qui découle de cette situation. Ces mesures doivent remplir deux

13 - Art. 29, par. 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (« DUDH ») de 1948.

14 - Art. 29, par. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Voir aussi l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

15 - 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.

16 - 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.

17 - 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.

18 - Art. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« 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) ».

19 - Ibid.

20 - Selon les termes du Président de la République Emmanuel Macron : voir « Adresse aux Français » du 16 mars 2020.

21 - 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 »).

conditions : elles doivent être nécessaires mais aussi strictement proportionnées, c'est-à-dire que l'intensité de l'atteinte aux libertés est fonction de la gravité de la menace. Pour être conforme aux exigences internationales en la matière, « *chaque mesure doit être dirigée contre un danger réel, manifeste, présent ou imminent et ne peut être imposée par simple crainte d'un danger potentiel* »<sup>22</sup>. **De plus et surtout, avant d'adopter toute mesure, 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 éventuellement susceptibles de prévenir la contagion, les autres mesures telles que les interdictions de sortie ne sont, en soi, pas fondées. La situation est donc problématique lorsque les moyens nécessaires ne sont pas mis à disposition.

En général, en cas de danger exceptionnel, déroger à la liberté de mouvement et de réunion est suffisant : les autres libertés n'ont, en principe, pas à être impactées<sup>23</sup>. S'agissant de la lutte contre le Coronavirus, toutefois, le droit à une vie familiale normale se voit aussi limité puisque les rapports entre petits-enfants et grands-parents sont à éviter. Quant au droit au travail, il est soit aménagé (avec le télétravail), soit entravé selon les cas.

**Certains droits, cependant, ne peuvent souffrir d'aucunes limitations, y compris en situation d'urgence : tel est le cas, notamment, du droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants<sup>24</sup>.** À ce titre, il est strictement interdit, même en cas d'épidémie, de soumettre une personne, sans son libre consentement, à une expérience médicale ou scientifique<sup>25</sup> : ni la recherche – qui est, elle-même, une liberté<sup>26</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. Un tel procédé est contraire à la dignité humaine.

La liberté de conscience et de pensée est, elle-même, par essence, absolue même si la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut, elle, être restreintes, notamment pour des raisons de santé publique, ce qui explique que les rassemblements liés au culte puisse être temporairement interdits<sup>27</sup>.

**L'état d'urgence ne confère ainsi nullement un blanc-seing à l'État. D'ailleurs, lorsqu'il adopte des mesures d'urgence et décide de déroger aux droits de l'homme, celui-ci est tenu de le déclarer formellement : il doit, selon les règles internationales, adopter un « acte officiel »<sup>28</sup> proclamant le danger public exceptionnel. Il est aussi tenu d'en informer aussitôt, entre autres, le Secrétaire général de l'ONU, et ainsi les autres États<sup>29</sup> : il doit fournir au Secrétaire des explications circonstanciées sur ce qui l'a conduit à prendre ces mesures et sur les libertés ou droits qui sont suspendus. De la sorte, les organes de protection des droits de l'homme des Nations unies peuvent s'assurer que l'État respecte bien ses obligations en matière de droits de l'homme. Si tel n'est pas le cas, l'individu dont les libertés ont été violées pourra, après épuisement des recours internes, adresser une « plainte » à ces organes, en particulier au Comité des droits de l'homme des Nations unies<sup>30</sup> (organe qui s'apparente à une juridiction et qui ne doit pas être confondu avec le Conseil des droits de l'homme des Nations unies). Or si l'État n'a pas formulé de déclaration de dérogation, il lui est**

22 - Par. 54 des Principes de Syracuse (non souligné dans la version d'origine).

23 - En ce sens, CDH, Observation générale n° 29, par. 5.

24 - Art. 4, par. 2 du PIDCP et art. 15, par. 2 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 nov. 1950.

25 - Art. 7 du PIDCP.

26 - Art. 15, par. 3 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (« PIDESC ») du 16 décembre 1966.

27 - Art. 18, par. 3 du PIDCP.

28 - Art. 4, par. 1 du PIDCP. Voir aussi le par. 42 des Principes de Syracuse.

29 - Art. 4, par. 3 du PIDCP. Voir aussi le par. 44 des Principes de Syracuse.

30 - Voir le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

impossible d'arguer de la situation d'urgence pour justifier les violations de droits individuels en cas de « plainte »<sup>31</sup>.

Pour proclamer l'état de danger exceptionnel, l'État doit suivre « les procédures prévues par la *loi nationale* »<sup>32</sup>; des procédures qui doivent être « établies *avant* la survenance du danger »<sup>33</sup>. Cette dernière précision est essentielle car il n'est jamais bon de légiférer sur les libertés pour l'avenir lorsque l'on vit une situation de crise.

En France, c'est par le décret du Premier ministre du 16 mars, cosigné par le ministre de la Santé, que les libertés ont initialement été limitées. Il s'agissait donc d'un acte réglementaire, et non pas législatif mais le décret s'appuie sur la loi de 2007 relative aux menaces sanitaires de grand ampleur<sup>34</sup>. 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. Les mesures en causes doivent être « proportionnée(s) »<sup>35</sup>, mais elles sont néanmoins susceptibles d'affecter une liste de droits et libertés « *impressionnante et presque sans limite* »<sup>36</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 avérée, comme celle de Covid-19* », comme l'a rappelé le Conseil d'État<sup>37</sup>.

Le dispositif de la loi du 3 avril 1955 permet de déclarer l'état d'urgence « *en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* »<sup>38</sup> : la pandémie de Coronavirus remplit sans conteste cette condition.

**Reste qu'en réponse à la crise sanitaire, le choix a été fait de légiférer. Adopter ainsi une nouvelle loi, qui s'ajoute 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.** Certes la finalité poursuivie est légitime puisqu'il s'agit d'associer le Parlement face à l'ampleur de la crise et de chercher à « *concilier les impératifs d'efficacité dans cet objectif de santé publique avec les droits et libertés* »<sup>39</sup> mais « *toute législation d'exception porte des risques de dérives* »<sup>40</sup>.

La nouvelle loi du 23 mars 2020 relative à l'épidémie de Covid-19 instaure un « état d'urgence sanitaire »<sup>41</sup>. Elle autorise le Premier ministre 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>42</sup>, d'« *interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé* »<sup>43</sup> ou encore d'ordonner des mises en quarantaine. Ces mesures doivent toutefois avoir pour « *seules fins de garantir la santé*

31 - 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*, Paris, Pedone, 2016, p. 721.

32 - Par. 43 des Principes de Syracuse.

33 - Ibid.

34 - Loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur.

35 - Article L3131-1 du Code de la Santé publique.

36 - 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).

37 - Conseil d'État (« CE »), Ordonnance du 22 mars 2020, Syndicat jeunes médecins, n° 439674, par. 2.

38 - Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

39 - Voir « Étude d'impact. Projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 », 18 mars 2020, Par. 2.2, en ligne : <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj19-376-ei/pj19-376-ei.pdf>

40 - William Bourdon, « État d'urgence sanitaire : vigilance face à une logique d'exception », 21 mars 2020, <https://blogs.mediapart.fr/w-bourdon/blog/210320/etat-d-urgence-sanitaire-vigilance-face-une-logique-d-exception>

41 - Voir le Titre 1<sup>er</sup> de la 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).

42 - Art. 2 de la loi.

43 - Ibid.

publique »<sup>44</sup>. Surtout, elles doivent être « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* » ; et « *il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* »<sup>45</sup>. **En d'autres termes, des mesures prolongées alors que le contexte sanitaire ne l'impose plus constitueraient une atteinte grave aux libertés.** De plus, la proportionnalité doit s'apprécier en fonction de la durée de la mesure : une dérogation à un droit, par exemple au droit au travail avec la fermeture des bars et restaurants, peut être proportionnelle un temps mais ne plus l'être sur le long terme selon les circonstances.

À ce jour, six États (Arménie, Équateur, Estonie, Guatemala, Lettonie et Roumanie) ont notifié à l'Organisation des Nations unies leur volonté de déroger au Pacte international sur les droits civils et politiques conformément à son article 4<sup>46</sup>. De même, huit États (Albanie, Arménie, Estonie, Géorgie, Lettonie, Macédoine du Nord, Moldavie, Roumanie) ont invoqué auprès du Secrétariat général du Conseil de l'Europe l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, considérant le Covid-19 comme « *un danger public menaçant la vie de la nation* »<sup>47</sup>. C'est la première fois qu'il est fait usage de cet article dans un contexte de pandémie ; antérieurement, étaient en cause des menaces terroristes ou des guerres civiles<sup>48</sup>. Si la France a déclaré l'état d'urgence, elle n'a pour l'instant user de la possibilité ouverte par l'article 15 de la CEDH ou de l'article 4 du PIDCP.

Il est vrai qu'outre les dérogations aux droits de l'homme (à l'instar de celles prévues à l'article 4 du PIDCP et 15 de la CEDH), des restrictions aux droits et libertés sont aussi possibles. Alors que les *dérogations* conduisent à se dégager partiellement et provisoirement des engagements internationaux, les *restrictions* prévues dans les conventions de droits de l'homme ou par la jurisprudence<sup>49</sup> apparaissent davantage comme de *simples* aménagements : elles permettent à l'État de limiter les droits de l'homme tout en poursuivant l'application « normale » de la convention. Ainsi, la protection de la santé est un motif de restriction de la liberté de circulation<sup>50</sup> ; il en va de même s'agissant du droit à la vie privée et familiale<sup>51</sup>. De telles limitations peuvent être explicites, comme dans le cas des droits qui viennent d'être évoqués, ou implicites, non écrites<sup>52</sup>. Toutefois, en toute hypothèse, la restriction doit être prévue par la loi et poursuivre un but légitime ; les mesures doivent être, ici aussi, strictement nécessaires et proportionnelles.

**De prime abord, s'inscrire dans le cadre, non pas de la dérogation aux conventions, mais des simples restrictions aux droits de l'homme semble préférable : un tel choix juridique est en phase avec le « principe de normalité » ; il permet d'insister sur le plein respect des droits et libertés.** Ceci est particulièrement vrai lorsque la crise vise à lutter contre le terrorisme<sup>53</sup>. Il évite d'ériger la situation d'urgence en « nouvelle norme »<sup>54</sup>.

---

44 - Ibid.

45 - Ibid.

46 - Voir Martin Scheinin, « Covid-19 Symposium : To Derogate or Not to Derogate ? », *Opinio Juris*, 6 avril 2020, En ligne <https://opiniojuris.org/2020/04/06/Covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/>

47 - Ibid.

48 - Voir aussi 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 : <https://journals.openedition.org/revdh/8989>

49 - Voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 691 et 709.

50 - Voir 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).

51 - Voir art. 8, par. 2 de la CEDH.

52 - Voir Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, op. cit., p. 696.

53 - En ce sens, Martin Scheinin, « Covid-19 Symposium (...) », op. cit.

54 - Ibid. (notre traduction).

Toutefois, la situation est peut-être différente en cas de crise sanitaire. En notifiant la dérogation aux instances internationales compétentes, l'État peut, ce faisant, manifester une volonté de transparence et un souci d'« *apprivoiser la situation d'urgence* »<sup>55</sup> ; **une telle déclaration pourrait limiter la tentation d'inscrire l'état d'urgence dans le long terme. À l'inverse, une distorsion importante entre la situation interne – à savoir celle d'un état d'urgence, qui conduit à assigner à domicile toute une population – et la situation internationale - celle d'une application « normale » des conventions de droits de l'homme – pourrait avoir des effets pervers : la « normalité » de la convention des droits de l'homme ne serait alors plus qu'apparente et dissimulerait, tel un voile pudique, des limitations importantes des libertés pour l'individu.**

À cet égard, il convient de souligner que la Hongrie n'a pas dérogé à la CEDH ou au PIDCP alors que le Premier ministre Victor Orban a décrété, sans contrôle parlementaire, l'état d'urgence pour une durée illimitée, ce qu'a déploré la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe<sup>56</sup>. Ceci suggère que « *ceux qui abusent des pouvoirs d'urgence n'acceptent pas d'être apprivoisés par le cadre de la dérogation officielle* »<sup>57</sup> des conventions de droits de l'homme.

De plus, certaines mesures prises dans le cadre de la crise sanitaire posent question eu égard au fonctionnement « normal » des conventions internationales de droits de l'homme. Le droit à la liberté et à la sûreté est interprété de manière étroite par les instances de droits de l'homme : il ne confère pas le 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, en principe, pas dans son champ<sup>58</sup>. Toutefois, selon la CEDH, « *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>59</sup> ; **une restriction à la liberté peut donc constituer une privation de liberté si elle franchit un seuil spécifique d'ingérence.** Pour apprécier si ce seuil a été franchi, la Cour a précisé qu'il fallait tenir compte de toute une série de critères tels que le type, la durée, les effets et le mode de mise en œuvre de la mesure en question<sup>60</sup>. **En d'autres termes, selon les circonstances, certaines mesures liées à l'état sanitaire pourraient éventuellement entrer dans le champ de l'article 5<sup>61</sup>. Tel est le cas, d'ailleurs, de la prolongation de plein droit des détentions provisoires prévues par l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020<sup>62</sup>.**

Dans ce type d'hypothèses, se placer sur le terrain des dérogations et non des restrictions évite de considérer que de telles mesures s'inscrivent dans le fonctionnement « normal » des conventions et conduit à souligner le caractère exceptionnel de la situation. De plus, comme les restrictions, les dérogations sont soumises au respect du principe de proportionnalité : les instances internationales de droits de l'homme peuvent contrôler que la mesure est « *strictement limitée aux exigences de la situation* »<sup>63</sup>.

Ainsi, si lors d'une crise sanitaire comme dans les autres hypothèses, l'objectif primordial reste le plein respect des droits de l'homme et une mise en œuvre « normale » des conventions, reste qu'il est préfé-

55 - Ibid. (notre traduction).

56 - Voir la lettre du 24 mars 2020 adressée par la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe au Premier ministre de Hongrie, en ligne : <https://rm.coe.int/orban-pm-hungary-24-03-2020/16809d5f04> 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.*

57 - Martin Scheinin, *ibid.*

58 - En ce sens, Alan Greene, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic », *Strasbourg Observers*, 1<sup>er</sup> avril 2020, en ligne : <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/>

59 - CEDH, arrêt du 6 novembre 1980, *Affaire Guzzardi contre Italie*, req. n° 7367/76, par. 93.

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

61 - En ce sens, voir le très éclairant article d'Alan Greene précité.

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

63 - Voir not. CEDH, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1961, *Lawless contre Irlande* n° 3, req. n° 332/57, par. 22.

nable de déroger à celles-ci plutôt que de ne pas y déroger lorsque les mesures prises au niveau national l'exigent<sup>64</sup>. Il ne s'agit *en aucun cas* d'encourager le recours à l'état d'urgence ; **il s'agit, au contraire, de considérer que si l'État a fait le choix de déclarer l'état d'urgence au niveau national, il se doit d'être transparent et cohérent et d'en tirer les conséquences sur le plan international. L'espace international et national doivent être en phase ; une rupture entre l'un et l'autre peut être porteur de dérives de la part de l'État.**

Qu'il s'agisse de restrictions ou de dérogations, on le voit, dans un tel contexte, les limites aux libertés sont largement tributaires du contexte sanitaire. C'est pourquoi, il serait tentant pour les autorités de s'abriter derrière l'expertise scientifique. **Or si l'expert permet d'identifier un risque pour la santé (et joue donc un rôle essentiel à ce titre), c'est pourtant au politique qu'il appartient d'arbitrer entre ce risque et les libertés<sup>65</sup>. D'autant que ni le Conseil scientifique, ni le CARE (Comité analyse recherche et expertise) ne comprennent de juristes, ce qui est regrettable.**

**En toute hypothèse, il faut garder à l'esprit que la sécurité absolue (y compris la sécurité sanitaire) est contraire à la condition humaine<sup>66</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>67</sup>.**

Or, il n'est pas certain que l'équilibre entre l'une et l'autre soit respecté dans la loi organique du 30 mars 2020 – loi qui a été, de plus, adoptée en « violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution », comme le Conseil constitutionnel l'a lui-même admis (tout en arguant qu'il n'est pas justifié d'en faire cas compte tenu des « circonstances particulières »)<sup>68</sup>. **Selon cette loi, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) n'a ni à être transmise, ni examinée par le Conseil constitutionnel d'ici le 30 juin. En situation d'état d'urgence, on ne peut que le regretter sachant que la QPC permet de s'assurer de la conformité d'une loi aux droits et libertés garantis par la Constitution<sup>69</sup>.** Même si les cours suprêmes ne peuvent se réunir en formation collégiale, on pourrait peut-être imaginer des alternatives pour pallier cette difficulté.

### **NI TROP, NI PAS ASSEZ : RECHERCHER LE JUSTE MILIEU.**

Les dérogations aux libertés prises en cas de situations d'exceptions ne doivent en aucun cas pécher par excès. Toutefois, elles ne doivent pas, non plus, pécher par insuffisance. **En effet, l'État a l'obligation internationale de prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour sauvegarder les droits de l'homme. Cela signifie que sa responsabilité internationale peut être engagée (devant la Cour européenne des droits de l'homme notamment) non seulement s'il a, par son comportement, porté atteinte, de manière active, à un droit de l'homme, mais aussi, si, par sa passivité, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient.** Sur les autorités nationales pèsent ce qu'on appelle des « obligations positives » de telle sorte que celles-ci peuvent être être sanctionnées pour leur inertie ou leurs insuffisances. Ainsi, s'agissant du droit à la vie, l'État doit non seulement s'abstenir de porter atteinte de manière arbitraire à celle-ci, mais il doit aussi prendre toutes les mesures qui s'imposent pour la protéger à l'égard d'un individu déterminé ou de la population dans son ensemble<sup>70</sup>.

64 - En ce sens, Martin Scheinin, « Covid-19 Symposium (...) », op. cit.

65 - Sur ce thème, voir Jacques Chevallier, « Expertise scientifique et décision politique », Le Club des juristes le 23 mars 2020, <https://www.leclubdesjuristes.com/expertise-scientifique-et-decision-politique/>

66 - Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde, Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 83.

67 - Michel Rosenfeld cité in Mireille Delmas-Marty, *ibid.*

68 - Conseil Constitutionnel, Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, par. 3.

69 - Art. 61-1 de la Constitution de 1958.

70 - Voir CEDH, arrêt du 18 septembre 2014, Bljakaj c. Croatie, req. n° 74448/12, par. 120 et 121.

Ni trop, ni pas assez : trouver le juste équilibre. Tel est, face à une pandémie, le devoir principal de l'État en matière de droits de l'homme, celui de la mise en balance qui est le propre de la justice.

C'est sur cet équilibre, fragile, entre libertés et préoccupations sanitaires que le Conseil d'État s'est prononcé le 22 mars<sup>71</sup>. Saisi en urgence (en « référé » dans le langage juridique) par le syndicat Jeunes Médecins, il lui a été demandé de prononcer un confinement total de la population. De l'avis du syndicat, les transports en commun devaient s'arrêter, de même que les activités professionnelles non vitales ; une interdiction absolue de sortie, sauf motif médical, devait être décidée et un ravitaillement de la population instauré. Pour les jeunes médecins, en s'abstenant de prendre de telles mesures, l'État portait atteinte au droit à la vie et à la santé de la population, en particulier du personnel soignant.

Le syndicat a adressé cette demande au Conseil d'État dans le cadre d'un « référé-liberté ». Cette procédure permet au juge d'ordonner, dans les 48 heures, « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* »<sup>72</sup>. Certes, la situation peut sembler quelque peu paradoxale : alors que cette procédure a pour but, en principe de parer une atteinte aux libertés, le syndicat de jeunes médecins l'utilise ici pour demander une restriction plus importante de celles-ci, en particulier de la liberté d'aller et venir. Pour comprendre une telle contradiction, il faut savoir que, pour le Conseil d'État, « le droit à la vie » est aussi une « liberté », notion qu'il entend largement ; il est donc possible de recourir à cette procédure pour protéger la vie, en particulier en cas de carence de l'autorité publique (au nom des « obligations positives » précédemment évoquées). Cette affaire le montre toutefois, le Conseil d'État gagnerait à clarifier la notion de liberté fondamentale : tous les droits de l'homme ne sont pas des libertés ; certains d'entre eux tels que le droit à la vie sont des droits à l'intégrité ; ils conditionnent, il est vrai, l'exercice de la liberté mais sans en constituer une eux-mêmes. En somme, cette procédure s'apparente davantage à un « référé-droits de l'homme » plutôt qu'à un « référé-liberté » *stricto sensu*.

Or, dans le contexte actuel de pandémie, deux types de droits de l'homme sont en conflit : d'une part, les droits à la vie et à la santé, et d'autre part, les libertés de circulation et de réunion. Sur un plan international, ces deux types de droits ne sont pas tout à fait sur un pied d'égalité : alors qu'il est possible de déroger à la liberté de circulation en cas d'état d'urgence, le droit à la vie est, quant à lui, intangible : les privations arbitraires de la vie sont interdites en toute circonstance<sup>73</sup>.

Confronté à ce conflit, le Conseil d'État fait preuve de prudence. Il ne donne pas suite à la demande de confinement total mais il 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>74</sup>. La pratique du jogging, en particulier, paraissait assez floue<sup>75</sup>. C'est pourquoi, dès le lendemain de l'ordonnance du Conseil d'État, le 23 mars, Edouard Philippe a indiqué que l'activité sportive est désormais limitée à une heure par jour dans un rayon d'un kilomètre<sup>76</sup>.

Le Conseil d'État renvoie ainsi le gouvernement à ses responsabilités. En effet, la mise en balance des différents droits de l'homme est étroitement liée aux circonstances factuelles, en l'occurrence à la gravité du virus dans ses effets ou dans son mode de contagion. C'est pourquoi, en cas d'épidémie, recevoir des informations précises revêt un caractère crucial ; c'est d'ailleurs aussi une liberté<sup>77</sup>. Cette liberté n'est,

71 - CE, Ordonnance du 22 mars 2020, op. cit.

72 - Art. L521-2 du Code de justice administrative.

73 - Art. 4, par. 2 du PIDCP et art. 15, par. 2 de la CEDH.

74 - Par. 17 de l'ordonnance.

75 - Voir le par. 12 de l'ordonnance.

76 - 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.

77 - Art. 19, par. 2 du PIDCP et art. 10, par. 1 de la CEDH.

certes, pas absolue<sup>78</sup> : elle peut être soumise aux limitations « *nécessaires dans une société démocratique* »<sup>79</sup>, en particulier pour protéger la santé<sup>80</sup>, mais elle n'en reste pas moins essentielle en période de crise sanitaire. Si les autorités peuvent être tentées de minimiser la gravité de l'épidémie pour éviter des vents de paniques ou, au contraire, de dramatiser pour justifier des mesures fortes, elles doivent garder à l'esprit que tout un chacun a le droit d'être informé *précisément* de manière à pouvoir s'assurer que ses droits sont bien protégés et à apprécier la légitimité des dérogations à ceux-ci. Ainsi, des informations détaillées sur le profil des victimes (en particulier leur âge, leur profil médical), sur les nouveaux foyers d'infection ou sur une mutation éventuelle du virus sont essentielles. Il en va de même s'agissant des traitements potentiels et leurs risques ou des mesures de prévention tel que l'intérêt du port des masques ou de gants même lorsque ces moyens ne peuvent pas être mis à disposition.

Outre le confinement, toute mesure doit être l'objet d'une mise en balance entre liberté et santé. Il en va ainsi notamment du « pistage numérique » envisagé pour lutter contre la propagation du Covid-19 comme cela se fait déjà dans certains pays. Le gouvernement français examine la possibilité de tracer les personnes au moyen de leur téléphone pour lutter contre l'épidémie ; cet outil pourrait être utilisé en particulier lors du déconfinement. Le traçage peut prendre des formes variées et poursuivre des objectifs divers. En situation de crise sanitaire, le but peut être de déterminer comment se déplacent les personnes et où se trouvent en conséquence les fortes zones de contagion. Les détenteurs d'un téléphone, en sollicitant des antennes relais, donnent 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 agréger ces données pour établir des cartes, et déterminer, ainsi, combien de personnes se trouvent dans un endroit déterminé ; cela permet d'évaluer le risque de transmission du virus et d'adapter les soins ; ces données sont anonymisées, sans permettre de remonter vers un individu identifié<sup>81</sup>.

Dans d'autres cas, l'objectif peut être, pour les autorités, de s'assurer du respect de la quarantaine par les personnes contaminées par le Covid-19. La Pologne utilise ainsi « *une application mobile reposant sur des selfies pris par les patients* » ; ces selfies permettent aux autorités de contrôler que les malades restent bien chez eux. En France, l'objectif serait d'identifier les personnes en contact avec celles qui ont été infectées par le virus (*contact tracing*). La méthode a été utilisée à Singapour notamment : l'application TraceTogether, fondée sur le Bluetooth, détecte les appareils environnants ; or, quand une personne dotée de l'application se déclare contaminée, celles qu'elle a côtoyées sont prévenues, « *sans être informées toutefois de l'identité de la personne en question* »<sup>82</sup>.

Ces méthodes de traçage numérique pose question eu égard au droit à la vie privée. Ce droit est protégé tant dans le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966<sup>83</sup> que dans la Convention européenne des droits de l'homme<sup>84</sup>. L'article 17 du Pacte interdit les immixtions illégales dans la vie privée, mais également arbitraires, c'est-à-dire une immixtion qui, tout en étant prévue par la loi, ne serait pas conforme aux buts et objectifs de ce traité<sup>85</sup>. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

---

78 - Cette liberté n'est pas un droit indérogable : voir art. 4, par. 2 du PIDCP et art. 15, par. 2 de la CEDH.

79 - Art. 10, par. 2 de la CEDH.

80 - Voir Art. 19, par. 3 du PIDCP.

81 - Pour plus de développements, 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.

82 - Voir Géraldine Delacroix, « Surveillance de l'épidémie : attention au « solutionnisme technologique », Mediapart, le 3 avril 2020.

83 - Art. 17 du PIDCP.

84 - Art. 8 de la CEDH.

85 - CDH, Observation générale n° 16, article 17 (Droit au respect de la vie privée), 32<sup>e</sup> session, 1988, Par. 4.

est encore plus précise puisqu'elle indique explicitement que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* »<sup>86</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>87</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>88</sup>. Selon le Comité, « *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>89</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme admet, aussi, les ingérences des pouvoirs publics dans la vie privée mais uniquement lorsqu'elles ne sont pas arbitraires ou disproportionnées ; seules des exigences graves peuvent conduire à limiter ce droit<sup>90</sup>. Ainsi, tout est affaire de mesure : si la protection de la santé peut, à certaines conditions, justifier l'utilisation de technologies, elle ne les légitime pas en toute hypothèse.

Plusieurs considérations doivent à cet égard être prises en compte pour s'assurer de la proportionnalité de la mesure. La première est celle de savoir si les données sont anonymisées ou si le suivi est individualisé, la première option étant, si possible, à privilégier eu égard à la protection de la vie privée. La seconde considération est celle du caractère volontaire ou non de la démarche : le consentement libre et éclairé de la personne doit être recherché. Un traçage obligatoire, plus intrusif, impliquerait le recours à la voie légale. De plus, même lorsque la personne donne son consentement, la proportionnalité doit être respectée : les atteintes à la vie privée doivent toujours être mises en balance avec l'efficacité du dispositif. Un autre point crucial pour apprécier la proportionnalité est celle de la durée de la mesure. Son caractère temporaire ou, au contraire, pérenne sera pris en compte pour apprécier sa conformité aux conventions des droits de l'homme, et ce en fonction du contexte (la récurrence ou non de l'épidémie est notamment un facteur à examiner).

Ces principes sont aussi valables s'agissant d'autres technologies utilisées par les autorités pour lutter contre l'épidémie telles que le recours aux drones.

En toute hypothèse, ce type de mesures ne doit pas être banalisé et doit demeurer réservé à des circonstances exceptionnelles. **Dans le cas contraire, il existerait un risque « de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre », pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme**<sup>91</sup>.

### RESPECTER LA RÈGLE D'OR DES DROITS DE L'HOMME, L'ÉGALITÉ.

Par ailleurs, si l'État doit trouver le juste équilibre entre liberté et santé, il doit aussi respecter l'autre règle d'or des droits de l'homme : celle de l'égalité.

Or deux types de personnes sont susceptibles d'être particulièrement impactés face à l'épidémie, à savoir celles qui se trouvent dans des lieux d'enfermement et celles qui ne disposent pas de logement.

86 - Art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2000.

87 - CDH, Observation générale n° 16, op. cit., par. 10.

88 - Ibid.

89 - CDH, Observation générale n° 16, op. cit., par. 7.

90 - Laure Milano, Frédéric Sudre, Hélène Surrel, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, PUF, 2019, 14<sup>e</sup> éd., p. 698.

91 - CEDH, arrêt du 6 septembre 1978, Klass et autres c. Allemagne, req. n° 5029/71, par. 49.

Certaines personnes, en effet, sont déjà confinés puisqu'elles évoluent dans des lieux d'enfermement : il s'agit en particulier des détenus. 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>92</sup>. Or, les droits à la santé et à la vie, ainsi que l'accès aux soins, doivent être garantis, aussi, dans les lieux d'enfermement<sup>93</sup>. Pour éviter des décès dans les prisons surpeuplées, la Haute-Commissaire aux droits de l'homme, Michelle Bachelet, a demandé aux États de laisser sortir les détenus les plus âgés, malades et ceux « *présentant un risque faible* »<sup>94</sup>. De même, le Contrôleur général des lieux de privation des liberté (CGLPL) a recommandé de « *réduire la capacité d'accueil des établissements en proposant, réduisant ou suscitant toute mesure utile pour favoriser les sorties de prison et limiter les entrées* »<sup>95</sup>.

Conformément à l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars, « *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, exécute 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>96</sup>. Cette disposition ne peut bénéficier ni au « *personnes condamnées pour des faits de terrorisme* »<sup>97</sup> ni aux auteurs de violences, en particulier au sein de la famille. Sur cette base, 6000 détenus environ ont été libérés<sup>98</sup>. Des associations ont cependant jugée insuffisante cette mesure. Pour éviter une contagion, compte tenu de la promiscuité dans les prisons, l'Observatoire international des prisons, les Syndicat des avocats de France, l'Association pour la défense des droits des détenus et le Syndicat de la magistrature ont demandé au Conseil d'État de prescrire à l'administration d'élargir les conditions de libération anticipée aux personnes condamnées qui n'ont plus que six mois de prison à purger<sup>99</sup>. Elles préconisent aussi « *la distribution de masques de protection et de gel hydro-alcoolique au profit des détenus, la distribution en grande quantité de produits d'hygiène et de nettoyage, ainsi que le dépistage systématique du Covid-19 en détention* »<sup>100</sup>. Saisi en urgence 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>101</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>102</sup>). Le Conseil d'État, en revanche, a rejeté la demande des associations 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>103</sup>. Il a également estimé que compte tenu du nombre de masques et de tests disponibles à l'échelle nationale et des mesures prises au sein des établissements, il ne pouvait être ordonné de procéder à une distribution de tels moyens auprès de chaque détenu<sup>104</sup>.

92 - CEDH, arrêt du 30 janvier 2000, Affaire J.M.B. et Autres c. France, req. n° 9671/15 et 31 autres.

93 - CEDH, arrêt du 5 mars 2013, Gülay Cetin c. Turquie, req. n° 44084/10 (cancer de l'estomac et violation de l'art. 3 de la CEDH).

94 - « Covid-19 : l'ONU s'inquiète des risques de contamination dans les prisons et réclame des mesures d'urgence », ONU Info, 25 mars 2020.

95 - 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.

96 - Art. 28 de l'ordonnance.

97 - Ibid.

98 - Pour ce chiffre, voir Jean-Baptiste Jacquin, « Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge prolongation de la détention provisoire sans juge », Le Monde 4 avril 2020.

99 - Observatoire international des prisons, « Covid-19 en prison : des organisations saisissent en urgence le Conseil d'État », communiqué du 1<sup>er</sup> avril 2020.

100 - Ibid.

101 - 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.

102 - CEDH, Affaire J.M.B. et autres c. France, op. cit.

103 - Conseil d'État, 8 avril 2020, Mesures sanitaires pour les détenus, n° 439827, Par. 13.

104 - Ibid., par. 25.

Si l'ordonnance du 25 mars autorise la libération anticipée de certaines personnes incarcérées, elle rend possible, en revanche, la prolongation de la durée maximale de la détention provisoire de 2 à 6 mois (selon la gravité de l'infraction reprochée) de plein droit<sup>105</sup>. La circulaire du 26 mars prise en application de cette ordonnance précise qu'« *il n'est pas nécessaire que des prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente pour prolonger la détention en cours* »<sup>106</sup>. Cette mesure s'inscrit en faux contre les 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>107</sup>. De plus, comme la CEDH a eu l'occasion de le rappeler à la France, 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. À 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>108</sup>.

Or, le Conseil d'État, saisi par des associations d'avocats, a validé ces dispositions, arguant – après avoir rappelé les circonstances qui ont conduit à les 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>109</sup>.

Il a aussi rejeté la demande de fermeture temporaire de centres de rétention administrative considérant, notamment, que le nombre de personnes qui y étaient retenues ou placées était en baisse depuis le début de l'épidémie et inférieur à la capacité d'accueil de ces centres<sup>110</sup>.

Par ailleurs, pour les personnes sans domicile fixe, le confinement est impossible. Ces personnes doivent être mises à l'abri et ne peuvent, en aucun cas, être sanctionnées. Cette dernière précision peut aller de soi, elle n'est pourtant pas inutile : dans certaines régions, des personnes sans logement ont été verbalisées pour manquement au respect de l'obligation de confinement alors qu'elles se trouvaient sur la voie publique<sup>111</sup>. Le 31 mars, la Cellule interministérielle de crise Covid-19 a finalement rappelé aux agents que les SDF ne peuvent être ainsi sanctionnées, ce dont le Conseil d'État a pris bonne note<sup>112</sup>.

Pour protéger les personnes en situation précaire, certaines mesures ont été adoptées : la trêve hivernale a été reportée jusqu'au 31 mai, de même que la fermeture des places d'hébergement ouvertes pendant l'hiver<sup>113</sup>. Des collectivités locales ou des sociétés privées (comme le groupe Accor) ont mis à disposition des locaux<sup>114</sup> ; des salles polyvalentes ou gymnases ont aussi été réquisitionnées<sup>115</sup>. Toutefois, les mesures prises manquent dans certains cas de cohérence : s'agissant des migrants en particulier, « *alors que des campements sont démantelés et conduisent à la circulation de personnes potentiellement infectées, d'autres sont au contraire confinés, empêchant les occupants d'accéder aux points d'eau et*

---

105 - Art. 16 de l'ordonnance.

106 - 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 ».

107 - ONU Info, 25 mars 2020, op. cit.

108 - Voir not. CEDH, arrêt du 3 oct. 2013, *Affaire Vosgien c. France*, req. n° par. 46.

109 - CE, ordonnance du 3 avril 2020, *Union des jeunes avocats de Paris*, req. n°s 439877, 439887, 439890, 439898, Par. 14.

110 - CE, Ordonnance du 27 mars 2020, *GISTI et autres*, n° 439720.

111 - CE, Ordonnance du 2 avril 2020, n° 439763, par. 11.

112 - *Ibid.*

113 - *Ibid.*, par. 8.

114 - 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.

115 - *Ibid.*

*aux distributions de repas effectuées à l'extérieur, soit à leurs droits les plus fondamentaux* »<sup>116</sup>. De plus, les hébergements collectifs, en dortoir, ne respectent pas nécessairement la règle de la distanciation sociale<sup>117</sup>. Pour cette raison, plusieurs associations, en particulier la Fédération nationale Droit au logement, ont demandé au Conseil d'État d'ordonner à l'État de fermer ces lieux d'hébergements collectifs et de réquisitionner des chambres d'hôtels ou des appartements<sup>118</sup>. Le Conseil d'État a rejeté cette demande, estimant qu'il n'existait pas de carence « en l'état de l'instruction »<sup>119</sup>; dans son ordonnance, le Conseil souligne que des négociations sont en cours entre l'administration et des professionnels de l'hôtellerie de manière à accroître le nombre d'hébergement<sup>120</sup>.

**En toute hypothèse, l'état d'urgence implique de faire preuve de la plus grande vigilance car il est propice à la violation des droits de l'homme.** Ainsi, les enfants ou femmes confrontés à des situations de violence au sein de leur famille sont d'autant plus exposés compte tenu du confinement<sup>121</sup>.

Surtout, l'état d'urgence ne doit pas faire oublier que les droits de l'homme comportent aussi un volet économique et social : il ne s'agit pas de droits abstraits ou « purs » comme on se les représente parfois. Ils impliquent, entre autres, le droit pour tout un chacun d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail et de jouir d'un niveau de vie suffisant. Si des limites aux droits économiques et sociaux sont admises, l'État a néanmoins en toute circonstance « l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits »<sup>122</sup>. D'où l'importance des mesures d'urgence économiques au bénéfice de tous ceux qui ont dû cesser leur activité ou l'ont vu ralentir, ou qui, sans emploi, n'ont pu se mettre en quête d'un travail.

C'est ainsi d'un point d'équilibre, constamment réajusté, réévalué, que découle la sauvegarde des droits de l'homme en période de pandémie comme en d'autres temps : entre libertés et santé, l'État doit rechercher le juste milieu. Avec toujours l'égalité en perspective. « *J'appelle mesure, disait Aristote, ce qui ne comporte, ni exagération, ni défaut* » ; la vertu « *tient la juste moyenne entre ces deux extrémités fâcheuses* »<sup>123</sup>.

---

116 - 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.*

117 - Diane Roman, *ibid.*

118 - CE, Ordonnance du 2 avril 2020, *op. cit.*, par. 12.

119 - *Ibid.*

120 - *Ibid.*, par. 8.

121 - Pour plus de développements sur la question, voir Diane Roman, *op. cit.*

122 - 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>e</sup> session, 1990, par. 10. Sur la question, 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. 181.

123 - Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre II, chap. 6, par. 5 et 15, en ligne : <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/tablemorale.htm>

## **D. Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale.**

**Par Carole NIVARD**

### **Résumé**

Le contexte de la crise sanitaire mondiale a contraint la Cour européenne des droits de l'homme à prendre des mesures procédurales exceptionnelles et à centrer son activité sur les affaires urgentes. Pour autant, le plein respect des droits de la CEDH demeure exigé des États parties, y compris dans ces circonstances graves et inédites. Certains États ont d'ailleurs fait appel à l'article 15 CEDH leur permettant de déroger au respect de certains droits, invocation dont la pertinence devra être interrogée. Dans l'attente, les organes du Conseil de l'Europe s'inquiètent avant tout des risques que les politiques nationales d'exception peuvent faire courir au respect de l'État de droit.

### **Plan**

I - L'activité de la Cour européenne réduite mais maintenue

II - Le respect de la CEDH maintenu mais potentiellement réduit

### **Texte intégral**

**1** - La lutte contre la pandémie de coronavirus a entraîné la suspension d'une grande partie de l'activité humaine dans la majorité des États européens. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas échappé à un ralentissement de son fonctionnement en application de mesures exceptionnelles (**I**).

Ce ralentissement de l'activité de la Cour n'entraîne en revanche aucun assouplissement du respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Les États parties à la Convention demeurent tenus du respect de ses termes en cette période particulièrement propice aux atteintes aux libertés fondamentales. De fait, au nom de la prééminence de la protection de la santé des personnes, ainsi que de l'urgence et de la gravité de la situation sanitaire et économique, les États sont enclins à adopter des mesures d'exception restreignant les droits et libertés. Une fois n'est pas coutume, la balance des intérêts est en faveur d'un droit social, le droit à la santé (consacré par l'article 11 de la Charte sociale européenne), au détriment de droits et libertés civils et politiques consacrés par la CEDH, ce qui remet la lumière sur le caractère indivisible des droits humains. La question se pose toutefois du caractère approprié et proportionné de ces mesures d'urgence au point que certains États ont préféré invoquer l'article 15 CEDH leur permettant de déroger au respect de certains droits de la Convention. Ils ne se trouvent cependant pas exemptés de toute obligation (**II**).

### **L'ACTIVITÉ DE LA COUR EUROPÉENNE RÉDUITE MAIS MAINTENUE.**

**2** - Le 16 mars 2020, des mesures exceptionnelles ont été prises par la Cour européenne des droits de l'homme prenant acte de la décision du gouvernement français de décréter le confinement en France, « État hôte » de la Cour. Le 27 mars suivant, les modalités de mise en œuvre de ces mesures ont été précisées. L'accès au bâtiment de la Cour a ainsi été fermé au public. À l'image de l'ensemble des personnels du Conseil de l'Europe à partir du 17 mars, les membres de la Cour européenne des droits de l'homme sont confinés à leur domicile et invités au télétravail. Seuls les juges et membres du greffe volontaires, dont la présence physique est nécessaire, ont accès au bâtiment. Les audiences, visites, réunions ont toutes été reportées de même que toutes les missions, les déplacements ou les événements planifiés par l'ensemble des organes et groupes de travail du Conseil de l'Europe.

3 - En outre, afin de préserver le caractère effectif de l'accès au juge européen, la Cour a exceptionnellement décidé de suspendre l'ensemble des délais de procédure s'agissant des affaires pendantes, ainsi que le délai de six mois pour saisir la Cour européenne dans le cadre du recours individuel, et ce, pour la durée d'un mois à partir du 16 mars. La durée de cette suspension devrait certainement être prolongée par la suite. Dans le même sens, la Cour a décidé de suspendre le prononcé de l'ensemble des arrêts et décisions qu'elle adoptera, jusqu'à la reprise de l'activité normale. Cette suspension ne vaut pas pour la Grande Chambre, dont les arrêts sont définitifs, ainsi que pour les affaires particulièrement urgentes.

4 - Enfin, l'activité juridictionnelle étant tout de même réduite, la Cour a défini les contours des activités essentielles devant être maintenues. Il s'agit tout d'abord du traitement des « affaires prioritaires ». En vertu de la politique de priorisation de la Cour, sont concernées en première ligne les affaires urgentes affectant des personnes vulnérables ou dont les conséquences sont lourdes pour les requérants (comme le risque d'atteinte à la vie ou la privation de liberté). Il s'agit ensuite des demandes urgentes de mesures provisoires qui seront examinées dans la mesure où il y aurait « un risque imminent de dommage irréparable ». Le communiqué du 27 mars est venu préciser que ces demandes concernent surtout des affaires d'expulsions et d'extraditions. L'activité minimale de la Cour se retrouve ainsi resserrée autour des affaires nécessitant une réponse urgente ; les autres affaires étant examinées une fois ces premières traitées.

#### **LE RESPECT DE LA CEDH MAINTENU MAIS POTENTIELLEMENT RÉDUIT.**

5 - Il est inutile d'énumérer les différentes mesures prises par les États européens, et ceux du monde entier, en vue de limiter les effets de la pandémie du Covid-19, pour constater leur nature souvent attentatoire à de nombreux droits et libertés. S'agissant des droits de la Convention européenne des droits de l'homme, sont en premier lieu affectés la liberté de circulation (article 2 du Protocole n° 4 CEDH), la liberté de réunion (article 11 CEDH), le droit au respect de ses biens (article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 CEDH), le droit au respect de sa vie privée et familiale (article 8 CEDH), voire la liberté d'expression (article 10 CEDH) ou le droit à des élections libres (article 3 du Protocole n° 1 CEDH). Or, tous ces droits prévoient la possibilité d'atteintes justifiées au nom de la protection de la santé et du maintien de l'ordre public. Les mesures doivent être dans ce cas prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire proportionnées à l'intérêt général poursuivi. L'application « normale » de la Convention permet donc de considérer la grande majorité des mesures prises par les États européens ces dernières semaines, aussi drastiques soient-elles, comme compatibles avec ses exigences. En effet, nul doute qu'une large marge nationale d'appréciation serait reconnue aux gouvernements, et le contrôle de la Cour assoupli en conséquence, devant les circonstances exceptionnellement graves et les contraintes de réactivité et d'urgence pesant sur la décision publique.

6 - Pourtant, huit États (Lettonie, Roumanie, Arménie, Moldavie, Estonie, Géorgie, Albanie et Macédoine du Nord) ont à ce jour notifié au Secrétariat général du Conseil de l'Europe leur volonté d'invoquer l'article 15 de la Convention. Cet article est une clause dérogatoire qui permet à tout État Partie, « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », de « *prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention* ». Ces États ont déclaré l'état d'urgence sur leur territoire et souhaitent visiblement prévenir d'éventuelles futures condamnations de la part de la Cour européenne. Le choix de déroger au respect de la Convention est une décision unilatérale et souveraine de l'État. Cela n'empêche pas de questionner son opportunité. En effet, d'autres États européens, notamment plus à l'ouest de l'Europe, ont également décrété l'état d'urgence (Espagne, Portugal, Finlande...) ou l'« état d'urgence sanitaire » (France) sans pour autant faire appel, pour l'heure, à la clause de l'article 15 CEDH. Il n'est toutefois pas exclu que d'autres États fassent utilisation de cette possibilité,

dans le cas notamment où on assisterait à un renforcement des mesures déjà prises. Une appréciation de la nécessité de se prévaloir de l'article 15 CEDH est particulièrement délicate. La situation actuelle est en effet totalement inédite. La dérogation n'avait jamais été invoquée dans un contexte de pandémie mondiale. La pratique antérieure concernait essentiellement des contextes de menaces terroristes, de coups d'État ou encore, de guerres civiles. Cela étant, le risque de mortalité que fait courir la pandémie à des parties importantes des populations, et les conséquences potentielles sur l'ensemble de la société, devraient pouvoir être qualifiés de « *danger public menaçant la vie de la nation* ». Il reviendra à la Cour européenne des droits de l'homme d'en juger en dernier ressort lorsqu'elle se trouvera saisie par des requérants individuels. Une autre possibilité d'éclaircissement pourrait encore venir d'une saisine de la Cour européenne pour avis par une haute juridiction nationale d'un des États faisant appel à l'article 15 CEDH, article qui serait opposé dans le cadre d'un litige en interne.

7 - La notification de l'invocation de l'article 15 CEDH ne signifie pas blanc-seing pour l'État bénéficiaire. Des conditions de fond et de forme encadrent son application, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces conditions et la jurisprudence de la Cour concernée sont rappelées, dans une [fiche thématique relative à la dérogation en cas d'état d'urgence](#), actualisée fort à propos en mars 2020. Elle précise ainsi que **l'invocation du droit de dérogation doit faire l'objet d'un acte formel et public donnant des indications sur les mesures prises et les motifs qui les ont justifiées**. Le gouvernement doit également informer le secrétariat général de la date à laquelle les mesures cessent d'être en vigueur et donc cesse le bénéfice de la dérogation.

8 - Sur le fond, en dehors du contexte de guerre ou de danger public, les mesures dérogatoires doivent être prises « *dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* » (article 15 § 1 CEDH). La première condition donne lieu à un véritable contrôle de proportionnalité des mesures nationales soumises au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle appréhende par ce biais, tant l'adéquation de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi, que la gravité de l'atteinte faite aux droits comparée aux intérêts en cause. En cas de disproportion, elle n'hésite alors pas à écarter l'application de l'article 15 CEDH pour effectuer un contrôle du respect du droit de la Convention en cause. La seconde condition se préoccupe de la conformité des mesures avec les autres obligations internationales et notamment de savoir si un droit à dérogation a de la même manière été demandé s'agissant du respect d'autres traités en matière de droits humains. Ces derniers contiennent souvent des clauses équivalentes, à l'instar de la Charte sociale européenne révisée qui contient une disposition calquée sur l'article 15 CEDH (l'article F de la Charte). Il pourrait d'ailleurs être judicieux pour la France d'envisager l'appel à ce dernier article, le respect des droits sociaux de certains travailleurs faisant également l'objet de dérogation dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Cela étant, là encore, le régime ordinaire de respect de la Charte autorise des atteintes proportionnées et poursuivant un objectif de protection de la santé publique.

9 - *Last but not least*, l'article 15 § 2 CEDH exclut de la dérogation possible, certains droits de la Convention, considérés comme son « noyau dur ». Il s'agit des articles 2 (Droit à la vie), 3 (Interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), 4 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude), 7 (Pas de peine sans loi), mais également 4 du Protocole n° 7 (Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) et l'abolition de la peine de mort (Protocoles n° 6 et n° 13). Or, il n'est pas inconcevable que des mesures prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie puissent porter atteinte à certains de ces droits indérogeables. Plus que des mesures, la carence ou la passivité patente de certains gouvernements face à la situation de certains groupes de personnes pourrait par exemple conduire à des traitements inhumains ou dégradants, voire à des atteintes au droit à la vie. Des organes du Conseil de l'Europe ont ainsi alerté sur la situation de certains groupes qui pourraient être soumis à des risques accrus du fait de leur situation de

particulière vulnérabilité. Il s'agit notamment des demandeurs d'asile subsistant dans des camps surpeuplés et dans des conditions sanitaires déplorables. La Commissaire aux droits de l'homme a d'ailleurs appelé dans la mesure du possible à la libération des migrants en détention administrative. Le Comité anti-torture s'est quant à lui inquiété de tous les lieux de privation de liberté dans lesquels des personnes vivaient dans des conditions de promiscuité et d'hygiène favorables à la contamination de masse. Il a ainsi posé des principes relatifs au traitement de ces personnes dans ce contexte.

**10** - De manière plutôt inédite mais révélatrice du contexte européen actuel, les réactions de représentants du Conseil de l'Europe aux déclarations étatiques d'état d'urgence et de droit de dérogation, se sont largement centrées sur le nécessaire respect de l'État de droit. Rik Daems, le Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a ainsi appelé les États, dans leur lutte contre la pandémie, à « *veiller à ce que les contre-pouvoirs habituels d'une démocratie pluraliste régie par l'État de droit, continuent de fonctionner dans toute la mesure du possible, en respectant le processus démocratique et l'autorité du parlement et des autorités locales, l'indépendance du pouvoir judiciaire et des structures nationales de défense des droits de l'homme, ainsi que les libertés d'association et d'expression, notamment de la société civile et des médias* ». Aux yeux de la secrétaire générale du Conseil de l'Europe, le risque est déjà consommé à cet égard en Hongrie. Elle vient en effet d'adresser une lettre au Premier ministre Victor Orbán, lui reprochant notamment la mise en place d'un état d'urgence à durée illimitée, décidé par le gouvernement seul et sans contrôle parlementaire. Fin 2018, le Comité des Ministres lui-même avait pu noter, en référence à une résolution 2209 (2018) de l'Assemblée parlementaire, « *l'importance d'assurer la continuité du fonctionnement des institutions et processus démocratiques dans les États membres en cas d'état d'urgence* ». Une carte interactive a d'ailleurs été mise en place par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) faisant l'état des lieux des mesures exceptionnelles prises par les États européens dans le cadre de la lutte contre le virus et affectant le système judiciaire. La Cour européenne, quant à elle, avait pu évoquer par le passé le fait que l'article 15 CEDH ne doit pas être un prétexte à l'affaiblissement du jeu démocratique (CEDH, 20 mars 2018, Sahin Alpay c. Turquie, n° 16538/17, § 180 et CEDH, 20 mars 2018, Mehmet Hasan Altan c. Turquie, n° 13237/17, § 210 « *l'existence d'un "danger public menaçant la vie de la nation" ne doit pas être le prétexte pour limiter le libre jeu du débat politique, qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique* »). Il reste à espérer que la lutte contre le coronavirus ne lui donne pas l'occasion d'étoffer sa jurisprudence en la matière.

#### Référence électronique :

**Carole 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* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 5 avril 2020, consulté le 7 avril 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/8989>

#### **Bibliographie :** Du même auteur

Précision et organes institués par des conventions internationales et européennes [Texte intégral]

Paru dans *La Revue des droits de l'homme*, 7 | 2015

Précisions sur les droits de la Charte sociale européenne bénéficiant aux étrangers en situation irrégulière [Texte intégral]

Droits sociaux et droits des étrangers (CEDS)

Paru dans *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés

Section 3. Le droit à l'alimentation [Texte intégral]

Paru dans *La Revue des droits de l'homme*, 1 | 2012

CONTRIBUTIONS : Note 07/04/2020

### **E. La portée de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la création d'un « état d'urgence sanitaire » par la loi du 23 mars 2020, en France.**

**Par le Professeur Emmanuel DECAUX**

Les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont encore mal connues en France, mais elles sont importantes à avoir à l'esprit. Il s'agit en effet d'un traité universel qui engage la France depuis son adhésion en 1980 – avec une procédure de plaintes individuelles prévues par un Protocole additionnel ratifié en 1983 – qui est d'application directe pour les juges français, sous le contrôle du Comité des droits de l'homme, même si les décisions du Comité n'ont pas à proprement parler « l'autorité de la chose jugée ».

Pour autant, les dispositions matérielles du Pacte sont parfois plus avancées que celles de la Convention européenne de 1950. L'interprétation qu'en donne le Comité des droits de l'homme, à travers ses « observations générales », nourries de son expérience depuis 40 ans, traduit une conception dynamique des droits de l'homme qu'il conviendrait de prendre en compte plus systématiquement, au regard des principes constitutionnels et des engagements européens de la France. À cet égard, l'Observation générale n° 29 sur l'article 4 adoptée en 2001 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11) – qui remplace l'Observation générale n° 5 de 1981 – met en lumière des « bonnes pratiques » très utiles.

L'article 4 du Pacte qui vise « *le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation* » répond à la même logique que l'article 15 de la CEDH. La similitude est renforcée par la réserve française au Pacte, sur le modèle de la réserve faite en 1974 à l'égard de la CEDH qui entend aligner les deux régimes sur les dispositions internes pertinentes du droit interne : « *Le gouvernement de la République émet une réserve concernant le paragraphe 1 de l'article 4 en ce sens, d'une part, que les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en oeuvre, par l'article 1<sup>er</sup> de la Loi du 3 avril 1878 et par la Loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1<sup>er</sup> de la Loi no 55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence et qui permettent la mise en application de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 4 du Pacte, et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République française, les termes “dans la stricte mesure où la situation l'exige” ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances* ».

Deux questions préalables s'imposent. Le Pacte ne comporte pas de dispositions spécifiques sur le régime des réserves, contrairement à la CEDH, ce sont donc les principes coutumiers de la Convention de Vienne de 1969 qui s'appliquent, tels qu'interprétés par les travaux de la Commission du droit international, notamment le « *Guide de la pratique en matière de réserves* » du Pr Alain Pellet.

Il faut aussi noter que la France n'a pas « modifié » sa réserve qui ne couvre donc qu'en partie l'arsenal juridique actuel : sont visés les trois dispositifs en vigueur en 1980, à savoir, l'état de siège, l'état d'urgence et l'article 16. Qu'en est-il de la réforme de l'état d'urgence adoptée par la loi du 20 novembre 2015 et plus encore de la création d'un « état d'urgence sanitaire » par la loi du 23 mars 2020 ? À s'en tenir à la lettre de l'article 4 du Pacte, peut-on considérer qu'il existe « *un danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation* » alors que la loi entend viser une « *catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* » ? Le Comité dans son Observation générale n° 29 invite lui-même « *l'État partie qui envisage d'invoquer l'article 4 dans une situation autre qu'un conflit armé [à] peser soigneusement sa décision pour savoir si une telle mesure se justifie et est nécessaire et légitime dans les circonstances* » (§ 3).

À supposer que l'état d'urgence sanitaire soit conforme à l'esprit de l'article 4 du Pacte, le régime de dérogation va de pair avec toute une série d'obligations juridiques pesant sur l'État. Selon le même schéma que pour la mise en œuvre de l'article 15 de la CEDH, l'article 4 du Pacte prévoit des conditions de forme et des limites de fond pour encadrer le droit de dérogation :

### LES CONDITIONS DE FORME.

11. Notification « *par l'entremise du Secrétaire Général des Nations unies* » du recours à ce « *droit de dérogation* », en précisant « *les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation* » (art. 4 § 3).

Déplorant « le caractère lapidaire » des notifications reçues de la part des États, le Comité souligne « *que devraient figurer dans toute notification des renseignements pertinents sur les mesures prises ainsi que des explications claires sur les motifs qui ont amené l'État partie à les prendre, accompagnés de l'intégralité des documents relatifs aux dispositions juridiques. Des notifications supplémentaires seront requises dans la mesure où l'État partie prend des mesures ultérieures en application de l'article 4 (...)* » (§ 17).

Pour le Comité, cette notification est essentielle « *pour pouvoir déterminer si les mesures prises par l'État partie sont dictées par la stricte exigence de la situation* », mais – contrairement à la CEDH – il considère qu'en tout état de cause, il « *a le devoir 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* » (id.).

12. De la même manière, « *une nouvelle communication* » sera faite pour notifier la fin de ces dérogations (art. 4 § 3, *in fine*). Cette disposition n'est pas discrétionnaire.

Dans la mesure où les dérogations ne sont permises « *que dans la stricte mesure où la situation l'exige* », cette condition vise la durée de l'état d'urgence comme le précise le Comité. Autrement dit, les caractères temporaire et nécessaire de l'état d'exception sont étroitement liés et « *le principe de proportionnalité (...)* est commun aux pouvoirs de dérogation et de restriction ». Pour le Comité cette condition « *vis* la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de toute dérogation appliquée par l'État du fait de l'état d'urgence. » (§ 4).

### LES LIMITES DE FOND.

21. Le Pacte vise expressément un certain nombre de droits indérogeables (qui sont déjà plus nombreux que ceux mentionnés par la CEDH), notamment :

- art. 6 : droit à la vie (cf. aussi Protocole II) ;
- art. 7 : interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : « *En particulier il est interdit de soumettre une personne sans son consentement à une expérience médicale ou scientifique* » ;
- art. 8 (§§ 1 et 2) : esclavage et servitude (*a contrario*, le § 3 qui vise le travail forcé ou obligatoire n'est pas inclus dans le « noyau dur ») ;
- art. 15 : principe de non-rétroactivité de la loi pénale ;
- art. 16 : droit à la personnalité juridique ;
- art. 18 : liberté de pensée, de conscience et de religion.

22. Dans son Observation générale, le Comité va beaucoup plus loin, en mentionnant aussi l'article 3 § 3 du Pacte qui « *exige que soient assurés des recours internes utiles contre toute violation des dispositions du Pacte. Même si cette clause en fait pas partie des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé énumérées au paragraphe 2 de l'article 4, elle constitue une obligation inhérente au Pacte. Même si les États parties peuvent, pendant un état d'urgence, apporter, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des ajustements aux modalités concrètes de fonctionnement de leur procédures relatives aux recours*

*judiciaires et autres recours, ils doivent se conformer à l'obligation fondamentale de garantir un recours utile qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 2 » (§ 14).*

Bien plus, pour le Comité, « *un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation au paragraphe 2 de l'article 4 est qu'ils doivent s'accompagner de garanties de procédure, qui sont souvent judiciaires. Les dispositions du Pacte relatives aux garanties de procédure ne peuvent faire l'objet de mesures qui porteraient atteinte à la protection des droits non-susceptibles de dérogation ; ce qui implique que l'article 4 ne peut être invoqué dans le but de déroger aux dispositions non susceptibles de dérogation » (§ 15)*

23. Par ailleurs, l'art. 4 § 1 précise que les mesures prises par les États ne doivent pas « *être incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international* », visant implicitement en droit international humanitaire – et notamment la convention de Genève de 1951 sur la protection des réfugiés. Mais le Comité évoque aussi des traités en matière de droits de l'homme qui ne comportent pas de clause de dérogation, comme la Convention des droits de l'enfant. Il en va de même aujourd'hui pour la Convention sur les droits des personnes handicapées de 2006. On peut également noter à cet égard, même si le Comité n'en fait pas état, que le PIDESC ne comporte pas non plus de clause de dérogation.

24. Enfin, à la différence de l'article 15 de la CEDH là encore, l'art. 4 § 1 du Pacte se réfère au principe de non-discrimination, même si c'est de manière nuancée et limitative, précisant que les mesures prises ne doivent pas entraîner « *une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale* ». On peut penser que cette disposition n'interdit pas des discriminations indirectes, mais toute mesure visant spécifiquement une catégorie de la population est prohibée. Pour autant, on doit s'interroger sur une liste limitée, contrairement à l'énumération ouverte de l'art. 1 § 1 qui mentionne notamment les distinctions « *d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». Cette formule ouverte a été complétée par de nombreux instruments plus récents en visant également expressément « *l'âge, l'orientation sexuelle ou le handicap* ». Dans son Observation générale, le Comité se borne à souligner que même si « *les autres dispositions du Pacte concernant la non-discrimination ne figurent pas parmi les dispositions susceptibles de dérogation énoncées au paragraphe 2 de l'article 4, il y a des éléments ou des aspects du droit à la non-discrimination auxquels aucune dérogation n'est possible, quelles que soient les circonstances. En particulier cette disposition du paragraphe 1 de l'article 4 doit être respectée s'il est fait une quelconque distinction entre les personnes quand des mesures dérogeant au Pacte sont appliquées* » (§ 8). On peut penser que toute idée de « tri » systématique entre des catégories de la population devrait être examinée à l'aune de ce principe.

Resterait en effet, dans le cadre de ces paramètres, à examiner concrètement la stricte proportionnalité des mesures prises, en gardant à l'esprit, que « *toute garantie relative à la dérogation consacrée à l'article 4 du Pacte repose sur les principes de légalité et [de] primauté du droit, inhérents à l'ensemble du Pacte* » (§ 16).

#### **Bibliographie :**

- Marc Bossuyt, *Guide to the travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, 1988.
- Emmanuel Decaux (ed), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, Economica, 2010.
- Ludovic Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies*, Bruylant, 2008.
- William Schabas, *Nowak's CCPR Commentary*, (3<sup>e</sup> éd.), Engel, 2019.

CONTRIBUTIONS : Tribune 30/03/2020

## F. Coronavirus : Liberté Égalité Fraternité ? Loi d'urgence et réfugiés.

Par Jean-Michel BELORGEY

(Les titres et sous titres sont de l'IDHBP)

Avertissement. Bien que le signataire de ces réflexions ait à tort ou à raison passé pour juriste, celles-ci ne sauraient être regardées comme comportant la rigueur qui sied aux analyses juridiques dignes de ce nom. Pour plusieurs raisons. Du fait de l'incertitude qui marque en ces temps troublés ce qui se présente comme des règles de droit ; de la propension de ceux qui les ont énoncés ou qui y ont souscrit à ne pas les respecter ; de l'éloignement de l'auteur des fabriques du droit et des laboratoires en auscultant les imperfections ; de la difficulté enfin qu'il y a, même entre interlocuteurs partageant et l'ayant prouvé, à mettre au pot commun des informations d'intérêt général.

### BAS LES MASQUES !

« *Quelle vérité que ces montagnes bornent...* »

L'un des plus extravagants messages ressassé par les communicants gouvernementaux depuis le début de la pandémie est que, pour lutter contre la contamination, point n'est besoin de masques... Des précautions qu'il faut prendre, le masque ne fait pas partie. Un message plus subtil souligne les dangers du masque quand on l'emploie plusieurs fois, faute d'en avoir d'autres. Mensonge ; et manœuvres dilatoires. Les Chinois ont des masques ; ils en ont acheté à l'étranger, y compris semble-t-il en France, et en fabriquent aujourd'hui, dit-on, 125 millions par jour. Ils vont même jusqu'à en offrir aux Européens qui en manquent ; les Coréens ont des masques. Les Japonais aussi. Ces derniers se sont habitués à en porter à cause de la pollution. Les Iraniens ont des masques, tout écrasés qu'ils soient par un régime effroyable, les tremblements de terre et les sauterelles. Les Tchèques en ont aussi, et ils ne s'en rassasient apparemment pas puisqu'ils n'ont pas hésité à faire main basse sur ceux envoyés de Chine aux Italiens, à l'occasion d'une escale chez eux de l'avion qui les transportait.

*qui est mensonge au monde qui se tient au-delà ».*

Qu'en dira l'Union européenne ?

Les Français, eux n'ont pas de masques. On ne sait pas ce qu'il est advenu de ceux dont on a fait grief à la pauvre Roselyne Bachelot d'avoir commandé un stock... Sinon que probablement, l'administration les a vendus à l'étranger, laissé voler par des indéclicats ou encore distribués à des privilégiés. Un certain nombre de ceux-ci ont longtemps été les seuls à en posséder, comme à avoir accès aux tests et aux réanimations indépendamment de l'âge, aux médicaments. Quant à ceux-ci, à cet égard, il semble qu'on sache, plus ou moins, lesquels sont efficaces et comment se les procurer. Pour le reste des Français, il n'est pas question de dire comment se traiter. Les médicaments ne sont-ils pas disponibles ? Ou ne souhaite-t-on pas que cela coûte à la sécurité sociale ? Ou encore ne veut-on pas contrarier les laboratoires et les mandarins hostiles aux innovations.

Aux masques et aux tests ont peu à peu commencé à avoir accès les soignants, plus récemment les éboueurs, pas les postiers ni les policiers et gendarmes appelés à contrôler le confinement (le secrétaire d'État à l'Intérieur, Laurent Nunez, leur a bien dit très officiellement devant les caméras qu'ils n'en avaient pas besoin). Les employés et les caissiers des grandes surfaces s'en sont apparemment mieux tirés, mais pas les épiciers de quartier, ni les maisons de la presse, ni les tabacs. C'est la stratégie de Tchernobyl.

### *La solidarité sociale oubliée.*

Voilà à quoi l'imprévision, le démantèlement au fil des 20 dernières années de systèmes de santé de la sécurité sociale, du droit du travail, ont peu à peu conduit une démocratie égarée qui, dans le passé, il est vrai, en a fait d'autres. Ainsi lorsque des épidémies ont ravagé l'Algérie coloniale, n'a-t-on plus d'une fois soigné que les Européens, pas les indigènes ! Trump a au moins une vertu, celle d'énoncer sans ciller ses dégouts, ses mépris et ses haines. Il a même osé déclarer récemment que la pandémie comporterait à la fin des fins des résultats économiques positifs. À quel prix ? L'élimination, outre d'une notable proportion des travailleurs « du front » non protégés, celle des pensionnaires des établissements d'accueil de personnes âgées, des SDF, des isolés, de différentes catégories « *d'envahisseurs* » ou réputées tels comme les demandeurs d'asile.

Et c'est là que les masques devraient tomber, et les yeux des citoyens se dessiller pour demander des comptes à ceux de longue date accoutumés au port de masques, pour les tromper. Quand et comment ? Et en auront-ils le désir, et le temps ?

### *La peur de soi, de l'autre, de l'étranger.*

Voltaire, dont la double formule a été reprise par plus d'un penseur, affirmait qu'il est bien rare que les dirigeants ne soient pas les plus grands ennemis de leur peuple, mais aussi que les peuples ont fréquemment les dirigeants qu'ils méritent... On ne saurait à cet égard dire que depuis le début du nécessaire confinement, établi bien trop tardivement pour laisser place aux élections municipales et satisfaire au narcissisme de la classe politique, aux espérances aussi, par bonheur déçues, du parti dominant, les Français se soient soumis de bonne grâce. La stratégie d'accaparement dont on constate les ravages dans les supermarchés et les pharmacies, que le gouvernement n'a pour l'instant pas songé à réprimer, est évidemment obscène. L'exode des urbains, et notamment des Parisiens, a naturellement contribué à l'essor ou au rebondissement de la contamination dans les provinces, et évoque tristement les vains espoirs d'échapper au sort commun qui est le thème de la belle nouvelle de Mérimée « *La mort rouge* ».

La théorie du complot, non pas d'un complot du pouvoir, mais d'un complot allogène, musulman, juif, qui commence à cheminer dans le prolongement de l'aggravation l'année dernière des violences racistes, est naturellement préoccupante.

### *Restera-t-il quelqu'un pour nous entendre ?*

Quant à demander justice contre les incompetents et les menteurs, si on en a le goût, le problème est que les voies en sont fermées, faute que la réforme constitutionnelle de longue date envisagée supprimant l'immunité/irresponsabilité ministérielle ait abouti. Il faudra donc attendre que la Cour de Justice de la République, pour l'heure seule compétente pour traiter de délits de droit commun comme la mise en danger d'autrui ou la non assistance à personnes en danger, quand ils ont pour auteurs des détenteurs de l'autorité gouvernementale, puisse se réunir. Les juges ordinaires n'ayant pas vocation à traiter du sujet. Il est vrai que la plupart d'entre eux se sont rangés des voitures et que trouver un juge, pour traiter des conflits dont la solution est urgente (garde d'enfants, violences conjugales...), théoriquement préservés de la fermeture des portes, n'est déjà pas facile.

Mais plut au ciel qu'à défaut d'une autre régulation adéquate en temps réel des désordres et dérives des autorités théoriquement légitimes, aucun arbitre imprévu ne vienne à surgir.

## URGENCE, CONFINEMENT ET DROIT D'ASILE.

### *Le sort des réfugiés : un révélateur d'inhumanité*

Aux conditions dans lesquelles il est tard et confusément répondu au déferlement sur l'Europe du coronavirus, on n'a aucune chance de rien comprendre si on ne met ou se refuse à prendre en compte le long délitement au sein des pays de l'Union européenne et en particulier en France, d'une part, des politiques sociales, de santé, de protection sociale, de lutte contre les inégalités, d'autre part, des politiques tendant à assurer dans des conditions décentes et conformes aux innombrables engagements internationaux souscrits, l'accueil des migrants en général, des demandeurs d'asile et, le cas échéant, des réfugiés reconnus, en particulier.

De ce que aux termes d'un quart de siècle de démantèlement des systèmes de droit et des institutions propres à assurer, en toutes circonstances, mais singulièrement en période de crise la cohésion sociale au sein d'une démocratie ne s'abandonnant pas aux sirènes du néo-libéralisme et à une répudiation des valeurs de solidarité, on est dans un pays comme la France, en mesure de mobiliser comme force pour lutter contre une pandémie sans adopter des postures sélectives, d'innombrables prises de position ont démontré la pauvreté. La tentation aussi pour s'en justifier, du mensonge principales victimes risquent naturellement d'être les allogènes, les envahisseurs en Italie et, plus précisément, les demandeurs d'asile, les réfugiés plus ou moins reconnus.

### *... de l'atteinte à la liberté de circuler.*

En quoi ceux-ci sont-ils, quelque silence qu'observe à ce sujet les communicants gouvernementaux, et la plupart des médias, plus que d'autres concernés, et menacés dans leurs intérêts vitaux par les mesures de fermetures des frontières, de confinement et leur cortège de portes closes, de guichets fermés, dans les préfectures, les caisses de sécurité sociale, les tribunaux, évidemment aussi les consulats français dans les pays européens ou non ou un confinement a été ou non installé (mais il y a beau temps que les consulats sont inaccessibles, sauf dans quelques cas, sans protection ou corruption, et, que même quand on y a accès les visas sont systématiquement refusés sous les plus fallacieux prétextes comme l'absence de valeur probante des pièces présentées).

En ce que l'asile se demande, sauf exception, rarement bien accueillies, à la frontière. C'est ce que prévoit la convention de Genève qui n'exige les visas, les documents d'identité (la Cour européenne des droits de l'homme a pris récemment une décision qui fait planer des doutes à ce sujet). Mais qu'en est-il quand les frontières sont fermées, quand les transporteurs (déjà associés bon gré mal gré à la stratégie de dissuasion) ne peuvent plus embarquer vers une destination incertaine des fugitifs ? *A priori* rien. Reste à ceux qui craignent les persécutions à attendre les coups là où ils ont été bloqués. Tout au plus est-on enclin à se demander ce qu'il est advenu de ceux qui ont entrepris leur tentative d'échapper à leurs persécuteurs dans la période intérimaire, au moment où la fermeture des frontières n'était pas formellement décidée. Ou sont-ils passés ? Qu'en a-t-on fait ? Les a-t-on renvoyés d'où ils venaient ? Un SAS a-t-il été prévu pour les entreposer ? Et quel genre de SAS ? on n'en sait à vrai dire rien, car la **décision rendue sur référé par le Conseil d'État le 27 mars 2020**<sup>124</sup> projetant le recours d'un collectif d'associations demandant la fermeture des centres de rétention ne peut qu'engendrer, en l'absence de rapport public du contrôleur du lieu de détention, une sombre perplexité ; dont on croit comprendre que la fermeture serait injustifiée car il n'y a plus grand monde de retenu (quelques trois cents personnes) et il faut encore éloigner...

On avait précédemment cru comprendre autre chose : qu'on n'éloignait plus, soit pour une raison de principe, soit faute de le pouvoir en direction de pays ayant eux aussi fermé leur frontière.

124 - Voir Annexes du Rapport.

### *Quel avenir immédiat pour les demandeurs d'asile ?*

En ce que la quête de la reconnaissance du droit d'asile est un long et difficile parcours. Qu'elle va dans la conjoncture être le sort des demandeurs d'asile admis sur le territoire français, mais qui n'ont pas encore, vu leur demande acceptée (elle ne le sera peut-être jamais) ? Et même le sort de ceux dont la demande a été accueillie, mais à qui ceux-là n'aura pas procuré immédiatement une insertion ensemble ou séparément dans un emploi, un logement, une couverture sociale. De cela, une fois de plus on ne sait pas grand-chose, ce qui est clair, on l'a dit, c'est que tous les guichets ou presque, sont fermés. Il faut incontestablement regarder comme positif qu'en vertu de plusieurs textes, la plupart des avantages concédés (allocations de survie, protection maladie) doivent en principe voir leurs droits prolongés (avec effet rétroactif à compter du 12 mars et jusqu'à fin juillet). Mais ceux qui ne sont pas, comme on dit, entrés dans ces droits, comment font-ils ? Les informations concordantes des administrations publiques et des collectifs de défense des demandeurs d'asile indiquent qu'il est inutile de déposer des demandes, des dossiers, qui ne seront pas instruits. Ou d'ailleurs ? et par quelles voies la poste n'est de longue date pas performante, et à peu près fermée ou en voie de l'être. Quid alors des lettres recommandées laissant espérer à tort la mise en évidence d'une date certaine ? Mais, si on n'a pas de droit à une allocation de survie, un hébergement, à une prise en charge en matière de santé, comment vit-on ?

Les autorités ont-elles prévues une poire pour la soif pour la survie ? Ou comptent-elles sur les associations ? Et si c'est le cas, de quels moyens disposeront-elles pour faire face à la demande ? Elle peinaient déjà à y parvenir avant le coronavirus notamment du fait de la concurrence en matière d'hébergement des pauvres nationaux et des autres, la seule chose que l'on sache pour l'instant, c'est qu'on négocie.

Reste la question de l'avenir et des « squizze » malentendus, traquenards organisés ou non que la fermeture des guichets risque fatalement d'entraîner. Le droit et, plus que tout autre, le droit des migrants et de l'asile est farci, friand, de délais, ceux opposés aux demandeurs, qu'ils sont destinés à forclore, renvoyés irrémédiablement dans leur but, s'ils manquent à les observer quelques bonnes raisons qu'ils auraient pu avoir, ce dont le législateur n'a pas souhaité tenir compte ; ceux assignés aux juges, dont il est de jurisprudence constante qu'ils ne sauraient le plus souvent avoir un effet contraignant, même s'ils peuvent aussi servir à hâter son pas et à justifier son manque de précaution.

### *Le gel des procédures.*

Du fait de la rétroactivité au 12 mars et, jusqu'en juillet, du gel des procédures en cours en matière d'asile, en relation avec la fermeture de l'OFPRA et de la CNDA du plus clair des juridictions administratives et judiciaires intéressées à cette question (sauf les urgences et encore, il faut trouver des interlocuteurs), précise une des mesures prises pour l'application de la loi d'urgence, rien ne devrait se passer en bien ou en mal, pour les demandeurs d'asile pendant quelques mois. La Présidente de la CNDA a même indiqué qu'il ne serait pas pris d'ordonnance à l'encontre de demandeurs pendant la même période. Mais quid des procédures non introduites ? Comme déjà pointé précédemment cette question, pourrait-elle prendre date certaine ?

Tout particulièrement et, douloureusement critique est à cet égard la question des regroupements familiaux qui n'intéresse pas que les demandeurs d'asile mais d'autres migrants). Ceux-ci ne sont plus possibles dès lors que les enfants franchissent l'âge de la majorité. **A-t-on, car cette question est proche mais sensiblement distincte des autres délais, prévu que les enfants atteignant l'âge de la majorité pendant la période du 12 mars à juillet verraient les limites fixées pour faire valoir leurs droits reportées au-delà de cette période.** Il semble bien que non. Et comme cela constituerait une heureuse rupture avec les habitudes de dissuasion clandestine cultivées par les consulats et autres guichets. On ne serait pas surpris qu'on l'oublie. Sans doute, certains avocats et certains juges ne seraient-ils pas incapables de

développer pour résoudre honorablement ce problème des raisonnements constructifs ; la *constructivité* cependant n'est pas à la portée ou dans le goût de tous les avocats et de tous les juges.

Les juges, tous les juges ou presque, pas seulement les administrations se sont donc plus ou moins *rangé des voitures*. Il semble bien pourtant, que ça et là, des juges en télétravail, ou à défaut, les petites mains, s'occupent d'ores et déjà, ce n'est pas nouveau, par divers procédés, à établir des projets de décisions tendant à éconduire des requêtes importunes, sans avoir à les examiner au fond, essentiellement bien sûr, celles émanant d'étrangers.

#### *Et l'engorgement futur des tribunaux.*

Et enfin, lorsque le confinement viendra à son terme (qui peut dire quand ?) se posera naturellement une autre question encore : celle de savoir comment, à quel rythme, et pour ne pas submerger les prétoires, au prix en particulier de quelques nouvelles fins de non-recevoir sera traité le flux des demandes accumulées et gelées, et celui de celles qui tomberont comme à *gravelote*, faute d'avoir pu trouver auparavant, un interlocuteur, même muet, pendant quatre à cinq mois. On est fondé à craindre le pire. **Il est urgent de reprendre une réflexion sur ce en quoi consistent la grandeur et la servitude des métiers du service public**, les plus nobles à tout le moins, y compris à y jouer sa vie. C'est tout compte fait ce que l'on demande à la police, par qui on trouve normal de faire contrôler sans masque des gens qui n'en portent pas, qui ont pu voir des gens qui n'en portaient pas non plus, pareil d'ailleurs pour les policiers, mais qui étaient atteints du virus, merveilleux gisements de contamination. Étant entendu qu'il y a une incontestable légitimité à ne pas imposer à des usagers de satisfaire au respect de délais quand le climat est au désordre. Mais il ne faut pas non plus que l'épreuve plus ou moins dépassée, si dépassement il y a, on se venge sur la bête et s'emploie à illustrer le vieil adage : « *le justiciable voilà l'ennemi.* »

#### *La suprématie des droits fondamentaux doit être réaffirmée.*

Les savants juristes, ayant cultivé avec le droit international une familiarité plus que respectable, nécessaire, s'emploieront sans doute dans leurs contributions à l'œuvre collective dont participe cette tentative d'élucidation, à montrer l'étendue de ces curiosités, des perspectives ouvertes, des droits proclamés, et je ne les contrediraient pas<sup>125</sup>, ayant, en qualité de membre puis de Président du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe, contribué à tenter d'assurer à une partie de ce droit un début d'effectivité. Mais force est de convenir, que les instruments disponibles n'offrent que des occasions limitées de faire prospérer les espérances qu'ils ont nourries ; tant du fait du mépris où nombre de gouvernements tiennent leurs engagements souscrit, *des interprétations à la baisse* qu'ils chargent quelques juristes d'entretenir, du récent repli des membres des instances de régulation vers des formes de légitimismes, par toujours désintéressées, à l'égard des mouvances dont ils sont issues. Quand bien même les choses ne tournent pas au tragique, on a de la peine à observer que le droit d'asile et quelques autres droits, ne sont pas à la CEDH ou à la CJUE au nombre de ceux dont leurs membres pratiquent le plus familièrement les subtilités, mais même l'inspiration de base. À preuve, entre autre, la décision qualifiée *de laborieuse mais honorable* sur des recours qui ne l'étaient guère concernant les litiges introduits par plusieurs pays concernant le règlement européen organisant une tentative de répartition entre les pays membres de l'Union, du poids des demandes d'asile ayant été formulées ou risquant de l'être sur leur territoire.

(Voir Jean-Michel BELORGEY, *Les petites affiches* numéro 240 du 1<sup>er</sup> décembre 2017, page 16)

---

125 - Elles et ils vous en remercient ;).

CONTRIBUTIONS : Dalloz Actualité - 26/03/2020

## G. Faut-il notifier l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe ?

Par Laurent PETTITI

Le 16 mars dernier, la représentation permanente de la Lettonie auprès du Conseil de l'Europe informait la secrétaire générale du Conseil de l'Europe, conformément à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la Lettonie exerçait le droit de dérogation aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention européenne sur l'ensemble de son territoire, et ce à la suite de l'annonce de l'Organisation mondiale de la santé le 11 mars, selon laquelle le Covid-19 a été confirmé comme pandémie, et compte tenu du danger important que la propagation du virus a fait peser sur la santé publique<sup>1</sup>.

Parmi les mesures adoptées par le gouvernement letton, l'apprentissage en classe dans les écoles a été suspendu, l'accès des tiers aux hôpitaux, aux institutions de soins sociaux et aux lieux de détention a été restreint, tous les événements, réunions et rassemblements publics ont été annulés et interdits, de même que la circulation des personnes a été restreinte. L'application de ces mesures justifie, selon le gouvernement letton, la nécessité de déroger à certaines obligations de la Lettonie au titre des articles 8 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 2 du Protocole à la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 4. En Lettonie, la situation d'urgence restera en vigueur jusqu'au 14 avril. Depuis cette première notification et à ce jour (le 24 mars), cinq autres pays (Roumanie, Arménie, République de Moldavie, Estonie et Géorgie) ont exercé le même droit de dérogation auprès du Conseil de l'Europe (quarante-sept États membres le composent).

À la suite de ces premières notifications, le secrétariat du Conseil de l'Europe a, le 20 mars dernier, publié un communiqué rappelant les notifications déjà reçues sur le fondement de l'article 15, qui, en cas de « *guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation* », permet à un pays signataire de déroger, « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* », à son obligation de garantir certains droits et libertés protégés par la Convention.

Il échet de rappeler que sont strictement exclus de cette dérogation les articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture et des mauvais traitements), 4, § 1 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), et 7 (pas de peine sans loi).

Selon le porte-parole de l'organisation européenne : « *Nous n'avons pas encouragé ou obligé ces États membres à utiliser cet article 15. Ils ont naturellement le droit de le faire et le Conseil de l'Europe doit dans ce cas informer les autres états membres. Dans l'état actuel de la situation, les mesures prises par les États membres sont déjà couvertes par la Convention, essentiellement par le biais du paragraphe 2 de l'article 11, qui précise que la liberté de rassemblement et d'association prévue par cet article peut faire l'objet des restrictions "prévues par la loi", qui constituent "des mesures nécessaires dans une société démocratique" [...] à la protection de la santé publique* ».

Ce n'est que si certains États membres prévoient des mesures non couvertes par la Convention européenne que l'activation de l'article 15 s'imposerait à eux.

Le président de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), Rik Daems, réagissant à son tour aux notifications déjà reçues, déclarait le 24 mars : « *La Convention est adaptable à toutes les circonstances, et continue à réglementer les actions de l'État, même en cas de crise nationale. L'article 15 permet néanmoins de déroger à certains droits. Mais les garanties fondamentales de l'État*

*de droit, notamment la légalité, un contrôle parlementaire efficace, un contrôle judiciaire indépendant et des recours internes effectifs, doivent être maintenues, même pendant un état d'urgence. Il s'agit d'une question de principe démocratique, et aussi d'une condition nécessaire à la confiance des citoyens dans leurs dirigeants, sans laquelle les mesures nécessaires ne peuvent être mises en œuvre avec succès.*

*Je tiens à souligner que le principe fondamental de proportionnalité limite les mesures qui peuvent être prises, au regard du critère rigoureux de ce qui est "strictement requis par les exigences de la situation". Les mesures ou restrictions normales autorisées par la Convention pour le maintien de la sécurité, de la santé et de l'ordre publics doivent être clairement insuffisantes, avant que des dérogations et des mesures d'urgence ne soient autorisées. Un état d'urgence qui nécessite une dérogation à la Convention doit être limité dans sa durée, ses circonstances et sa portée. Les pouvoirs d'urgence ne peuvent être exercés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été accordés, et la durée des mesures d'urgence et leurs effets ne peuvent pas dépasser ceux de l'état d'urgence. »*

Le Conseil de l'Europe doit vraisemblablement s'attendre à ce que d'autres États activent l'article 15 dans les jours prochains, et la question de l'activation par la France de cette dérogation se pose aujourd'hui avec plus d'acuité depuis que la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence « pour faire face à l'épidémie de Covid-19 » est entrée en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel le 24 mars, l'état d'urgence sanitaire étant proclamé.

Nous examinerons successivement la précédente dérogation française du 24 novembre 2015, puis le cadre juridique autorisant les dérogations pendant l'état d'urgence.

### **LA PRÉCÉDENTE DÉROGATION FRANÇAISE DU 24 NOVEMBRE 2015.**

La dérogation française est née et a été maintenue en raison des attentats terroristes liés à Daech qui se sont produits en France depuis novembre 2015.

La France a notifié sa dérogation au secrétaire général le 24 novembre 2015. La déclaration française mentionnait tout d'abord le fait que, « le 13 novembre 2015, des attentats terroristes de grande ampleur ont eu lieu en région parisienne » et ajoute que « la menace terroriste en France revêt un caractère durable, au vu des indications des services de renseignement et du contexte international ». La déclaration précisait que, le 14 novembre 2015, le gouvernement français a adopté le décret n° 2015-1475 pour faire application de la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence. La déclaration ne précisait ni les mesures qui peuvent donner lieu à une dérogation ni les droits garantis par la Convention européenne auxquels il est porté atteinte.

La France a ultérieurement adressé cinq déclarations au secrétaire général à la suite des prorogations de l'état d'urgence.

Chacune de ces déclarations précisait que « la menace terroriste, caractérisant "un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public", qui a justifié la déclaration initiale de l'état d'urgence et sa première prorogation, demeure à un niveau très alarmant » et que « le bilan des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence [...] a confirmé la nécessité de ces mesures pour prévenir d'autres attentats et désorganiser les filières terroristes ».

Chaque notification, à partir de la deuxième, rappelait que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sont « soumises à un contrôle juridictionnel effectif ainsi qu'à un mécanisme de suivi et de contrôle particulièrement attentif du Parlement » et que « le gouvernement français veille à une bonne information et concertation avec les élus locaux et entend poursuivre le dialogue avec la société civile ».

Le 7 novembre 2017, une déclaration finale annonce que l'état d'urgence a pris fin le 1<sup>er</sup> novembre 2017, ce qui implique implicitement, mais clairement, que la dérogation n'est plus en vigueur.

**LE CADRE JURIDIQUE AUTORISANT LES DÉROGATIONS PENDANT L'ÉTAT D'URGENCE.**

Les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme étaient conscients du fait que, dans certaines situations, l'application de certains droits devait être adaptée aux circonstances. Le mécanisme dont la portée est la plus étendue dans ce domaine est la possibilité donnée aux États parties de déroger à leurs obligations nées de la Convention en cas d'état d'urgence. L'article 15 de la Convention fixe les conditions auxquelles les États peuvent se prévaloir de cette faculté :

- en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute haute partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ;
- la disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7 ;
- toute haute partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

L'exercice d'une dérogation ne signifie pas que la situation concernée par l'état d'urgence ne relève plus de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme ni que la Convention n'est plus applicable à l'échelon national. Les individus conservent leurs droits à un recours effectif, consacré à l'article 13, et de saisine de la Cour, prévue à l'article 34.

La proclamation nationale de l'état d'urgence et la notification d'une dérogation au secrétaire général du Conseil de l'Europe peuvent cependant restreindre l'étendue de l'obligation faite à l'État de respecter et de protéger certains droits garantis par la Convention.

En conclusion, l'état d'urgence répond à une situation particulière de danger exceptionnel pour les citoyens et l'ordre constitutionnel. Pour faire face à cette situation, l'État peut avoir recours à des mesures d'urgence, mais uniquement lorsque les mesures dont il dispose normalement sont totalement inadaptées. L'exercice de ces pouvoirs doit être strictement limité dans le temps, dans l'espace et dans les circonstances. Toute mesure prise dans le cadre de l'état d'urgence doit être strictement proportionnée, y compris dans l'étendue de son application concrète, aux exigences de la situation qui donne naissance à l'état d'urgence. Il importe qu'elle n'ait pas d'effet permanent qui s'étende au-delà de la période d'urgence. L'action menée pour protéger l'ordre constitutionnel doit être légale et ne doit pas en soi porter atteinte aux garanties constitutionnelles fondamentales.

L'État doit veiller à assurer le plus grand contrôle parlementaire et juridictionnel possible de l'exercice des pouvoirs conférés par l'état d'urgence.

Dans la mesure où il en va ainsi, un État partie peut déroger à certaines de ses obligations nées de la Convention européenne des droits de l'homme, afin d'exercer les pouvoirs que lui confère l'état d'urgence, mais sans exclure la surveillance de la Cour européenne des droits de l'homme.

En dépit de la vigilance de la Cour, ne sous-estimons pas les craintes pour les libertés suscitées par l'état d'urgence et le recours à l'article 15, il faudra être attentif et prudent, comme pour tout régime de libertés publiques des temps de crise.

<https://www.dalloz-actualite.fr/node/faut-il-notifier-l-etat-d-urgence-sanitaire-au-conseil-de-l-europe#>.

Xn9of25FzI

CONTRIBUTIONS : Discours - 10/12/2018

## H. Pour le 70<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme.<sup>126</sup>

Par Régis de GOUTTES

Tout au long de ma carrière de magistrat et au cours de mon détachement à la Direction des affaires Juridiques du Ministère des Affaires **Étrangères** ou pendant mon mandat au Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale de 1994 à 2014, j'ai eu l'occasion de me référer à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH).

Elle a été pour moi une référence constante, car on y trouve la proclamation solennelle de tous les droits de l'homme fondamentaux que j'ai eu à appliquer, qu'il s'agisse des « droits-libertés » (civils et politiques) ou des « droits-créances » (sociaux, économiques ou culturels).

Certes, les juristes et les juges nationaux préfèrent parfois se référer aux grands traités internationaux sur les droits de l'homme qui ont suivi la Déclaration universelle, au motif que ce sont les Traités ratifiés, et non les Déclarations, qui ont un caractère juridique obligatoire pour les **États**.

Ce faisant, ils font en quelque sorte application de la DUDH sans le savoir, car les autres traités internationaux sur les droits de l'homme et les obligations juridiques qu'ils contiennent découlent eux-mêmes directement de la Déclaration universelle. Plusieurs pays ont reconnu d'ailleurs une valeur constitutionnelle à la DUDH en l'incorporant dans leur propre constitution.

Au-delà de sa valeur déclaratoire, la DUDH doit donc être regardée, avec la Charte des Nations unies de 1945 et les traités qui l'ont suivie, comme le bloc commun institutionnel du système onusien des droits de l'homme.

Que peut-on dire alors de la mise en œuvre de la DUDH soixante-dix ans après son adoption ?

Force est de constater que le contexte dans lequel la Déclaration universelle avait été adoptée le 10 décembre 1948 et celui dans lequel elle trouve à s'appliquer aujourd'hui a beaucoup changé :

– En 1948, cette Déclaration universelle, faisant suite à la Charte des Nations unies de 1945, a été votée par l'Assemblée Générale des Nations unies au lendemain de la Seconde Guerre mondiale dans le but de mettre fin au fléau et à la barbarie des guerres et de faire proclamer par tous les **États** membres le respect universel et effectif des droits de l'homme, la dignité de la personne humaine et l'instauration de la paix (même s'il est vrai que huit de ces **États**, dont l'URSS, se sont abstenus lors du vote).

– Par la suite, le contexte a changé au fil des années et de nombreux événements sont venus modifier la situation des droits de l'homme dans le monde.

Certains de ces événements ont pu susciter un espoir : la décolonisation, la fin du régime de l'apartheid en Afrique du Sud et, plus tard, l'achèvement de la guerre froide, la chute du Mur de Berlin et de l'empire soviétique.

Mais, dès la dernière partie du xxe siècle, d'autres événements sont venus assombrir le monde et défier les objectifs fixés par la Déclaration universelle : notamment les crises de l'Ex-Yougoslavie, du Rwanda, du Cambodge, la résurgence des conflits interethniques et interreligieux, le retour de la menace du terrorisme, les attentats du 11 septembre 2001 contre les **États-Unis** avec toutes les conséquences qui en sont résulté.

---

126 - À la date où cette contribution a été rédigée (70<sup>e</sup> anniversaire de la DUDH en 2018), nul ne pouvait imaginer que le monde serait confronté en 2020 à une crise majeure comme celle de la pandémie du coronavirus. Cette crise est donc à inscrire désormais comme un nouveau défi posé à la DUDH en tant que socle de tous les droits fondamentaux de l'homme.

Qu'en est-il alors aujourd'hui ? Ce que l'on a appelé les « promesses de l'aube » de la DUDH ont-elles été tenues ? Quels sont les défis actuels auxquels est confrontée la Déclaration universelle et qui rendent nécessaire plus que jamais son application ?

À la lumière notamment de mon expérience d'expert au Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale, j'évoquerai seulement cinq de ces défis dont j'ai pu mesurer l'importance :

1. Le premier défi est celui de l'universalité des droits de l'homme, qui est l'un des principes primordiaux proclamés par la Déclaration universelle. Or ce principe se voit remis en cause aujourd'hui dans certaines régions du monde ou certains États au motif qu'il serait l'expression de la culture occidentale, fondée sur la primauté des droits et libertés de l'individu, alors que selon eux, la valeur primordiale doit être accordée aux devoirs envers la communauté et aux droits collectifs (par exemple dans plusieurs pays du Moyen Orient, d'Asie ou d'Afrique).

La crainte apparaît ainsi de voir renaître un « relativisme des droits de l'homme » en fonction des cultures, des religions ou des coutumes régionales. Comme j'ai pu le constater au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, tout le problème est dès lors de définir un équilibre à maintenir entre, d'une part l'impératif de l'universalité qui s'impose strictement pour la sauvegarde de tous les droits fondamentaux, d'autre part la reconnaissance de la diversité des civilisations, des cultures ou des religions qui sont aussi l'une des richesses de notre monde, pour autant que cette diversité ne contrevienne pas au respect des droits de l'homme fondamentaux ou indérogeables et à la dignité de la personne humaine.

2. Le deuxième défi est celui de l'indivisibilité des droits de l'homme. La Déclaration universelle proclame de façon générale le respect de tous les droits fondamentaux, civils civiques, économiques, sociaux, culturels. Ces droits appartiennent à chaque individu. On peut donc dire que priver une personne de certains de ses droits fondamentaux conduit souvent à les menacer tous : tel est le cas notamment pour les personnes vivant en extrême pauvreté, les personnes handicapées, les personnes assujetties à l'esclavage moderne, les migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile, les personnes discriminées en raison de leur appartenance raciale ou ethnique, qui se voient tous progressivement privés de la plupart de leurs droits.

De là la nécessité pour les États de mieux respecter la Déclaration universelle et de veiller à une indivisibilité effective des droits, en luttant contre les discriminations multiples ou intersectionnelles dont souffrent certaines personnes ou certains groupes de personnes.

3. Le troisième défi est celui de l'effectivité des droits proclamés par la Déclaration universelle. Nombreux sont les États qui admettent la DUDH en tant que référence, mais bien moins nombreux sont ceux qui la mettent en œuvre pleinement et l'appliquent réellement dans les faits. Nous en trouvons la preuve devant les Comités internationaux des Nations unies, où beaucoup d'États font l'objet de critiques de la part des experts pour un respect insuffisant ou un non-respect des droits de l'homme, mais ne tiennent pas compte suffisamment ensuite des recommandations qui leur ont été faites par ces Comités.

4. Un quatrième défi, particulièrement important de nos jours, concerne les nouveaux phénomènes de discriminations qui s'amplifient dans le monde sous l'effet des migrations, des déplacements de populations, des guerres, des conflits interethniques ou interreligieux, de la pauvreté, de la faim dans le monde, des disparités économiques, écologiques ou environnementales qui divisent nos sociétés.

Face à la pression migratoire, on assiste ainsi dans beaucoup de pays à un développement préoccupant des manifestations de repli identitaire, d'ultranationalisme, de xénophobie, de haine et de discriminations à l'encontre des personnes venues d'ailleurs, en méconnaissance complète de la Déclaration universelle. Ici encore, des politiques communes des États sont indispensables pour permettre l'accueil et le respect des droits des populations concernées ainsi que leur droit effectif au développement.

5. Enfin, comment ne pas évoquer le défi que représente aussi pour les droits de l'homme les avancées de la science, les développements de la technologie moderne, du numérique, des technologies de l'information et de la communication, du système des algorithmes, de la robotique, mais aussi les biotechnologies, les nanotechnologies, la génétique, l'intelligence artificielle et bientôt peut-être le « transhumanisme » et « l'homme augmenté ». **Ces innovations peuvent certes être mises au service de l'homme, mais elles peuvent également constituer des menaces pour les droits humains, si l'on songe par exemple aux risques qu'elles peuvent représenter pour la protection de la vie privée, la liberté d'expression, la loyauté de la communication et des informations diffusées, pour les effets discriminatoires pouvant résulter de l'utilisation des algorithmes, pour le respect de la vie sociale et professionnelle, mais aussi pour la préservation du patrimoine génétique, avec en arrière-plan la menace de l'eugénisme.** En un mot, face à tous ces défis, l'on peut affirmer que les principes proclamés il y a 70 ans par la Déclaration universelle des droits de l'homme sont plus que jamais d'actualité et qu'ils doivent être rappelés aujourd'hui solennellement aux États.

Mis à la disposition de l'IDHBP à titre de contribution libre, de son Vice-Président,  
au soutien du Rapport sur le rappel du principe de proportionnalité  
(articles 15 CEDH, 52 CDFUE et 4 PICDP).

CONTRIBUTIONS : Article - 30 juin 2020

## I. Et la Bulgarie face au coronavirus Covid-19

Par Christina TZITZELKOVA

### Les mesures prises en Roumanie

Afin de mieux appréhender les mesures prises par les autorités bulgares pour contenir la propagation du Covid-19 il est utile de donner quelques chiffres. La Bulgarie, une République parlementaire, compte une population de 7 050 034 habitants, selon le dernier recensement de 2018.

À la date du 11 mai 2020, soit deux jours avant l'abolition de l'état d'urgence sanitaire, 1 981 cas de coronavirus Covid-19 (dont 209 parmi les professionnels de santé) ont été confirmés par les autorités bulgares, dont 91 morts et 461 guérisons. L'âge moyen des personnes contaminées est de 48,6 ans. À cette date 57 231 tests de dépistages ont été réalisés.

On ne peut que constater que la Bulgarie, pays considéré comme le plus pauvre de l'UE, au système de santé défaillant, s'en sort plutôt bien, et arrive à maîtriser la propagation du virus.

Alors que le premier cas officiellement détecté de coronavirus Covid-19 en Bulgarie date du 8 mars 2020, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré sur l'ensemble du territoire national du 13 mars jusqu'au 13 avril, et prolongé depuis jusqu'au 13 mai inclus.

Un chirurgien militaire ayant effectué des missions en Irak et en Afghanistan, le général Ventsislav Moutaftchiïski, a été nommé Chef de la Cellule nationale de crise pour diriger et coordonner les mesures contre le coronavirus.

Le 10 avril 2020 a été lancé le nouveau **portail officiel unique** (uniquement en langue bulgare), recensant les informations liées au Covid-19 (statistiques, mesures restrictives, réponses aux questions fréquentes, etc.).

La Loi du 13 mars 2020 organisant les mesures et les actions pendant l'urgence sanitaire en Bulgarie a été publiée au JO le 24 mars 2020, modifiée le 9 avril 2020 et complétée le 24 avril 2020.

Les activités suivantes ont été suspendues, à savoir :

- Les accès aux établissements de loisirs, aux discothèques, aux bars, aux restaurants, aux établissements de restauration rapide, aux cafés, aux pâtisseries et aux centres commerciaux (à l'exception des agences bancaires et d'assurance, des magasins d'alimentation et des pharmacies qui s'y trouvent). Les restaurants et établissements de restauration rapide ont été autorisés à effectuer des livraisons à domicile dans le strict respect des exigences sanitaires et d'hygiène ;
- Les cours dans les établissements scolaires et universitaires, y compris les activités extrascolaires ;
- La fréquentation des crèches ;
- Toutes les activités de groupe avec des enfants en dehors du système d'enseignement préscolaire et scolaire, organisées et menées par des personnes physiques ou morales, quelle que soit leur forme juridique et organisationnelle ;
- Tous les événements pouvant accueillir un nombre important de personnes (projections de films, spectacles de théâtre, concerts, musées, conférences, salles de gym) ;
- Les transplantations d'organes et les visites aux patients.

Il est à noter que toutes les activités commerciales non mentionnées ci-dessus continuent de fonctionner pendant l'état d'urgence sanitaire dans le strict respect des exigences sanitaires et d'hygiène, comme par exemple les salons de coiffure et de beauté...

Tous les employeurs ont dû mettre en place le télétravail ou, lorsque cela était impossible, des mesures drastiques de prévention (filtres, aération, désinfection, rappel des règles d'hygiène, assurer une distance d'un mètre entre chaque employé, non-admission de collaborateurs ou visiteurs présentant des symptômes de maladie contagieuse aiguë).

Le 15 mars, le Conseil supérieur de la magistrature a **décidé la suspension temporaire**, pendant l'état d'urgence, d'une grande partie des affaires pénales, civiles, commerciales et administratives en cours, avec quelques exceptions. L'accès aux tribunaux est limité aux personnes qui ont fait l'objet d'une convocation.

Certaines autorités locales ont interdit le rassemblement de plus de deux personnes adultes dans les espaces publics ouverts ou fermés (Sofia, Blagoevgrad, Gotsé Delchev et autres).

Sur **décision du ministre de la Santé**, l'entrée sur le territoire bulgare a été interdite à partir du 17 mars à minuit aux voyageurs en provenance des pays avec une forte propagation du coronavirus, comme la France, l'Allemagne, l'Italie, la Suisse, La Grande Bretagne, l'Irlande du Nord, l'Espagne, la Chine, la Corée du Sud... Des exceptions ont été faites pour les citoyens bulgares, les membres de leurs familles et les étrangers ayant le statut de résident permanent ou un permis de long séjour en Bulgarie et les membres de leurs familles.

Sauf exception, toute personne arrivant sur le territoire bulgare a été soumise à une période de quarantaine de 14 jours au domicile ou dans un autre lieu désigné par elle. Cette période pouvait être prolongée en cas de symptômes associés au Covid-19 ou en cas de contamination au Covid-19.

Le même jour, la ministre du Tourisme a décrété la suspension de toutes les excursions, tant à l'intérieur du pays que depuis ou vers l'étranger, jusqu'au 13 avril inclus. Cette interdiction a été prolongée jusqu'au 13 mai inclus. Il est à noter qu'aucune interdiction de circuler à l'intérieur des villes n'a été prononcée.

Sur **décision du ministre de la Santé**, de nouvelles restrictions épidémiologiques ont été mises en place à partir de la nuit du 20 au 21 mars à minuit, à savoir :

- Interdiction de se rendre dans les aires de jeux et de sport et autres sites publics de ce type, fermés ou en plein air ;
- Interdiction pour les personnes de moins de 60 ans de se rendre dans les magasins d'alimentation et les pharmacies de 8 h 30 à 10 h 30.

### **Et quelles sanctions en cas de non-respect de mesures antiépidémiques ?**

Pour les personnes physiques, le non-respect des mesures antiépidémiques adoptées par le ministre de la santé ou les directeurs des inspections régionales de santé est passible d'une amende de 300 et 1 000 leva (entre 150 et 500 euros). En cas de récidive, l'amende prévue est de 1 000 à 2 000 leva (entre 500 et 1 000 euros).

Les amendes pour les entreprises individuelles et les personnes morales sont de 500 à 2 000 leva (entre 250 et 1 000 euros), et de 2 000 à 5 000 leva (entre 1 000 et 2 500 euros) en cas de récidive.

Sont passibles d'une amende de 5 000 leva (2 550 euros) en cas de refus de confinement et de traitement médical :

- les personnes infectées par le coronavirus ;
- les personnes qui ont été en contact avec un malade du coronavirus ;
- les personnes entrées en Bulgarie en provenance de l'étranger.

Sont passibles d'une amende de 50 à 500 leva (entre 25 et 250 euros) les personnes qui ont été en contact avec un malade du coronavirus et qui refusent de se soumettre à un test de dépistage.

L'analyse des sanctions pécuniaires ci-dessus ne peut que révéler leur absence de proportionnalité par rapport aux revenus de la population bulgare. Il est à noter qu'en 2020 le SMIC en Bulgarie est de 286 euros et le salaire moyen (retenues à la source et taxes appliquées) de 498,88 euros.

La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDH) est entrée en vigueur en Bulgarie le 7 septembre 1992. Ainsi, les mesures mises en place par la loi du 13 mars 2020 et les ordonnances qui ont suivi portent indiscutablement atteinte aux droits fondamentaux à la liberté de réunion, d'association et de circulation proclamés par la convention. Certes, la Convention permet à un état de déroger à certains droits quand il s'agit des mesures nécessaires à la protection de la santé publique. Néanmoins, la Bulgarie n'a pas déclaré le droit de dérogation aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention européenne au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, et cela après des débats entre le Ministère de la Justice et le Ministère des affaires étrangères.

Face au mécontentement de la population à l'encontre de la sévérité des mesures antiépidémiques par rapport à la situation sanitaire dans le pays et leur incompatibilité manifeste avec le principe de proportionnalité, les autorités bulgares ont commencé l'allègement presque quotidiennement de mesures du confinement bien avant le 13 mai, à condition de respecter les mesures antiépidémiques strictes de distanciation sociale, d'hygiène et toutes les autres mesures antiépidémiques qui s'imposent.

Ainsi, à partir du 27 avril, **certaines catégories de personnes ont pu se rendre dans les parcs et les jardins publics.**

Depuis le 1er mai, le port du masque n'est plus obligatoire dans les espaces publics ouverts (dont les parcs, les rues, les arrêts de bus). En revanche, en cas de contact avec d'autres personnes, il faut porter un masque (à usage unique ou multiple) ou un autre moyen de protection couvrant le nez et la bouche (par exemple, une écharpe). Le port du masque reste obligatoire également dans les espaces publics fermés (transports publics, magasins, sites religieux, etc.).

Les visites aux parcs naturels extra-urbains et aux montagnes sont autorisées, à l'exception des chalets et des sites touristiques qui s'y trouvent. Il est interdit de s'y rendre en transport public ou en télésiège. Les autorités locales mettent en place des dispositifs d'accès spécifiques.

Les auto-écoles sont autorisées de reprendre leurs activités.

À partir du 4 mai, la pratique du sport individuel en plein air (par exemple, tennis, cyclisme, athlétisme, golf, etc.) est autorisée. Les accès aux piscines sont également autorisés.

Depuis le 5 mai, les visites aux musées en plein air sont autorisées.

À compter du 6 mai, les visites aux locaux en plein air (terrasses et jardins) des restaurants, des établissements de restauration rapide, des bars et des cafés sont autorisées, sous réserve de respecter les mesures strictes de distanciation sociale et d'hygiène.

Depuis cette date, il n'y a plus de restriction pour voyager à l'intérieur du pays.

Depuis le 11 mai, l'accès aux musées, galeries d'art, bibliothèques et salles de cinéma, ainsi que l'organisation des manifestations culturelles en plein air (concerts, festivals etc.) sont autorisés, sous réserve de respecter les mesures strictes de distanciation sociale.

Les autorités bulgares ont mis fin à l'état d'urgence sanitaire le 13 mai et l'ont remplacé par l'« état d'urgence épidémique » par modification de la législation « normale », à savoir la loi de la santé.

Alors que la situation sanitaire épidémique semblait être parfaitement maîtrisé et les autorités bulgares se prêtaient à mettre terme à toutes les mesures antiépidémiques le 15 juin 2020, le 9 juin subitement plusieurs nouveaux foyers de contamination de Covid-19 ont été détectés sur le territoire de la Bulgarie. Par conséquent, l'état d'urgence épidémique a été prolongé jusqu'au 15 juillet 2020.

De plus, depuis le 23 juin le port du masque de protection ou d'un autre moyen de protection couvrant le nez et la bouche a été rendu de nouveau obligatoire dans tous les espaces publics fermés. Seuls les clients des établissements de restauration et des bars sont dispensés de cette obligation.

Par contre, conformément aux dispositions de l'ordonnance RD-01-347 du 19 juin 2020 du ministre de la Santé les restrictions d'accès au territoire bulgare ont été levées pour les ressortissants et les résidents des États membres de l'Union européenne, du Royaume-Uni, des pays de l'Espace Schengen, de Serbie, de Bosnie-Herzégovine et de Monténégro, ainsi que pour les membres de leurs familles.

Néanmoins, l'accès au territoire bulgare est en étroite corrélation avec la propagation du coronavirus Covid-19 dans le monde, l'état des mesures prises par les autorités bulgares dans ce domaine mérite d'être constamment vérifié.

À la date du 30 juin 2020, 4831 cas de coronavirus Covid-19 (dont 404 parmi les professionnels de santé) ont été confirmés par les autorités bulgares, dont 224 morts. L'analyse de ces chiffres ne peut que confirmer que la Bulgarie connaît incontestablement une deuxième vague de l'épidémie Covid-19 depuis l'abolition de l'état d'urgence sanitaire le 13 mai dernier.

Il est à noter que les hôpitaux bulgares se préparent actuellement à faire face à cette reprise de l'épidémie en augmentant le nombre des lits de réanimation et de soins intensifs.

Les autorités bulgares ont-elles trop rapidement déconfiné le pays? La population bulgare a-t-elle respecté les mesures strictes de distanciation sociale depuis l'abolition de l'état d'urgence sanitaire? Les questions restent ouvertes...

Un reconfinement en cas de reprise rapide de l'épidémie n'est pas à exclure. Selon certains spécialistes le système de santé bulgare ne pourrait pas gérer plus de nouveau 300 cas de coronavirus Covid-19 par jour. Le 26 juin le pays a déjà connu un nouveau record de 166 nouveaux cas de contamination confirmés. Une chose est certaine : le retour à la « normalisation » n'est pas pour demain<sup>127</sup>.

---

127 - Au 8 juillet 2020, on dénombrait 240 de nouveaux cas de coronavirus en 24 heures, un record pour le pays, et 260 décès au total depuis le début de la crise. Les tours opérateurs étrangers annulent massivement les réservations... Et pour l'instant les autorités bulgares hésitent de reconfiner le pays...

## J. Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie « Covid-19 »

Par Catherine KRIEF-SEMITKO

L'ombre du coronavirus est venue progressivement obscurcir la lumière des libertés publiques. Dans d'autres pays, à une époque pas si lointaine, l'Union soviétique opposait le droit bourgeois au droit socialiste, lequel reposait « essentiellement sur la doctrine philosophique de Karl Marx transformée à l'épreuve des faits, et qu'on appelle le marxisme-léninisme. »<sup>128</sup> Il prônait la toute-puissance de l'État. Dans un tel système, l'individu ne comptait pas en tant que tel, la société étant envisagée comme une fin.<sup>129</sup> Aujourd'hui, dans une France capitaliste et ultralibérale, nous assistons à l'entrée fracassante de la toute-puissance de l'État où l'individu ne compte plus au profit de la société comme fin en soi. Toutefois, la réalité est plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. La France a fait face à un défi sans précédent : une pandémie mortelle. Pour cette raison, quelques outils méthodologiques empruntés à Pascal se révèlent alors très précieux. Notamment, lorsqu'il souligne que nous « *connaissons la vérité non seulement par la raison, mais encore par le cœur* »<sup>130</sup>.

Aussi, proposons-nous, à titre de préambule, d'aimer la France pour la connaître parce « *qu'on n'entre dans la vérité que par la charité* »<sup>131</sup> ; hypothèse heuristique qu'Édouard Lambert n'aurait pas rejetée<sup>132</sup>. Partant, nous avancerons quelques pistes de réflexion avec une dimension herméneutique de l'état des droits fondamentaux en France à l'ombre du coronavirus<sup>133</sup>. Cette dimension permet de « *privilégier la relation entre l'information positive immédiate et ses soubassements culturels afin d'accéder à une compréhension plus profonde du droit* »<sup>134</sup>. Il s'agit d'aborder le droit français à l'ère de la pandémie de coronavirus et selon les méthodes du droit comparé. Approche sans doute paradoxale, dans la mesure où le droit comparé a pour vocation la comparaison de droits étrangers, mais le droit français à l'aune de la pandémie « Covid-19 » apparaît justement tout à fait étranger au droit français tel que nous l'avons connu. Au reste, cette approche comparatiste permet de s'appuyer sur une dimension idéale qui relève de la structure sociétale d'un pays donné, fruit de son histoire, de sa culture, mais aussi de sa situation géographique. Elle permet de définir la singularité épistémologique des traditions juridiques<sup>135</sup> tout en éliminant un paradoxe qui conduit à une sidération fonctionnelle du droit, s'il n'est pas résolu. En effet, d'aucuns ont souligné, à propos des droits étrangers, que mieux connaître le droit permet de mieux connaître la nation<sup>136</sup>. Pourtant, indubitablement, on ne peut bien connaître le droit sans connaître mieux la nation. De prime abord, ce paradoxe est insurmontable. Toutefois, une méthode inductive, intégrant une dimension herméneutique et anthropologique du droit, permet de résoudre cette aporie.

Cette méthode impose une analyse systémique microcomparative et repose sur un postulat et un constat. Le postulat d'abord : un système de droit est un ensemble complexe de signes qu'il faut décrypter. Le

128 - cf. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome I, 1<sup>er</sup> volume, *Introduction à l'étude du droit*, 12<sup>e</sup> éd. 2000, n° 61.

129 - cf. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, n° 61.

130 - cf. Blaise Pascal, « *Pensées* », Édition de Michel le Guern, Folio classique, n° 101, p. 104.

131 - cf. Blaise Pascal, « *De l'esprit géométrique* », Flammarion, coll. GF, 1985, p. 151.

132 - cf. R. David, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica 1982, p. 19 ; Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, Préface Franck Moderne, Dalloz 2005 ; Luc Heuschling, Édouard Lambert. – *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard 1921, Préf. F. Moderne, Paris Dalloz 2005, Bibliographie, *Revue internationale de droit comparé* 2007, p. 958.

133 - cf. M. Foucault, *Les mots et les choses*, NRF Gallimard, 1967, p. 44.

134 - cf. P. Legrand, « *Comparer* » in *Le droit comparé : aujourd'hui et demain*, colloque du 1<sup>er</sup> décembre 1995, Société de législation comparée, 1996, p. 59.

135 - cf. P. Legrand, *loc.cit.*

136 - cf. Mazeaud, F. Chabas, *op.cit.*, n° 61.

constat ensuite : un système de droit est un fait social, un phénomène culturel<sup>137</sup> autant qu'il est un phénomène juridique. Phénomène juridique, il ne peut être réduit aux seules règles de droit et à leur mise en œuvre positive. Parce que le droit est un fait social, sa mise en œuvre suppose nécessairement des interactions sociales. En bonne logique, le droit positif doit être envisagé au plus comme une conjecture à laquelle une méthode inductive impose d'associer plusieurs variables sociétales. Ce sont les hommes qui rédigent les lois, qui rendent les décisions de justice, qui portent ou refusent de porter leurs litiges devant un juge. La dimension humaine du droit est donc tout aussi importante que le droit lui-même. Pour s'en convaincre, il n'est que de penser à la notion de bon père de famille, de bonne foi ou encore de bonnes mœurs qui reposent, qu'on le veuille ou non, sur un substrat subjectif variable dans le temps et dans l'espace. Pour cette raison, nous proposons, en paraphrasant Pierre Legrand, « *il nous revient donc - et nous l'affirmons en sachant ce que la formule a d'excessif - de nous renier comme adjuvant de l'État producteur de règles et de travailler, herméneute rebelle, à l'éclosion* » chez les praticiens du droit « *d'une conscience critique au sens éminent du terme* »<sup>138</sup>.

Aujourd'hui, à l'ère de la pandémie, les interactions sociales sont encore restreintes, après avoir été très limitées, voire interdites. La mise en œuvre du droit s'en trouve nécessairement bouleversée. La méthode comparative proposée doit donc opérer comme une caisse de résonance de toutes les variables qui génèrent un système de droit : les règles de droit, la jurisprudence, l'histoire, la culture, la conscience juridique des hommes qui font le droit ou qui en usent, leur mentalité, la langue juridique autant que la langue vulgaire et, aussi, ce qui relève du non-droit. Le va-et-vient entre toutes ces variables permet d'établir des liens entre le droit abstrait et le droit vécu, mettant ainsi en lumière le droit tel qu'il est réellement, autrement dit, le droit vivant. Cette méthode suppose, aussi, de considérer le (je) de l'observateur comme un paramètre susceptible d'affecter l'objet observé parce que « *la connaissance d'une deuxième culture juridique relève toujours davantage de la connaissance médiate – c'est-à-dire des significations et de la langue déjà connues – que de la connaissance immédiate.* »<sup>139</sup> C'est dans cette perspective que nous invitons le lecteur à nous suivre sur les chemins de traverse qui permettront d'atteindre seulement une certaine vérité du système juridique français à l'aune de la pandémie du coronavirus et non la vérité, précisément en raison de la variable (je). Qu'est-ce à dire ?

Nous constaterons d'abord que la situation à laquelle la France est confrontée est inédite, en tout cas en ce qui concerne ces cent dernières années. La France comme d'autres pays s'est refermée sur elle-même. La peur, voire la terreur a pris le pas sur la raison. La politique est morte avec elle et ce sont les scientifiques qui gouvernent dans l'ombre de ceux que nous avons élus. Pendant le confinement, c'est une véritable révolution qui s'est passée dans nos rues vides, sous nos yeux rivés sur les écrans. Puis, la première phase du déconfinement a été, en réalité, un confinement élargi à un rayon de 100 km autour de notre domicile. Mais en avons-nous eu seulement conscience ?

Nous observerons ensuite que si la Révolution française de 1789 fut éminemment juridique, en revanche la révolution à coronavirus est essentiellement sanitaire et économique, le droit n'est qu'un prétexte, relégué au rang de simple instrument.

De sorte que, même si, par le biais des ordonnances et décrets, la France semble intégrer le facteur juridique, en réalité, toute la structure de la pensée actuelle est surtout tournée vers les difficultés économiques et sanitaires et le Droit est confiné en même temps que le peuple.

137 - cf. P. Legrand, *Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'État dans les facultés françaises*, RTDCiv. 1998, p. 299.

138 - cf. P. Legrand, art. préc., à propos des étudiants, p. 300.

139 - P. Legrand, art. préc., p. 51.

Pour s'en convaincre, il suffit de prendre le temps de lire les ordonnances et décrets récents pour comprendre, même s'ils sont temporaires, que le droit a été confiné aux basses besognes, celles de rallonger de plein droit les délais de détention provisoire qui concerne donc ceux qui sont présumés innocents<sup>140</sup>, celles d'assigner à résidence la totalité du pays, empêchant ainsi également la liberté de culte<sup>141</sup>, bref d'apporter une atteinte grave aux libertés fondamentales, car « *la liberté, résulte bien d'une construction juridique* »<sup>142</sup> et tout cela, en même temps que les tribunaux étaient fermés et où les contentieux encore traités pendant le confinement ne concernaient que l'urgence ou l'essentiel !

Donc ce que le droit peut faire, il peut le défaire et c'est ce qu'il y a de plus effrayant dans ce que nous apprend cette épidémie. Liberté, égalité et fraternité ! Que reste-t-il de ces valeurs ? Nous sommes tous égaux devant la loi qui nous a assigné à résidence pour notre bien. On fait vibrer la fraternité pour nous faire oublier que l'on nous a enlevé plusieurs de nos libertés fondamentales<sup>143</sup>. Et le pire dans tout ce chaos, c'est que nous, citoyens français si épris de notre liberté chérie, nous nous inclinons sans mot dire, voire nous approuvons, pire certains dénoncent leurs concitoyens qui ne respectent pas le confinement<sup>144</sup>. On entend çà et là parler d'effondrement à venir. En réalité, un effondrement a déjà eu lieu : l'effondrement du Droit et l'effondrement démocratique<sup>145</sup> !

Pourtant nous ne sommes ni responsables ni coupables de cette crise sanitaire. Partout où le coronavirus est à l'œuvre, pour faire oublier l'impéritie des gouvernants, l'on a fait régner la terreur, celle de mourir ou de propager la mort. Cette terreur comme aux temps les plus sombres de la Révolution française a été une arme très efficace. Il en est pour preuve, les rues et les routes désertées de nos villes et de nos campagnes. Certes, cette crise sanitaire majeure peut justifier les mesures prises, mais à la condition qu'elles restent proportionnées au risque encouru.<sup>146</sup>

L'effondrement de notre système a donc trouvé sa légitimité dans la terreur provoquée par le coronavirus et par une pulsion de mort<sup>147</sup>. L'égalité et la fraternité sans la liberté se sont affranchies de toute interposition de l'ordre public, dont la notion même apparaît tout d'un coup inutile. Comme en URSS, la notion d'ordre public n'a pas trouvé sa place parce que le droit interne soviétique était presque tout entier considéré comme relevant de l'ordre public. Or la notion d'ordre public ne présente d'intérêt que lorsqu'il s'agit de distinguer les normes relatives à l'intérêt général et celles relatives aux intérêts particuliers. De sorte que l'ordre public n'a de vocation que comme limite et comme protecteur des libertés et droits fondamentaux<sup>148</sup>. Lorsque les libertés publiques sont réduites à peu de chagrin, l'ordre public est une notion inutile !

140 - cf. Cass. Crim. Arrêt n° 974 du 26 mai 2020 (20-81.910) et Cass. Crim. Arrêt n° 977 du 26 mai 2020 (20-81.971), dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a jugé que l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 23 mars 2020 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.

141 - cf. Décision du Conseil d'État, en référé qui a jugé que l'interdiction générale et absolue imposée par le III de l'article 10 du décret n° 2020-545 du 11 mai 2020, de tout rassemblement ou réunion dans les établissements de culte, sous la seule réserve des cérémonies funéraires pour lesquels la présence de vingt personnes est admise, présente, en l'état de l'instruction, alors que des mesures d'encadrement moins strictes sont possibles, notamment au regard de la tolérance des rassemblements de moins de 10 personnes dans les lieux publics, un caractère disproportionné au regard de l'objectif de préservation de la santé publique et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de cette composante de la liberté de culte, une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière.

142 - cf. Ch. Leroy, « *De la normativité économique en démocratie de marché* », in Études offertes à Jacques Dupichot, Bruylant 2004, p. 282.

143 - cf. Anne Levade, *État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, Semaine Juridique Édition Générale n° 13, 30 mars 2020, 369 ; Patrick Wachsmann, *Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19*, Semaine Juridique Édition Générale n° 20-21, 18 mai 2020, 621.

144 - cf. Le Monde du 11 avril 2020, « *le retour des "corbeaux"* », article rédigé par Alexandre Kauffmann.

145 - cf. Joël Andriantsimbazovina, *L'état d'urgence sanitaire et les libertés*, Droit de la famille n° 6, juin 2020, étude 19.

146 - Diane Roman, *Coronavirus : des libertés en quarantaine ?* Semaine Juridique Édition G. n° 13, 30 mars 2020, 372.

147 - Freud, *Au-delà du principe de plaisir* (1920).

148 - cf. Catherine Krief-Verbaere, « *Recherches sur la notion d'ordre public en droit interne russe à l'aune du droit français (étude de droit privé sur l'ordre public en droit comparé français et russe)* », revue international de droit comparé, 2003, p. 151.

Le confinement s'est ensuite poursuivi avec le déconfinement, puisque si nous pouvions sortir de nos résidences, ce n'était que dans la limite d'un rayon de 100 km. Or la privation de liberté devrait être insupportable pour tout porteur des idées d'Aristote. Il est sans consistance juridique pertinente. Pourtant, la pulsion de mort l'a emporté. Dans cette perspective, comme l'a justement remarqué le Professeur Mireille Delmas-Marty, « *Tout se passe comme si renoncer aux libertés devenait le prix à payer pour protéger (sans garantie de résultat) le droit à la vie, autrement dit la sécurité des personnes. Même le respect de la dignité humaine, seul droit « indérogeable » selon les instruments internationaux des droits de l'homme, est peu à peu affaibli : les États-Unis ont légitimé la torture face au terrorisme et l'on peut craindre que, face à la pandémie, se généralise la sélection des malades, ou même en certains pays, l'entassement de cadavres dans les rues.*

*En quelques jours, « l'urgence sanitaire » a balayé simultanément les libertés d'aller et venir ou d'entreprendre (confinement généralisé), ainsi que les libertés de réunion et de manifestation, et indirectement, le droit à une vie familiale et le droit à l'éducation ; tandis que le droit à la vie privée serait menacé si le « traçage » était étendu à des produits dangereux aux humains. L'Après reste incertain car le scénario de l'Après terrorisme risque de se reproduire : la renonciation à l'état d'urgence serait accompagnée de la transposition des limitations aux droits de l'homme dans le droit ordinaire : tout ce qui n'est pas autorisé est réputé interdit »<sup>149</sup>.*

Dans la pensée aristotélicienne, en effet, le droit est associé à la justice, au juste objectif. Le droit est « *le rapport juste extérieurement réalisé entre deux objets.* »<sup>150</sup> A priori, on pourrait croire, en se cantonnant dans la sphère des normes du droit, que cette conception aristotélicienne apparaît très proche de la conception française actuelle. Pourtant, il n'en est rien. Pour quelle raison ?

Pour comprendre, il suffit d'introduire à l'étude une dimension herméneutique et anthropologique. Précisons un peu : la méthode inductive oblige à évaluer puis à intégrer différents phénomènes qui relèvent du droit et du non-droit, du dit et du non-dit. Il suffit, alors, de relier toutes ces variables pour voir émerger les raisons de l'originalité de la situation actuelle. On va le voir, un facteur culturel engendre cette singularité temporelle : un rapport particulier à l'État.

La pandémie Covid-19 a conduit la France à s'enfermer sur elle-même et ses habitants avec elle. Pourtant, le Droit a toujours constitué une valeur essentielle. Que s'est-il donc passé ? C'est que le positivisme l'a emporté en même temps que l'économie a remporté sa guerre contre le droit ! Le positivisme juridique conduit à perdre de vue que la règle de droit est créée dans l'intérêt de tous les individus vivants dans un pays donné et non pas contre eux, et qu'elle a pour vocation de se rapprocher le plus possible de l'idéal de justice<sup>151</sup>.

Nous n'envisagerons qu'un seul exemple, mais qui semble, à notre avis, suffisant pour illustrer la conception ultra-positiviste du droit et ses dangers. Cet ultrapositivisme<sup>152</sup> est induit par la soumission aveugle à l'État, lequel est envisagé comme un monarque, étranger à soi et supérieur en tout. Il suppose que l'on applique la loi à la lettre, peu importe que l'esprit en soit altéré. Ce positivisme, produit d'un sentiment patriotique pervers. À cet égard, le principe de la présomption d'innocence est bafoué à raison d'un nouveau délit prévu par l'article L. 3136-1 du code de la santé publique et qui dispose, notamment, que si les violations du confinement sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours,

149 - cf. Mireille Delmas-Marty, « *une boussole pour l'après* », Collège de France, avr. 2020 : [www.fondation-cdf.fr/2020/04/15/une-boussole-pour-lapres](http://www.fondation-cdf.fr/2020/04/15/une-boussole-pour-lapres).

150 - cf. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2002, p. 29.

151 - H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. I, 1er volume, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2000, n° 17, p. 48.

152 - Sur le positivisme juridique, voir notamment, Villey, « *La formation de la pensée juridique moderne* », présentation S. Rials, PUF, 2003, p. 559 et s.

les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule. Contrairement à ce que d'aucuns ont pu estimer<sup>153</sup>, c'est bien de réitération, au sens large, qu'il s'agit. Autrement dit, l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique a créé un cas de réitération en matière contraventionnelle, alors que cette notion était jusqu'alors réservée aux crimes et aux délits. En effet, en vertu des dispositions de l'article 132-16-7 du Code pénal, il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale. Toutefois, l'article L. 3136-1 du code de la santé publique et alors qu'il s'agit de contraventions admet une notion de réitération totalement contraire aux principes généraux du droit pénal puisqu'il la fonde sur la verbalisation et non sur une condamnation définitive !

Aujourd'hui la Cour de cassation a saisi le conseil constitutionnel de questions prioritaires de constitutionnalité relativement à ce texte par trois arrêts rendus par sa chambre criminelle<sup>154</sup>.

La guerre a été déclarée au coronavirus. Soit ! Quand les armes parlent, les lois se taisent disaient Cicéron, mais étions-nous vraiment en guerre ? N'est-ce pas plutôt une vaste opération de communication pour permettre de faire taire le Droit ? Quoi qu'il en soit, à cet égard, dans le journal Les Échos du 27 avril 2020, le philosophe, André Comte-Sponville affirmait, à juste raison : « *J'aime mieux attraper le Covid-19 dans un pays libre qu'y échapper dans un État totalitaire* ».

Alors, réveillons-nous ! Nous devons interroger notre capacité à nous questionner sur ce que nous avons vécu et vivons encore et celle de nous indigner lorsque le Droit est mis à l'écart. Ce n'est pas du droit positif qu'il s'agit, mais du vrai Droit, celui des droits de l'homme, celui des grands principes de droit dégagés par la Jurisprudence depuis la promulgation du Code civil et des codes suivants, celui de l'article préliminaire du code de procédure pénale, bref, celui des valeurs portées et développées par la France depuis la Révolution de 1789, celui du pacte républicain<sup>155</sup>.

Le délit prévu à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique relève de la loi inique, une loi d'exception prise à la hâte sans réfléchir, ni aux causes, ni surtout aux conséquences. Il suffit de trois verbalisations antérieures pour poursuivre une personne devant le tribunal correctionnel où elle risque 6 mois d'emprisonnement ? ! Mais depuis quand, en France est-on coupable d'un délit du seul fait d'une verbalisation ? Ces contraventions peuvent être contestées comme toute contravention et tant qu'un tribunal ne vous a pas déclaré coupable, le procès-verbal est comme suspendu. Ou alors, nous avons sombré sans le savoir dans un État policier. Et alors nous ne sommes plus dans un État de droit ! Parce que ce texte est une violation directe et sans complexe de la présomption d'innocence. Si celle-ci est mise à mal en matière contraventionnelle à raison des dispositions de l'article 537 du code de procédure pénale<sup>156</sup>, il n'est pas question de se rendre complice d'un tel déni de justice. Le juge est garant des droits de l'homme. Le juge devra en tirer toutes les conséquences à raison de l'inconventionnalité de ce texte, parce qu'il n'est ni raisonnable ni proportionnel. Le confinement est une mesure d'exception qui relève de la privation de liberté sans juge et sans loi constitutionnelle. Si l'on veut bien concéder quelques contraventions, il n'est pas question de concéder plus au coronavirus. Léon Blum nous a transmis un principe à propos des

153 - cf. Jean-François Dreuille, *État d'urgence sanitaire*, Revue Droit pénal, avril 2020, comm.78.

154 - Cass. Crim, 13 mai 2020, n° 20-90.006, n° 20-90.003, n° 20-90.004, JCP G 2020, 629.

155 - cf. Diane Roman, *Coronavirus : des libertés en quarantaine ?* article précité.

156 - cf. Catherine Krief-Semtko, *Le procès équitable en matière contraventionnelle*, AJ Pénal 2015, p. 478.

lois de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui peut être transposé aux lois actuelles et qui doit nous mettre en garde : « *Dirigées contre les anarchistes, elles ont eu pour résultat de mettre en péril les libertés élémentaires de tous les citoyens.* »<sup>157</sup>

Parce qu'à la vérité, le confinement est une violation directe de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose notamment, faut-il le rappeler, que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf, par exemple, et selon les voies légales, dans le cas suivant :

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse... Toutefois, en l'absence de test de dépistage, rien ne prouve que les personnes confinées soient susceptibles de propager le coronavirus. Donc faute de moyens, on a confiné tout le monde ! Et encore faut-il s'interroger sur la notion de détention régulière. Sommes-nous en détention, lorsque nous sommes confinés ? Oui, si l'on considère que l'assignation à résidence sans bracelet électronique est une forme particulière d'enfermement. Mais contrairement à l'ARSE qui constitue l'une des mesures alternatives à la détention provisoire, elle ne suppose pas la décision d'un juge des libertés et de la détention ni notre accord. Bref, le confinement à domicile ou dans un rayon de 100 km à vol d'oiseau est déjà en soi une entorse grave aux libertés fondamentales à laquelle l'on peut adhérer provisoirement pour des raisons de crise sanitaire majeure avant de pouvoir demander des comptes. Mais admettre que trois verbalisations constituent des réitérations en l'absence de condamnation serait contraire à la Convention EDH et le délit créé par la loi du 23 mars 2020 est une abomination juridique !

Au reste et pire même, le délit n'est pas constitué à raison de faits commis par le prévenu, mais à raison de l'existence de trois verbalisations de ces faits. C'est une hérésie ! Si verbalisation il y eut, le prévenu a déjà été puni par une amende, au moins trois fois. La condamnation pour ce délit contreviendrait donc au principe *non bis in idem* inscrit dans l'article 4 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose, notamment, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. La Cour EDH a toujours conclu à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7, lorsqu'une procédure concernait une seconde infraction ayant pour origine des faits identiques à ceux qui avaient fait l'objet d'une première condamnation ou d'un acquittement définitif<sup>158</sup> ou que les deux décisions litigieuses se fondaient sur le même comportement<sup>159</sup>.

Par ailleurs, conformément à l'article 6 de la Convention EDH, toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Or, une verbalisation ne constitue pas une culpabilité légalement établie en matière délictuelle. Dès lors, elle ne saurait valablement fonder, même si elle s'est renouvelée trois fois un délit quelconque. D'autant que, faut-il le rappeler, dans un instant de raison, le contrevenant ne fait qu'exercer un droit fondamental dont il a été privé par une loi d'exception dont la constitutionnalité et la conventionnalité sont plus qu'incertaines !

Quelle doit donc être la part de l'herméneute rebelle ?

Il doit, tout comme la Cour de cassation vérifier la conventionnalité du texte qu'il doit appliquer<sup>160</sup>. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

157 - cf. Léon Blum, *Comment ont été faites les Lois scélérates*, in Revue blanche, n° du 1<sup>er</sup> juillet 1898, article signé par « un juriste ».

158 - cf. CEDH, *Sismanidis et Sitaridis c. Grèce*, 9 juin 2016 ; CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995.

159 - CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995.

160 - cf. Cass. Crim. Arrêt n° 974 du 26 mai 2020 (20-81.910) et Cass. Crim. Arrêt n° 977 du 26 mai 2020 (20-81.971) précités.

est d'application directe en droit interne, ce qui est depuis longtemps admis par la Cour de cassation<sup>161</sup>, mais également imposé par la Cour EDH<sup>162</sup>.

En effet, dans l'arrêt Pla et Puncernau c/ Andorre du 13 juillet 2004, la Cour EDH impose aux juges internes d'interpréter les dispositions juridiques nationales conformément à la Convention. À cet égard, elle précise que l'appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne ne doit pas être manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention.

Elle confère ainsi au juge national un véritable pouvoir d'interprétation des dispositions légales nationales à l'aune de la convention EDH, voire de les écarter lorsqu'elles sont contraires à la Convention EDH.

En outre, la Cour EDH estime que, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou en flagrante contradiction avec les dispositions de la Convention<sup>163</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme met ainsi à la charge des autorités nationales et singulièrement des tribunaux l'obligation d'interpréter la loi interne de manière raisonnable, fondée et équitable et, quoi qu'il en soit conformément à la Convention au regard des faits qui sont soumis à leur appréciation. Cette obligation peut aussi s'analyser comme un véritable pouvoir : celui de ne pas interpréter aveuglément la loi. Dans cette perspective, on peut donc conclure que le juge n'est plus la bouche de la loi comme le soutenait Montesquieu dans son ouvrage « De l'esprit des lois » lorsqu'il affirmait que « *les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.* » Le juge a pour fonction de dire le Droit et non pas de dire la loi. Dire le Droit impose au juge d'interpréter la loi pour l'appliquer au cas qui lui est soumis et de le faire conformément à la Convention européenne des droits de l'homme. L'interprétation est au cœur du contrôle de conventionalité comme il est au cœur du pouvoir judiciaire, pouvoir dont il est temps de se saisir.

N'oublions pas que ce sont les êtres humains qui, au final, font le droit vivant ; si cela va sans dire, cela va mieux en le disant. Certes les textes sont importants, mais les hommes qui l'appliquent le sont plus encore, car leur rôle « *ne consiste pas seulement à connaître la règle de droit pour l'appliquer. Le juge a une mission bien plus haute... créer la règle de droit, de la créer telle qu'elle se rapproche le plus possible de l'idéal de justice.* »<sup>164</sup> Partant, les juristes français et la manière dont ils conçoivent le droit est essentielle. Nous ne devons pas nous laisser envahir par la pulsion de mort et devenir des juristes inanimés. Nous devons rester les acteurs de notre destin commun ! Pour l'instant, nous ne sommes que des spectateurs apeurés.

Pour conclure, nous ne pouvons que constater que la volonté de réaliser un idéal de justice n'est plus si prégnante en France. Pourtant, le « *droit est au sens propre, un bien culturel et donc spirituel. Il ne peut donc qu'être l'objet d'une lutte jamais achevée, mais une lutte qui ne prend son sens que si, comme Jhering, nous savons éprouver un peu d'amour pour le Droit.* »<sup>165</sup> Autrement dit, on ne badine pas avec les droits de l'homme. C'est un bien commun trop précieux !

161 - Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, Bull.civ. 1992 A.P., n° 13, p. 27.

162 - Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, Req. N° 69498/01.

163 - cf. Cour EDH, Aff. Pla et Puncernau c/ Andorre, préc. note (26), § 60 ; CEDH, gr. ch., 18 févr. 1999, n° 29515/95, Larkos c/ Chypre, §§ 30-31 ; CEDH, 28 nov. 2011, n° 56759/08, Negreponis-Giannisis c/ Grèce : JCP N 2012, n° 17, 1206, n° 10, É. Fongaro.

164 - cf. Mazeaud, François Chabas, op.cit., n° 17, p. 48.

165 - cf. O. Jouanjan, « Présentation. Jhering ou l'amour du droit », préface à l'ouvrage de Jhering, « La lutte pour le droit », Dalloz 2006, p. XXXIII.

CONTRIBUTIONS : Article - 14 juillet 2020

## K. La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique

Par Marc VERDUSSEN

Un État confronté à une crise majeure est inévitablement soumis à la tentation de prendre des mesures qui ébranlent les droits fondamentaux des citoyens, les droits constitutionnels mais aussi les droits reconnus au niveau international<sup>166</sup>. C'est un défi qui est ainsi lancé aux autorités étatiques, celui de juguler la crise sans régresser dans la protection de ces droits. Ce défi est juridique, mais aussi éthique. Les droits fondamentaux traduisant un consensus collectif autour d'exigences sociales essentielles, la réaction aux situations de crise est aussi une question de valeurs : face au risque de désordre ou de violence, « *comment conjurer la perte des valeurs ?* »<sup>167</sup>.

Deux aspects du problème sont abordés – brièvement – dans la présente contribution. Au regard de la Constitution belge et de son interprétation par les juges nationaux, est-il possible en période de crise de suspendre les droits fondamentaux, d'une part (I), et ceux-ci s'accommodent-ils de limitations, d'autre part (II) ? À la différence de la seconde question, la première appelle une réponse catégoriquement négative. Une précision terminologique se justifie. Suspendre les droits fondamentaux, ou plus exactement l'application de ces droits, c'est les mettre en veilleuse de manière provisoire, mais générale. Justifiée par l'urgence d'une (ré)action immédiate, cette forme de dérogation – parfois qualifiée d'« état d'urgence » ou d'« état d'exception » – ne doit pas être confondue avec la limitation des droits fondamentaux. Limiter les droits fondamentaux, c'est autoriser que des restrictions particulières puissent y être apportées et en fixer les conditions. En pratique, la distinction entre suspension et limitation n'en est pas moins très incertaine.

### L'INTERDICTION CONSTITUTIONNELLE DE TOUTE SUSPENSION DES DROITS CONSTITUTIONNELS

La Constitution belge n'a pas été conçue pour affronter les situations de crise. La crise déclenchée par la pandémie de Covid-19 nous le rappelle avec une acuité particulière<sup>168</sup>. À la décharge du pouvoir constituant originaire, on dira que cette Constitution fait partie des Constitutions les plus anciennes. Pourtant, elle aurait pu ultérieurement être révisée en ce sens, dans le but d'y insérer un corpus cohérent et complet de règles de base destinées à encadrer ces situations de crise. Cela n'a pas été le cas. Il est regrettable que cette question n'ait suscité aucun débat constituant.

---

166 - M. Verdussen, « *Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme* », Annuaire international des droits de l'homme, 2007, vol. II, pp. 346-347.

167 - A. Garapon et D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem* – Leçons d'Outreau, Paris, Seuil, 2006, p. 19.

168 - M. Verdussen, « *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 : perspectives croisées – La situation en Belgique* », Unité mixte de recherche 'Droits International, Comparé et Européen' – UMR 7318-DICE (<https://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/democratie-etat-droit-droits-fondamentaux-face-a-pandemie-covid-19-perspectives-croisees>). Sur cette crise en Belgique, voy. égal. F. Bouhon, A. Jousten, X. Miny et E. Slautsky, « *L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception* », Courrier hebdomadaire du Crisp, 2020, n° 2446; J. Clarenne et C. Romainville, « *Le droit constitutionnel belge à l'épreuve du Covid-19* », Jus Politicum, 23 avril-4 mai 2020 (<https://www.facebook.com/UCLCRECO/>); S. Ganty, « *COVID-19 and States of Emergency - Belgium and COVID-19: When a Health Crisis Replaces a Political Crisis* », Verfassungsblog, 21 avril 2020 (<https://verfassungsblog.de/belgium-and-covid-19-when-a-health-crisis-replaces-a-political-crisis/?fbclid=IwAR2cDnWCFdXdaz677juUuX8owkkmo160bMXMw0zE8d-SbrvkCNMSLAB0dLw>). Adde : « *Carnets de crise* », Centre de droit public de l'Université de Bruxelles (<https://droit-public.ulb.ac.be/category/billets-dhumeur/>).

Adopté en 1831, l'article 187 de la Constitution belge est l'illustration la plus paradigmatique de cette option prise par le Constituant de l'époque. En disposant que « *la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie* », il interdit sans ambiguïté que la Constitution soit suspendue, partiellement ou totalement. Par conséquent, en Belgique, l'instauration d'un « état d'urgence » ou d'un « état d'exception », non seulement n'est pas prévue par la Constitution, mais est formellement interdite par celle-ci<sup>169</sup>.

Quelles situations sont visées par l'article 187 de la Constitution ? Il s'agit des situations d'exception. On pense à la nécessité de lutter contre le terrorisme, mais aussi de faire face à une catastrophe nucléaire, une canicule meurtrière, des intempéries dévastatrices, ou encore une épidémie ou une pandémie. Pour un État confronté à de telles menaces, il peut être tentant de faire adopter par le pouvoir législatif, voire par le pouvoir exécutif, des mesures exceptionnelles, qui suspendent l'application de dispositions constitutionnelles et spécialement de droits fondamentaux. La réponse du Constituant belge est catégorique : quelles que soient la gravité et l'intensité des événements ou de la menace, les institutions doivent fonctionner coûte que coûte, les citoyens doivent pouvoir exercer sans entraves leurs droits fondamentaux et le régime juridique de ces droits ne peut être modifié en la circonstance. Toutes les autorités publiques sont chargées d'appliquer toutes les dispositions de la Constitution.

Il pourrait être objecté que la Belgique a souscrit à des conventions internationales qui prévoient « l'état d'urgence », celui qui survient « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », selon les termes de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme – plusieurs États européens ont déjà notifié au Secrétariat général du Conseil de l'Europe leur volonté d'invoquer l'article 15 de la Convention en raison la pandémie du Covid-19 –, ou « le danger public exceptionnel » qui menaçant l'existence de la nation, selon l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>170</sup>. Cependant, les régimes dérogatoires que permettent d'instaurer ces instruments internationaux se situent en deçà de la protection que la Constitution entend, pour sa part, établir<sup>171</sup>. Ils ne trouvent à s'appliquer que pour les droits fondamentaux non reconnus par la Constitution belge.

L'intransigeance du Constituant belge pose question. Ignorer la possibilité de voir émerger des situations de crise réclamant la suspension de certains droits fondamentaux, c'est prendre le risque de voir l'État se réfugier, en dehors de toute balise, derrière des notions aussi vagues et insécurisantes que l'état de nécessité et la légitime défense. Face à une porte fermée à double tour, qui interdit toute suspension en toutes circonstances, n'est-il pas tentant pour l'État confronté à une urgence impérieuse, donc *in tempore suspecto*, de la défoncer et de s'y engouffrer, sans restriction aucune ? N'est-il pas préférable d'entrouvrir cette porte, *in tempore non suspecto*, en posant des limites matérielles et procédurales à la mise en œuvre d'un régime dérogatoire ? Le débat est ouvert. Constatons en tout cas que l'article 187 de la Constitution belge « *n'a pas résisté à l'épreuve des faits* », le temps de guerre ayant « engendré un état de nécessité qui a conduit à la mise en œuvre d'un régime d'exception suspendant certaines libertés constitutionnelles en dépit de la Constitution »<sup>172</sup>.

169 - Il serait vain d'invoquer ici l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège (Moniteur belge, 15 octobre 1916), toujours en vigueur, car tant l'état de guerre que l'état de siège ne s'appliquent qu'en temps de guerre.

170 - Voy. les Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions où des dérogations, adoptés le 28 septembre 1984.

171 - J. Velu, « *Le droit pour les États de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », in « *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* », Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/Cabay, 1982, pp. 71-147 ; R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 1987.

172 - R. Ergéc et S. Wathée, « *Les dérogations aux droits constitutionnels* », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1, p. 396.

## L'ENCADREMENT CONSTITUTIONNEL DE TOUTE LIMITATION AUX DROITS CONSTITUTIONNELS

La Constitution belge contient un catalogue de droits fondamentaux qui, pour l'essentiel, sont énumérés dans le Titre II. En revanche, elle ne contient pas des clauses transversales relatives à l'interprétation de ces droits et à leur garantie. C'est donc la jurisprudence, notamment de la Cour constitutionnelle, qui pose les balises à respecter en cas d'ingérence dans les droits fondamentaux. Régulièrement, les juges constitutionnels, se fondant à la fois sur les dispositions de la Constitution et sur les dispositions analogues du droit international conventionnel, rappellent qu'une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d'un droit fondamental n'est pas exclue, mais qu'il est indispensable que « *cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle réponde à un besoin social impérieux dans une société démocratique et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit* »<sup>173</sup>. On retrouve ici le triptyque légalité/nécessité/proportionnalité.

Ces exigences sont-elles applicables en toutes circonstances ? Par exemple, dans une affaire relative au terrorisme, la Cour constitutionnelle admet que la lutte contre certaines formes de criminalité particulièrement graves puisse « *contraindre les autorités chargées de la recherche des infractions et de la poursuite de leurs auteurs à mettre en œuvre des méthodes de recherche qui ont pour nécessaire conséquence une ingérence dans certains droits fondamentaux des personnes qui en font l'objet* », mais qu'il « *revient au législateur, sous le contrôle de la Cour, de formuler les dispositions qui autorisent et contrôlent le recours à ces méthodes de recherche de manière telle que l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles comportent soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif défini* »<sup>174</sup>. D'autres arrêts vont en ce sens, même s'ils n'aboutissent pas nécessairement à une invalidation des dispositions législatives mises en cause<sup>175</sup>.

On ne dira jamais assez qu'en Belgique, si une crise, aussi grave soit-elle, ne peut fonder une suspension des droits constitutionnels, elle ne peut davantage justifier un assouplissement des critères de contrôle des ingérences à ces mêmes droits constitutionnels. On retrouve ici, d'une certaine manière, la distinction faite par Mireille Delmas-Marty entre la « *suspension* » et le « *contournement* » de l'État de droit<sup>176</sup>. À cet égard, le risque existe que les limitations apportées à tel ou tel droit fondamental soient à ce point conséquentes que la différence entre « *suspension* » et « *limitation* » s'en trouve singulièrement réduite. La crise déclenchée par la pandémie de Covid-19 n'échappe pas à ce risque. C'est dans cet esprit que, le 26 mars 2020, la Ligue belge des droits humains a adressé aux parlementaires et aux ministres une lettre rappelant que « *les États ont l'obligation positive de protéger le droit à la vie et à la santé contre l'actuelle pandémie du coronavirus* », mais que « *dans la mise en œuvre de ces obligations et dans l'organisation des mesures exceptionnelles, il faut veiller au respect des droits et libertés et au respect de l'État de droit* »<sup>177</sup>. Dans une tribune publiée ce 13 avril 2020 par le quotidien Libération, nous soulignons, avec le professeur Dominique Rousseau et plusieurs autres collègues étrangers, que « *protéger le corps social n'est pas seulement une question sanitaire. C'est aussi une question juridique car ce qui fait un corps social c'est l'adhésion des individus à un même patrimoine de droits et libertés* »<sup>178</sup>.

173 - Not. C.C., arrêt n° 27/2020, 20 février 2020, B.7.7.

174 - C.C., arrêt n° 105/2007, 19 juillet 2007, B.3.1.

175 - Voy. not. C.C., arrêt n° 9/2015, 28 janvier 2015 ; arrêt n° 31/2018, 15 mars 2018.

176 - M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, p. 121.

177 - <http://www.liguedh.be/covid-19-pouvoirs-speciaux-la-ligue-des-droits-humains-adresse-une-lettre-aux-parlementaires-et-au-gouvernement/>.

178 - Libération, 17 avril 2020, p. 19.

### Le respect des droits constitutionnels dans l'exercice ordinaire de la fonction normative

L'exercice ordinaire de la fonction normative durant la présente crise sanitaire montre le risque pris par les autorités concernées de rudoyer, peu ou prou, certains droits constitutionnels. On en donne trois exemples.

Le premier exemple concerne les législateurs – la fonction législative se décline au pluriel dans les États fédéraux – mais, en l'occurrence, plus particulièrement le législateur fédéral. La Belgique fait partie de ces États qui étudient la possibilité de proposer aux citoyens de télécharger sur leur smartphone une application enregistrant leurs déplacements et les personnes avec qui elles sont entrées en contact. L'objectif annoncé est de pouvoir identifier et isoler les personnes possiblement infectées. Un tel outil touche notamment à la protection de la vie privée et au rôle du législateur pour encadrer ce qui constitue une ingérence dans ce droit fondamental. En Belgique, soucieux d'initier un débat démocratique sur le sujet, plusieurs membres de la Chambre des représentants ont déposé une proposition de résolution qui entendait voir fixé un socle de garanties essentielles pour encadrer un tel outil numérique (minimisation des données enregistrées, transparence par la publication du code source de l'application, etc.)<sup>179</sup>. Une commission parlementaire a suggéré que cette résolution soit coulée dans la forme d'une proposition de loi, ce qui a été fait<sup>180</sup>. À la suite d'objections soulevées par la section de législation du Conseil d'État, un projet d'accord de coopération entre les niveaux de pouvoir compétents a été élaboré et, en attendant son entrée en vigueur, un arrêté royal de pouvoirs spéciaux a été adopté<sup>181</sup>. Quelle que soit l'issue de cette saga, la principale question posée est celle de la nécessité d'une telle mesure<sup>182</sup>. Une partie des gouvernants ont par trop tendance à considérer qu'il y va d'une question politique relevant de leur appréciation souveraine, alors que la question est juridique. La Cour européenne des droits de l'homme a encore rappelé, le 3 mars dernier, que toute ingérence portée au droit à la vie privée doit être « *nécessaire dans une société démocratique* », au sens de l'article 8, § 2, de la Convention, ce qui implique que « *les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants* »<sup>183</sup>. En clair, il ne suffit pas que l'ingérence soit prévue par une loi et tende à protéger un intérêt légitime – en l'occurrence la protection de la santé publique –, encore faut-il qu'elle réponde à un « *besoin social impérieux* », selon l'expression de la Cour européenne<sup>184</sup>, utilisée également par la Cour constitutionnelle<sup>185</sup>. Le procédé envisagé est-il suffisamment efficace pour justifier une telle intrusion dans la vie privée ? Rien ne semble à ce jour l'accréditer.

Le deuxième exemple concerne les autorités exécutives. Le 23 mars 2020, le ministre de l'Intérieur s'est fondé sur des dispositions législatives passablement imprécises – tirées de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police et de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile – pour adopter un arrêté ministériel qui s'avère être la base juridique de substantielles mesures d'urgence visant à limiter la propagation du coronavirus Covid-19<sup>186</sup> : fermetures des principaux

179 - Proposition de résolution relative au développement potentiel d'une application mobile pour lutter contre le coronavirus (Covid-19) et à la nécessité de respecter les droits humains, en particulier le droit au respect de la vie privée (Doc. parl., Ch. repr., 2019-2020, n° 55-1182/1).

180 - Proposition de loi relative à l'utilisation d'applications numériques de traçage de contacts par mesure de prévention contre la propagation du coronavirus Covid-19 parmi la population (Doc. parl., Ch. repr., 2019-2020, n° 55-1251/1).

181 - A.R. n° 44 du 26 juin 2020, publié au Moniteur belge du 29 juin 2020 (2e éd.). Sur les pouvoirs spéciaux, voy. infra.

182 - Voy. E. Degrave, « *Le suivi numérique des citoyens : un pacte avec le diable ?* », La Libre Belgique, 24 avril 2020. (<https://www.lalibre.be/debats/opinions/le-suivi-numerique-des-citoyens-un-pacte-avec-le-diable-5ea2dfed7b50a64f9cf06bf0>).

183 - Cour eur. DH, arrêt *Convertito et autres c. Roumanie*, 3 mars 2020, § 48.

184 - *Ibid.*, § 53.

185 - Not. C.C., arrêt n° 104/2019, 27 juin 2019, B.5.2.

186 - Moniteur belge, 23 mars 2020, 2e éd. Il s'agit, en réalité, du troisième arrêté ministériel adopté à cette fin par le ministre de l'Intérieur, deux précédents arrêtés ayant été adoptés le 13 mars 2020 (Moniteur belge, 13 mars 2020, 2e éd.) et le 18 mars 2020 (Moniteur belge, 18 mars 2020, 3e éd.). D'autres arrêtés ministériels ont également été adoptés, qui portent des mesures urgentes plus spécifiques.

commerces ; restrictions d'accès aux grandes surfaces ; fermeture des marchés ; obligation de télétravail à domicile pour les « *entreprises non essentielles* » ; interdiction de principe des « *rassemblements* », des « *activités à caractère privé ou public, de nature culturelle, sociale, festive, folklorique, sportive et récréative* », des « *excursions scolaires* », des « *activités dans le cadre de mouvements de jeunesse* », ou encore des « *activités des cérémonies religieuses* » ; suspension des leçons et activités dans l'enseignement maternel, primaire et secondaire ; enseignement à distance dans les écoles supérieures et les universités ; interdiction des « *voyages non essentiels* » au départ de la Belgique ; réglementation du confinement à domicile.

Les mesures adoptées restreignent moult droits fondamentaux (liberté d'aller et venir, liberté de réunion, droit au respect de la vie privée et familiale, droit à l'enseignement, liberté de religion, droit à l'épanouissement culturel...). Il ne s'agit pas ici de se prononcer sur l'opportunité politique de ces mesures, mais de s'interroger sur la qualification juridique à leur donner<sup>187</sup> : si certaines d'entre elles doivent être tenues pour des limitations aux droits fondamentaux des citoyens, d'autres peuvent être vues comme conduisant à une suspension pure et simple de certains de ces droits. Comment concilier semblable suspension avec la rigueur de l'article 187 de la Constitution ? Ce dernier n'est-il pas à nouveau dépassé par les faits ?

Surtout, on s'étonne que des ingérences aussi draconiennes dans les droits fondamentaux des citoyens – ingérences dont la légalité et la proportionnalité sont sérieusement discutables – aient pu être décidées par le seul ministre de l'Intérieur. Certes, les textes législatifs mobilisés à l'appui de ces décisions le permettent. Certes, le Conseil des ministres a été consulté. Certes, le ministre de l'Intérieur dispose d'un pouvoir de police administrative générale (quoique subsidiaire par rapport à celui des autorités communales). Certes encore, l'arrêté ministériel en question a été adopté le 23 mars 2020, donc quatre jours avant l'adoption le 27 mars 2020 de la loi de pouvoirs spéciaux (dont il sera question ci-après). L'urgence le justifiait certainement. Mais, alors que l'article 13 de l'arrêté ministériel prévoyait que les mesures adoptées n'étaient d'application que jusqu'au 5 avril 2020, il a été remplacé le 3 avril 2020<sup>188</sup> par une nouvelle disposition qui prévoit, à l'alinéa 1<sup>er</sup> : « *Les mesures prescrites par le présent arrêté sont d'application jusqu'au 19 avril 2020 inclus. Elles peuvent être prolongées de deux semaines après évaluation* ». Par des modifications ultérieures intervenues le 17 avril 2020<sup>189</sup>, le 30 avril 2020<sup>190</sup>, le 8 mai 2020<sup>191</sup> et le 15 mai 2020<sup>192</sup>, le délai a été prolongé jusqu'au 30 juin 2020, puis ramené au 10 mai 2020, puis à nouveau reporté au 17 mai 2020 (certaines mesures venant à échéance au mois de juin, voire le 31 juillet). Le 5 juin 2020, une dernière modification a été apportée à l'article 13, qui a été remplacé par la disposition suivante : « *Sauf disposition contraire, les mesures prescrites par le présent arrêté sont d'application jusqu'au 30 juin 2020 inclus* »<sup>193</sup>. Quels que soient les arguments invoqués, il demeure que, dans un État de droit soucieux de respecter les droits fondamentaux, il n'est pas normal de laisser au seul ministre de l'Intérieur la responsabilité d'ingérences ayant une telle amplitude.

Le troisième exemple concerne les assemblées parlementaires en ce qu'elles sont habilitées à adopter, dans le cadre de leur autonomie organique, des règlements. Des dispositions nouvelles ont été récem-

187 - L'adoption de l'arrêté ministériel peut également susciter des discussions au regard de la répartition des compétences entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées. Mais cet aspect juridique de la crise sort du cadre de cette contribution. Sur les données du problème, voy. A.-S. Renson, « *Soins de santé* », in M. Uyttendaele et M. Verdussen (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 820-822.

188 - Moniteur belge, 3 avril 2020.

189 - Moniteur belge, 17 avril 2020, 3<sup>e</sup> éd.

190 - Moniteur belge, 30 avril 2020, 2<sup>e</sup> éd.

191 - Moniteur belge, 8 mai 2020, 2<sup>e</sup> éd.

192 - Moniteur belge, 15 mai 2020, 3<sup>e</sup> éd.

193 - Moniteur belge, 5 juin 2020, 4<sup>e</sup> éd.

ment adoptées qui sont applicables en cas de crise sanitaire dangereuse pour la santé humaine. Elles prévoient notamment la possibilité d'ajourner le Parlement, ou encore celle de court-circuiter le passage en commission en cas de projet ou de proposition urgent. Ces mesures contribuent à restreindre le contrôle parlementaire sur le gouvernement et à limiter le débat démocratique. Elles sont d'autant plus problématiques qu'en Belgique les règlements d'assemblée échappent, en principe, à tout contrôle juridictionnel, bénéficiant de la sorte d'une quasi-impunité<sup>194</sup>.

### **Le respect des droits constitutionnels dans le cadre des pouvoirs spéciaux**

Les lois de pouvoirs spéciaux sont des lois par lesquelles le législateur fédéral habilite temporairement le Roi – donc le gouvernement fédéral – à régler un certain nombre de matières qui normalement sont réglées par le législateur fédéral lui-même, et ce par des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux (ARPS)<sup>195</sup>. Concrètement, plutôt que d'agir conjointement avec les assemblées fédérales (la Chambre des représentants et le Sénat), le gouvernement fédéral agit collectivement mais seul, ce qui l'autorise dans un contexte de crise requérant de promptes mesures d'intervenir « *avec plus de rapidité et d'efficacité que ne le permet le fonctionnement normal des assemblées législatives* »<sup>196</sup>. Fondé sur une interprétation audacieuse de l'article 105 de la Constitution, le recours aux pouvoirs spéciaux se justifie avec d'autant plus d'acuité lorsque ces mêmes assemblées législatives sont dans l'impossibilité de se réunir physiquement dans les bâtiments du Parlement.

Les ARPS viennent ainsi modifier, compléter, abroger ou remplacer les lois fédérales en vigueur, dans les limites définies par la loi de pouvoirs spéciaux (des limites définies avec un degré de précision très fluctuant d'une loi de pouvoirs spéciaux à l'autre). Il ne s'agit pas, comme pour les arrêtés royaux d'exécution des lois, de procurer exécution à des lois. Il s'agit, à partir des lois fédérales existantes, d'adopter de nouvelles normes. À la différence des arrêtés royaux ordinaires qui sont datés, les ARPS sont datés et numérotés, ce qui est une manière de les reconnaître aisément. Au terme de la période de pouvoirs spéciaux, les matières qui ont fait l'objet d'ARPS ne peuvent plus être réglées que par le législateur fédéral lui-même. Les ARPS ne peuvent donc être modifiés, complétés, abrogés ou remplacés que par la voie législative. En revanche, tant qu'il n'y est pas touché, ils restent en vigueur.

Dans un avis donné le 31 mai 1996<sup>197</sup>, la section de législation du Conseil d'État a indiqué que, pour être compatibles avec l'article 105 de la Constitution, les pouvoirs spéciaux doivent satisfaire aux conditions suivantes : (1) les pouvoirs spéciaux doivent être justifiés par certaines circonstances de fait, qualifiées généralement de circonstances exceptionnelles ou de circonstances de crise ; (2) les pouvoirs spéciaux ne peuvent être attribués que pour une période limitée, déterminée en fonction des circonstances qui les justifient ; (3) les pouvoirs spéciaux doivent être définis avec précision, en ce qui concerne tant les objectifs à atteindre que les matières où des mesures peuvent être prises et leur portée ; (4) lors de l'attribution des pouvoirs spéciaux, le législateur doit respecter les normes supranationales et internationales,

---

194 - M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 115.

195 - La littérature juridique sur les pouvoirs spéciaux est importante. Voy. not. M. Leroy, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *Administration publique*, 2014, pp. 483-504 ; T. Moonen, « *Bijzondere machten als oplossing voor een crisis : of zelf in een midlifecrisis ?* », in E. Vandenbossche (ed.), *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 177-213.

196 - M. Uyttendaele, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles/Limal, Bruylant/Anthemis, 2014, p. 520. Sur les contraintes temporelles qui pèsent sur les parlementaires dans l'exercice de leurs fonctions, voy. M. Borres, M. Solbreux et M. Verdussen, « *Les Parlements belges et le temps* », in G. Toulemonde et E. Cartier (dir.), *Le Parlement et le temps – Approche comparée*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 227-255, spéc. pp. 232-253.

197 - Avis n° 25.167/1 du 31 mai 1996 sur un avant-projet devenu la loi du 26 juillet 1996 relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/25167>). Ces conditions ont été rappelées dans des avis ultérieurs, dont l'avis n° 47.062/1/V du 18 août 2009 sur l'avant-projet de loi devenu la loi du 16 octobre 2009 accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/47062>).

mais aussi les règles constitutionnelles de répartition de compétences entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées.

Les ARPS ont valeur réglementaire, sauf si ultérieurement ils sont confirmés par le législateur, auquel cas ils acquièrent valeur législative (force de loi). Constitutionnellement, cette confirmation s'impose lorsque l'ARPS règle des matières réservées par la Constitution au législateur fédéral (infractions pénales, procédure pénale, impôts, etc.). Toutefois, en pratique, les lois de pouvoirs spéciaux exigent généralement la confirmation par le législateur fédéral de tous les ARPS, même dans les matières non réservées au législateur. Comme le relève très justement le professeur Yves Lejeune, « *initialement conçues comme un correctif juridique des habilitations consenties au Roi dans des matières constitutionnellement réservées à la loi, les lois de confirmation (...) sont donc devenues un nouveau moyen de contrôle politique de l'exercice des pouvoirs spéciaux consentis en toutes matières* »<sup>198</sup>. Précisons que la confirmation législative des ARPS leur confère la valeur de normes législatives rétroactivement, c'est-à-dire à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté. Précisons également que s'ils ne sont pas confirmés dans le délai fixé par la loi de pouvoirs spéciaux, ils cessent de sortir leurs effets.

La Belgique étant un État fédéral, les collectivités fédérées – les régions et les communautés – peuvent logiquement, elles aussi, recourir aux pouvoirs spéciaux, sur la base de l'article 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Pour l'essentiel, les principes encadrant les pouvoirs spéciaux, rappelés ci-dessus, trouvent à s'appliquer, *mutatis mutandis*, au niveau fédéré.

La crise déclenchée par la pandémie de Covid-19 a amené la plupart des législateurs à recourir aux pouvoirs spéciaux.

Le 27 mars 2020, deux lois de pouvoirs spéciaux ont été adoptées qui habilitent le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19<sup>199</sup>. Il y est prévu que les pouvoirs spéciaux expireront trois mois après l'entrée en vigueur de la loi. Ils sont donc expirés depuis le 30 juin. L'adoption d'une nouvelle loi de pouvoirs spéciaux était possible, mais cela n'a pas été le cas. Par ailleurs, il est exigé que les arrêtés adoptés soient confirmés par la loi dans un délai d'un an à partir de leur entrée en vigueur, étant précisé que, s'ils ne sont pas confirmés dans ce délai, ils sont réputés n'avoir jamais produit leurs effets. À la date du 10 juillet 2020, quarante-six ARPS avaient déjà été publiés. Certaines des mesures prises ont un impact inquiétant sur le fonctionnement de la justice et les droits des justiciables, ou encore sur les personnes enfermées dans les établissements pénitentiaires<sup>200</sup>.

Concomitamment aux mesures fédérales, trois collectivités fédérées ont également recouru aux pouvoirs spéciaux – la Région wallonne<sup>201</sup>, la Région bruxelloise<sup>202</sup> et la Communauté française<sup>203</sup> –, ce qui se justifie par le fait que les domaines en jeu dans la lutte contre la pandémie de Covid-19 sont éclatés entre les différents niveaux de pouvoir<sup>204</sup>. La situation en Belgique est, à cet égard, particulièrement complexe. Si certaines matières sont du ressort (quasi) exclusif de tel niveau de pouvoir – tels l'enseignement, de la compétence des communautés, et la justice, de compétence fédérale –, d'autres matières sont partagées entre différents niveaux de pouvoir – telles la politique de la santé et la politique

---

198 - Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 666.

199 - Moniteur belge, 30 mars 2020, 2<sup>e</sup> éd.

200 - O. Nederlandt et D. Paci, « *La prison face au Covid-19 : des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées* », *Journal des tribunaux*, 2020, pp. 341-348.

201 - Moniteur belge, 18 mars 2020.

202 - Moniteur belge, 20 mars 2020.

203 - Id.

204 - Dans un avis donné le 13 mai 2013, la section de législation du Conseil d'État a souligné que « *ce n'est pas parce que des mesures portent sur la lutte contre une crise touchant à la santé publique que l'autorité fédérale peut être réputée compétente. Au contraire, chaque autorité est responsable de la lutte contre une crise touchant à la santé publique dans les limites de ses propres compétences matérielles, ce qui n'exclut pas toutefois qu'un accord de coopération puisse être conclu à ce propos* » : avis n° 53.018/AG du 13 mai 2013 sur un projet d'arrêté royal relatif

économique –. La nature et l’ampleur des pouvoirs spéciaux accordés par les législateurs de ces entités fédérées sont assez variables lorsqu’on les compare entre eux mais aussi lorsqu’on les rapproche des lois fédérales de pouvoirs spéciaux, certains pouvoirs spéciaux ressemblant furieusement à des pleins pouvoirs. Plusieurs arrêtés de pouvoirs spéciaux ont été, à ce jour, adoptés par les Gouvernements de ces trois entités fédérées, dont quarante-six pour la Région bruxelloise et cinquante-trois pour la Région wallonne publiés à la date du 10 juillet 2020.

### Les contrôles sur le respect des droits constitutionnels

La question des contrôles se pose bien sûr pour les normes adoptées dans le cadre de l’exercice ordinaire de la fonction normative, qui sont soumises aux contrôles politiques inhérents au régime parlementaire et à des contrôles juridiques de constitutionnalité : contrôle de la Cour constitutionnelle pour les normes législatives ; contrôles de la section du contentieux administratif du Conseil d’État (recours pour excès de pouvoir) et des cours et tribunaux (contrôle incident), pour les normes réglementaires.

Mais la question des contrôles revêt une dimension spécifique s’agissant des normes adoptées dans le cadre des pouvoirs spéciaux. En effet, le caractère exceptionnel des pouvoirs spéciaux concerne uniquement la possibilité octroyée aux exécutifs d’adopter des normes dans des matières relevant du législatif. En revanche, les pouvoirs spéciaux n’autorisent pas les exécutifs à transiger avec l’obligation s’imposant à tous les pouvoirs publics de respecter scrupuleusement les droits fondamentaux. D’où la nécessité de contrôles efficaces.

En ce qui concerne les contrôles politiques, dont le respect des droits fondamentaux est un des enjeux, il convient de distinguer deux périodes : la période des pouvoirs spéciaux et la période subséquente. Durant les pouvoirs spéciaux, les assemblées parlementaires conservent la plénitude de leurs attributions. Les parlementaires peuvent recourir aux techniques habituelles de contrôle du gouvernement et spécialement au procédé de l’interpellation. Ils peuvent se réapproprier par le dépôt de propositions de loi des matières confiées au gouvernement au titre des pouvoirs spéciaux et gardent bien sûr la maîtrise législative des matières non visées par les pouvoirs spéciaux<sup>205</sup>. Ils peuvent initier l’adoption de résolutions destinées à adresser des recommandations au gouvernement et à ses membres<sup>206</sup>. La période de pouvoirs spéciaux ayant expiré, le contrôle politique s’exercera selon trois voies principales : le droit d’interpellation parlementaire ; le pouvoir de l’assemblée de créer des commissions d’enquête parlementaire ; le vote de l’assemblée sur la confirmation ou non des arrêtés de pouvoirs spéciaux. Sur ce dernier point, ne nous berçons pas de trop douces illusions : le débat parlementaire – si débat il y a – sur les mesures adoptées sous le couvert des pouvoirs spéciaux « n’interviendra qu’après qu’elles aient toutes définitivement vidé leurs effets » et « il est fort peu probable qu’elles ne soient pas toutes validées »<sup>207</sup>.

Cela étant, l’exercice par les assemblées de leurs attributions pendant une période de confinement et de distanciation sociale rendent indispensables des mesures logistiques d’adaptation visant à garantir la continuité du travail parlementaire. Les assemblées ont généralement décidé de recourir à la technique numérique de la visioconférence (discussions et votes à distance), conjuguée ou non à la participation

---

au contrôle sanitaire du trafic international (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53018>).

205 - À titre d’exemple, le Moniteur belge du 29 mai 2020 publie une loi du 20 mai 2020 portant des dispositions diverses en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 et une loi du 27 mai 2020 relative au. égal. la loi du 20 mai 2020. Autre exemple, le Moniteur belge du 11 juin 2020 publie une loi portant diverses mesures fiscales urgentes en raison de la pandémie du Covid-19.

206 - Voy. not. la proposition de résolution relative au développement potentiel d’une application mobile pour lutter contre le coronavirus (Covid-19) et à la nécessité de respecter les droits humains, en particulier le droit au respect de la vie privée, citée ci-avant, qui a donné lieu à de longs débats et à des auditions d’experts en commission de l’économie, de la protection des consommateurs et de l’agenda numérique.

207 - Voy. A. Schaus et V. Lettelier, « *Les droits et libertés à l’épreuve de la crise sanitaire (Covid-19)* », Carnets de crise n° 15, 17 avril 2020 (<https://droit-public.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2020/04/Les-droits-et-libertes-à-lépreuve-du-Covid-19.pdf>).

en présentiel d'un nombre limité d'élus. En revanche, l'ajournement pur et simple de l'assemblée nous paraît difficilement compatible avec les impératifs d'un régime parlementaire.

Au-delà du contrôle politique, les ARPS – pour l'essentiel, la question se pose dans les mêmes termes pour les arrêtés de pouvoirs spéciaux adoptés par les gouvernements fédérés – sont-ils soumis à des contrôles juridiques ?

Préalablement à leur adoption, les ARPS doivent être soumis à l'avis consultatif et préalable – *a priori* – de la section de législation du Conseil d'État, sans que, au niveau fédéral, leur auteur puisse exciper de l'urgence<sup>208</sup>. Il faut regretter que, dans le cadre des actuels pouvoirs spéciaux, l'obligation de consultation *a priori* de la section de législation du Conseil d'État ait été substantiellement assouplie, voire supprimée<sup>209</sup>. Ceci n'est cependant que le signe supplémentaire d'un mal plus profond. Déjà en temps normal, les avis demandés à la section de législation du Conseil d'État le sont trop souvent dans des délais indécents, quand ces avis ne sont pas purement et simplement discrédités, ce qui l'empêche d'assumer pleinement son rôle de « lanceur d'alerte juridique »<sup>210</sup>.

Une fois adoptés, donc *a posteriori*, les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux sont soumis aux contrôles mobilisables pour les normes réglementaires. Il s'agit de vérifier que l'ARPS est conforme ou compatible avec la loi de pouvoirs spéciaux qui le fonde, ainsi qu'avec la Constitution, les lois spéciales prises en vertu de la Constitution – lois spéciales ne peuvent être confondues avec les lois de pouvoirs spéciaux – et les dispositions de droit internationaux directement applicables dans l'ordre juridique interne. Quant à la Cour constitutionnelle, si elle est incompétente pour connaître des actes du pouvoir exécutif, en revanche, elle s'est déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des ARPS lorsque ceux-ci ont été confirmés par une loi ultérieure puisque, par la transmutation que suppose cette confirmation, ces arrêtés acquièrent une valeur législative les faisant échapper aux contrôles normaux assumés par la section du contentieux administratif du Conseil d'État et par les cours et tribunaux<sup>211</sup>. Dans l'exercice de ce contrôle, les juges constitutionnels considèrent, à juste titre, qu'« *en raison de son caractère exceptionnel, l'attribution de pouvoirs spéciaux par le législateur au Roi doit être interprétée strictement* »<sup>212</sup>. Concernant ces contrôles *a posteriori*, il est prématuré de tirer des enseignements, tant les décisions rendues manquent encore.

En ce qui concerne la Cour constitutionnelle, réunie en chambre restreinte, elle a décidé, par un arrêt rendu le 4 juin 2020, que ne relèvent manifestement pas de ses compétences des questions préjudicielles concernant l'article 7 de l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, posées par la chambre des référés du Tribunal de première instance du Luxembourg, cet arrêté royal n'ayant pas été confirmé par le législateur<sup>213</sup>. Selon la Cour, « *ce n'est que lorsqu'un arrêté royal fait l'objet d'une confirmation législative qu'il devient lui-même, dès la date de l'entrée en vigueur de la loi de confirmation, une norme législative. La Cour est alors compétente pour contrôler si la loi de confirmation, qui s'est approprié les dispositions de l'arrêté royal, ne viole pas une des dispositions constitutionnelles dont elle doit assurer le respect* »<sup>214</sup>.

208 - Lois coordonnées sur le Conseil d'État, art. 3bis, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>.

209 - M. Kaiser et C. Jadot, « *Pouvoirs spéciaux et section de législation du Conseil d'État, je t'aime moi non plus* », 6 mai 2020 (<https://www.altea.be/fr/news/394-pouvoirs-speciaux-et-section-de-legislation-du-conseil-d-etat.html>).

210 - M. Verdussen, *Réenchâter la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, p. 88.

211 - M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 107-108.

212 - Not. C.C., arrêt n° 52/99, 26 mai 1999.

213 - C.C., arrêt n° 82/2020 du 4 juin 2020.

214 - Ibid., B.1.3.

En ce qui concerne le Conseil d'État, un premier arrêt a été rendu le 27 avril 2020 qui a rejeté une demande en suspension en extrême urgence dénonçant une discrimination entre « *les magasins de bricolage ayant une gamme générale qui vendent principalement des matériaux/outils de construction* » et « *les jardinerie qui vendent principalement des plantes et des arbres* » – seuls les premiers étant autorisés à ouvrir –, le juge administratif ayant été sensible au fait qu'un assouplissement de l'interdiction des déplacements non essentiels ne peut être que « *très progressif* » et « *par étapes* »<sup>215</sup>. Le 26 mai 2020, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension en extrême urgence que des propriétaires d'une seconde résidence avaient introduite contre l'arrêté ministériel leur interdisant de se rendre dans leur seconde résidence et d'y séjourner, constatant que l'interdiction avait entre-temps été levée<sup>216</sup>. Le 28 mai 2020, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension que des croyants catholiques romains avaient introduite contre l'arrêté ministériel interdisant les activités des cérémonies religieuses, estimant que la condition de suspension requérant l'existence d'une extrême urgence n'a pas été remplie; concernant plus spécifiquement le préjudice subi par les croyants, privés de perspective quant à la question de savoir quand ils pourront vivre effectivement leur foi, l'arrêt renvoie à l'engagement exprès de la partie adverse assurant que le Conseil national de sécurité examinera le 3 juin 2020 dans quelle mesure et à quelles conditions des cérémonies religieuses pourront à nouveau avoir lieu<sup>217</sup>. Le 1<sup>er</sup> juin 2020, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension en extrême urgence introduite par des actionnaires contre la disposition d'un ARPS prévoyant des dispositions particulières concernant la tenue et l'organisation d'assemblées générales (extraordinaires) des actionnaires de sociétés, d'une part, parce que la condition de l'extrême urgence, à laquelle est subordonnée la suspension, n'est pas remplie, les parties requérantes ayant tardé à introduire leur demande, et, d'autre part, parce qu'il n'est pas démontré les conséquences dommageables invoquées présentent un caractère tel qu'il serait question d'extrême urgence<sup>218</sup>. Le 26 juin 2020, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension introduite contre l'arrêté ministériel du 5 juin 2020 ordonnant la fermeture des salles de jeux automatiques, la condition de l'existence d'une extrême urgence n'étant pas remplie<sup>219</sup>.

Si, selon le Conseil d'État lui-même, « *la pandémie du Covid-19 conduit à des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours introduits devant le Conseil d'État, notamment selon la procédure d'extrême urgence, doivent continuer à être traités, dans le respect des mesures de lutte contre la propagation du virus* »<sup>220</sup>, force est toutefois de constater que les quelques recours introduits n'ont pas été couronnés de succès.

### **Respect des droits constitutionnels et opacité des processus décisionnels**

La mise en œuvre des contrôles est d'autant plus cruciale que la plupart des initiatives prises pour juguler la crise, dont le confinement et les mesures liées à celui-ci, ont été adoptées dans l'ombre, au sein de cénacles dont ni la composition ni les modalités de fonctionnement n'ont fait l'objet d'un débat démocratique.

Certes, le Conseil national de sécurité (CNS) a été créé par un arrêté royal du 28 janvier 2015<sup>221</sup>, et ce dans le contexte des attentats terroristes de l'État islamiste. Il est compétent notamment pour établir la

215 - C.E., arrêt NVAndreas Stihl et autres, n° 247.452, 27 avril 2020.

216 - C.E., arrêt XXXX, n° 247.620, 26 mai 2020.

217 - C.E., arrêt Wouter Suenens e.a., n° 247.674, 28 mai 2020.

218 - C.E., arrêt by Quanteus Group, n° 247.689, 1<sup>er</sup> juin 2020.

219 - C.E., arrêt sa Sonic et sprl Royal Saint-Josse, n° 247.939, 26 juin 2020.

220 - C.E., arrêt sa l'Il Be Bag, n° 247.995, 3 juillet 2020.

221 - Moniteur belge, 30 janvier 2015.

politique générale du renseignement et de la sécurité, pour en assurer la coordination et pour déterminer les priorités des services de renseignement et de la sécurité. Institué au sein du gouvernement fédéral, il est présidé par le Premier ministre – actuellement la Première ministre Sophie Wilmès – et est composé des ministres de la Justice, de la Défense nationale, de l'Intérieur et des Affaires étrangères. Assistent aux réunions du Conseil lorsque leur présence est requise par l'ordre du jour, l'administrateur général de la Sûreté de l'État, le chef du Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées, le commissaire général de la Police fédérale, le directeur de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace, le président du Comité de direction du Service public fédéral Intérieur, un représentant du Collège des procureurs généraux et le procureur fédéral.

Toutefois, dans les faits, force est de constater que le CNS travaille sans aucune balise juridique spécifique. Dans le cadre de l'actuelle crise, il s'est adjoint un Groupe d'Experts en charge de l'Exit Strategy (GEES), dont la composition – contestée – a simplement été annoncée à la Chambre des représentants par la Première ministre et qui donne ses avis au CNS dans la plus grande obscurité.

Il y a plus. Derrière ces organes, a été mise en place une nébuleuse d'institutions, dont trois organes dits « de concertation ». Le Risk Assessment Group (RAG), analyse le risque pour la population en se fondant sur des données épidémiologiques et scientifiques. Présidé par Sciensano, il se compose d'experts de Sciensano et des autorités de santé. Créé par une loi du 25 février 2018, Sciensano est une « *institution publique sui generis (sic) dotée de la personnalité juridique* », qui a notamment pour mission d'assurer un soutien à la politique de santé par la recherche scientifique, des avis d'expert et des prestations de service. Le **Risk Management Group (RMG)** s'appuie sur l'avis du RAG pour prendre des mesures de protection de la santé publique. Présidé par le Service public fédéral (SPF) Santé publique, il se compose de représentants des autorités fédérales et fédérées de santé. Le **Comité scientifique Coronavirus** aide les autorités de santé à combattre le coronavirus par des avis scientifiques. S'ajoute à cela une multitude d'autres organes, comme la « Task force Data and Technology against Corona », qui a pour but de suivre les initiatives Mobile Health développées depuis le début de la crise Covid-19 et en particulier d'estimer leur utilité, leur sérieux ou leur conformité au Règlement général de protection des données (RGPD), ou encore l'« Economic Risk Management Group » (ERMG), mis en place afin d'assurer la gestion des risques économiques et macroéconomiques liée à la propagation du Covid-19 en Belgique.

Bien qu'il ne s'agisse que d'organes de concertation ou de consultation, les personnes qui les composent pèsent sensiblement sur des décisions qui affectent directement les droits fondamentaux des citoyens. Comment ces personnes sont-elles choisies ? Selon quels critères vérifie-t-on leur compétence ? S'assure-t-on de l'absence de tout conflit d'intérêt ? Loin de nous l'idée de jeter ici la suspicion sur l'expertise et l'impartialité de personnes qui consacrent leur temps et leur énergie à la sortie de la crise sanitaire. Il s'agit plutôt de rappeler que, lorsque les droits fondamentaux des citoyens sont en jeu, un État démocratique doit veiller à la plus grande transparence possible de ses processus décisionnels. Or, depuis le début de la crise, les citoyens se voient imposer des décisions sur lesquelles ils n'ont aucune prise et, surtout, dont ils ignorent les éléments concrets ayant conduit à leur adoption.

\*

En guise de point final – ô combien provisoire –, nous formulons cinq observations, directement inspirées par l'expérience belge de la crise déclenchée par la pandémie de Covid-19.

1. Une situation de crise est, par définition, un défi lancé au libéralisme. D'abord parce qu'au nom du bien commun la sortie de crise exige de promptes réactions là où, au nom du bien commun également,

le libéralisme réclame une temporalité suffisante pour garantir le débat démocratique. L'équilibrisme n'est pas seulement un art du spectacle ou une doctrine philosophique, c'est aussi une discipline politique. Ensuite parce que, la sortie de crise nécessitant des mesures radicales, la tentation de déroger, plus qu'à l'ordinaire, à la protection garantie par les droits fondamentaux est inévitable. Et tout ordre juridique renferme des règles et des principes aptes à justifier une telle exceptionnalité. Pourtant, dans un État de droit qui se respecte, cette exceptionnalité reste juridiquement encadrée par des limites censées infranchissables, quelles que soient les circonstances. La transgression de ces limites plonge l'État et ses citoyens dans l'arbitraire.

2. En période de crise, le courage politique, c'est précisément éviter de sombrer dans l'arbitraire. Ce n'est pas se lancer, à corps perdu et les yeux fermés, dans une lutte à laquelle on attribue une connotation guerrière pour mieux justifier le recours à tous les moyens (alors même, soit dit en passant, que la guerre n'autorise pas tout et n'importe quoi). Être politiquement courageux, c'est au contraire, et plus que jamais, veiller à mener des politiques, parfois extrêmes, dans le respect des droits fondamentaux. Et lorsque les mesures envisagées s'avèrent incompatibles avec ces droits, d'y renoncer. Quitte à décevoir une partie de ses électeurs. L'urgence ne dispense pas de la vigilance. Comment ne pas ajouter que celle-ci est d'autant plus vitale que les situations de crise génèrent une anxiété fragilisante pouvant nous incliner à abandonner aveuglément notre sort à l'État. Comme l'écrit François Sureau, « nombreux sont ceux parmi nous qui sont portés à détourner le regard, à absoudre les fautes » pour le motif que « les temps sont difficiles »<sup>222</sup>. On y verra une explication, parmi d'autres – on attend avec impatience les travaux des sociologues sur ce point –, d'un constat fait par plusieurs observateurs : la propension d'une partie substantielle de la population belge à obtempérer, parfois ingénument, aux injonctions qui lui ont été adressées dans le cadre de la crise déclenchée par la pandémie de Covid-19. Cette posture massivement docile ne saurait toutefois endormir la vigilance des citoyens face au risque, bien réel, d'une pérennisation de mesures décrétées dans l'urgence.

3. Par trop souvent, on oublie qu'en nous dotant de droits individuels, l'État libéral place chacun d'entre nous face à ses responsabilités, mais que celles-ci sont déterminées par un contexte marqué par les inégalités sociales. C'est pourquoi les droits fondamentaux comptent, dans leur rang, des droits sociaux. Ils sont consacrés par des dispositions internationales ou par la Constitution qui, en son article 23, réclame des législateurs de les garantir, et ce afin de permettre à chacun « de mener une vie conforme à la dignité humaine ». La crise sanitaire de 2020 a provoqué une intensification des fractures sociales et a plongé davantage encore des personnes et des familles dans une dure précarité. Des mesures sociales s'imposent urgemment pour endiguer et néantiser l'amplification des vulnérabilités. Ce n'est pas là une option politique. C'est une obligation juridique et, avant tout, constitutionnelle. Si l'on veut bien ne pas oublier que le droit n'est pas seulement « un système de règles à ne pas transgresser », mais aussi « un ensemble de buts à atteindre », alors il faut admettre que les droits sociaux procèdent d'un « objectif de justice sociale, qui doit retrouver sa place d'unité de mesure de la justesse de l'ordre juridique »<sup>223</sup>.

4. Une des menaces les plus inquiétantes pour le respect des droits fondamentaux en temps de crise réside dans l'opacité des processus décisionnels. Seule la transparence permet à chacune et à chacun d'« être en état d'alerte », d'« être sur ses gardes », qui sont des « attributs essentiels de la citoyenneté »<sup>224</sup>. Il n'est pas normal, par exemple, que le citoyen reste dans l'ignorance des pressions exercées par plus d'un lobby

222 - F. Sureau, *Sans la liberté*, Paris, Gallimard, Tracts, n° 8, 2019, p. 16.

223 - A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie – La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 118.

224 - P. Rosanvallon, *La contre-démocratie – La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 39.

pour peser sur certaines décisions, qu'il s'agisse de confiner, de déconfiner ou de tracer. Renoncer à la transparence, c'est se débarrasser de l'obligation de justifier des restrictions aux droits fondamentaux et, partant, de soumettre ces restrictions à la contradiction de tous les partenaires du dialogue démocratique. Les dissimulations sont d'autant plus inacceptables que, parfois, c'est le citoyen lui-même qui en est l'objet direct, lorsque des données personnelles sont traitées à son insu.

5. C'est un leurre de laisser croire que la démocratie est rendue plus difficile par la crise. La nécessité de sortir rapidement de celle-ci n'empêche nullement la tenue de débats publics. L'urgence ne requiert pas la précipitation. Ces débats publics doivent bien sûr avoir lieu dans les hémicycles parlementaires : les crises ne devraient-elles pas être un moment propice à une réhabilitation du travail parlementaire ? Mais il y a plus : parce qu'il est critique, le moment exige que la parole soit également donnée aux citoyens, au lieu d'être monopolisée par les gouvernants et les savants. Et si la parole ne leur est pas donnée, ils doivent la prendre, dans le respect du droit. Les crises sont propices aux dérives autoritaires, que l'apathie citoyenne ne peut qu'encourager.

CONTRIBUTIONS : Article - 6 octobre 2020

## L. Grèce : les mesures visant à faire face à la pandémie risquent-elles d'avoir des effets préjudiciables durables ? Le cas des conditions de travail<sup>225</sup>

Par Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS et Panagiota PETROGLOU

avocates au Conseil d'État et à la Cour de cassation helléniques

### OBSERVATIONS LIMINAIRES

1. En Grèce, les mesures visant à faire face au Covid-19 sont décrétées par des Actes de contenu législatif (ACL) édictés par le Président de la République, sur proposition du Conseil des Ministres, sur le fondement de l'art. 44 § 1 de la Constitution (Const.) qui les autorise « *dans des cas exceptionnels d'une nécessité extrêmement urgente et imprévue* » ; « *ces actes sont soumis à la Chambre des députés pour ratification [...] dans les quarante jours à compter de leur édicition ou dans les quarante jours à compter de la convocation de la Chambre en session. S'il ne sont pas soumis à la Chambre dans les délais ci-dessus ou s'ils ne sont pas ratifiés par elle dans les trois mois à partir de leur dépôt, ils deviennent caducs pour l'avenir* ». <sup>226</sup> Ces mesures sont précisées et/ou prolongées par des arrêtés ministériels conjoints (AMC)<sup>227</sup> pris sur délégation des ACL suite à un avis de la « Commission nationale de protection de la santé publique contre le Covid-19 », suivis de nombreuses circulaires. Selon le Conseil d'État (CE (Plén.) n<sup>os</sup> 1250/2003, 2567/2015), les ACL ne sont pas susceptibles de pourvoi en annulation et l'existence d'un « cas exceptionnel » n'est pas sujet au contrôle juridictionnel. Tous les ACL ont été ratifiés à temps avec effet rétroactif remontant à la date de leur publication.

2. Les considérants des premiers ACL citaient les art. 5 § 5, 21 § 3 et 18 § 3 Const. qui exigent la *protection de la santé*. Selon le CE (jurisprudence antérieure à la pandémie ou n'ayant pas trait à celle-ci) ces dispositions octroient un *droit individuel*, imposent à l'État des *obligations positives* et justifient des *limitations* de l'exercice d'autres droits fondamentaux, y compris relatifs à la propriété et la liberté d'entreprise, dans le respect du principe de proportionnalité (CE (Plén.) n<sup>os</sup> 400/1986, 203/2020). Pour la jurisprudence Covid-19 (v. *infra* n<sup>os</sup> 33-37).

3. Les considérants d'ACL plus récents y ajoutent, notamment, les art. 5 § 1 (droit de chacun de développer sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou aux bonnes mœurs ni ne viole la Constitution) ; 9A (droit à la protection des données personnelles) ; 16 (liberté de la science, de la recherche et de l'enseignement et droit à l'instruction et obligation de l'État de les promouvoir) ; 22 § 1 (droit au travail et à une rémunération égale pour travail de valeur égale, sans aucune distinction) ; 25 § 1 et 4 (garantie étatique de « l'État de droit social » et de l'exercice libre et efficace de tout droit fondamental, y compris dans les relations entre particuliers, et devoir de solidarité des citoyens) ; 106 § 4 (rachat d'entreprises ou participation obligatoire de l'État ou d'autres organismes publics à celles-ci).

4. Les ACL doivent être interprétés et appliqués à la lumière des normes garantissant des droits fondamentaux, constitutionnelles ou supra-nationales, y compris celles citées aux considérants des ACL, afin qu'un juste équilibre entre ces droits soit assuré et que leur contenu essentiel soit respecté. Notons que

225 - Ce rapport est mis à jour au 6 octobre 2020. Nous tenons à remercier notre consœur Vasiliki Karzi, avocate au Barreau d'Athènes, LL.M., pour sa précieuse contribution à la recherche.

226 - V. la traduction française de la Constitution sur : <https://www.hellenicparliament.gr/fr/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>

227 - Signés par le Ministre de la Santé et les autres ministres compétents pour les domaines couverts par chaque AMC.

toute juridiction hellénique contrôle la conformité de la législation à la Constitution et aux normes supra-nationales liant la Grèce (*contrôle diffus*, art. 93 § 4 Const.).

5. Dès que les mesures restrictives ont commencé à être relaxées, des questions essentielles, d'ordre tant médical et sanitaire que psychosocial et professionnel, relatives au « lendemain », se sont posées. En premier lieu, on s'est demandé si le « lendemain » était là ou approchait. Or, la récente résurgence de l'épidémie éloignant cette perspective, on peut déjà voir venir tant le maintien de mesures restrictives non encore levées que le retour de mesures levées.

6. Un domaine d'importance cruciale dans lequel des mesures « extraordinaires et temporaires » ont été prises en Grèce est celui de l'emploi. Vu leur nature et l'insuffisance des mesures palliatives de leurs effets préjudiciables, ces mesures risquent d'avoir des effets durables, surtout dans le secteur privé où les salarié(e)s ne jouissent pas des garanties d'emploi constitutionnelles bénéficiant aux « fonctionnaires publics » (fonctionnaires de l'État et des personnes morales publiques, y compris les collectivités territoriales)<sup>228</sup>. Et si la situation s'aggrave encore, une nouvelle détérioration des conditions de travail aux effets de plus longue durée est à craindre. Il est ainsi opportun de focaliser notre rapport sur les mesures touchant l'emploi. Notons que toutes les dates ci-après sont de l'an 2020, sauf s'il est indiqué autrement.

## I. MESURES HORIZONTALES

### 1- Les mesures

7. À partir du 25 février ont été graduellement prises des mesures temporaires d'urgence de portée générale dans tout le pays (*mesures horizontales*), tels le confinement généralisé forcé (CGF), le déplacement hors du domicile et la circulation à l'intérieur du pays n'étant autorisés que pour certains motifs,<sup>229</sup> l'interdiction des rassemblements de plus de dix personnes, même en plein air; la fermeture des lieux accueillant du public (sauf ceux considérés indispensables, tels les commerces alimentaires, les pharmacies), des établissements d'enseignement, des tribunaux, des lieux de culte. Les frontières ont été fermées aux nationaux des pays tiers et de ceux de l'UE gravement frappés par le virus.

8. Depuis le 13 mars, a été suspendu le fonctionnement de toutes les juridictions pour une période de 15 jours prolongée jusqu'au 31 mai. Les délais de toute procédure juridictionnelle ont été suspendus pour cette période; quelques-uns ont été prolongés de 30 jours. Cependant, certaines activités ont été autorisées pour chaque juridiction. Ainsi, p.ex. le CE a pu prendre des mesures provisoires, juger des recours en référé; et procéder au contrôle préalable de la légitimité des décrets réglementaires. Les délibérés ont eu lieu soit par téléconférence, soit par la présence physique pour des affaires urgentes.

9. Le CGF a duré jusqu'au 4 mai et les autres mesures ont été graduellement relaxées. Ainsi, les établissements d'enseignement ont rouvert et les services rituels ont repris, mais la participation à la messe n'a été autorisée que le 17 mai. Les frontières ont rouvert le 15 juin pour les pays de l'UE, sauf ceux gravement frappés par le virus, et graduellement pour les pays tiers, sous condition de présentation d'une attestation officielle de test anti-virus, des tests aléatoires étant aussi effectués aux frontières et dans les aéroports.

10. Depuis juillet, dû à la montée de l'épidémie, ont été imposés le port d'un *masque* dans tout lieu de travail impliquant le contact avec le public, tant pour le personnel que pour les clients, sauf les clients des

228 - Art. 103 § 4 Const. : « Les fonctionnaires publics qui occupent un emploi organique restent en service tant que ces emplois existent. Ils jouissent d'un avancement de traitement selon les termes de loi; à l'exception des cas de départ du service pour cause de limite d'âge, ou de révocation en vertu d'une décision juridictionnelle, ils ne peuvent être déplacés sans avis, ni rétrogradés, licenciés ou révoqués sans décision d'un conseil de service constitué pour les deux tiers au moins de fonctionnaires titulaires. Les décisions de ces services sont susceptibles d'un recours de pleine juridiction devant le [CE], ainsi qu'il est prévu par la loi ».

229 - L'activité professionnelle, l'achat de produits alimentaires et pharmaceutiques, la santé, l'assistance à des personnes vulnérables, la garde d'enfants et l'exercice physique, un document d'identification et un document justifiant le déplacement étant requis.

établissements de restauration qui doivent toutefois observer les règles de distanciation sociale valables pour tout lieu fréquenté par le public. Ces mesures ont été étendues à tout lieu fermé, y compris les lieux de travail non ouverts au public, et les lieux de culte (les prêtres et les chantres étant exempts du port de masque), et aux espaces de rassemblement en plein air (places publiques, arrêts de bus, queues, manifestations, événements de partis politiques.) Elles valaient déjà pour les écoles et écoles maternelles dès leur réouverture, en mai, sauf le masque pour les enfants de moins de 3 ans. Par ailleurs, les lieux de préparation, de vente et/ou de consommation de denrées alimentaires ou de boissons ont dû fermer entre minuit et 7.00 h.

11. Dès le 20 septembre, ont été prises des mesures plus strictes, telles la fermeture temporaire des bars, cabarets, night clubs et discothèques, puis des salles de concerts, de théâtre et de cinéma, et l'interdiction des rassemblements de plus de 9 personnes, sous réserve expresse de l'art. 11 Const.<sup>230</sup> et de plus de 20 personnes aux mariages, baptêmes et enterrements. L'accès aux services publics n'a été permis qu'en cas d'urgence, sur rendez-vous, leurs horaires étant prolongés d'une heure. Des *mesures locales* sont aussi prises ou envisagées dans des régions là où les cas sont en hausse particulière.

12. Il est évident que la plupart des mesures horizontales, même si elles ne visent pas expressément l'emploi, ont des répercussions préjudiciables sur les conditions de travail et contribuent à la hausse du chômage officiellement constatée.<sup>231</sup>

## 2- Les sanctions

13. La violation des mesures précitées est passible d'amendes allant de 150 € à 5 000 €. Suite à des manifestations du « mouvement anti-masque », le procureur de la Cour de cassation a appelé tous les procureurs à poursuivre les négationnistes selon la procédure de flagrant délit, pour infraction à l'art. 285 (violation de mesures visant à prévenir les maladies) qui entraîne de lourdes sanctions pouvant aller, selon le cas, jusqu'à la détention à perpétuité, ou pour infraction à l'art. 183 (incitation à la désobéissance) du Code pénal II n'y a pas encore de jurisprudence y relative.

## II. MESURES RELATIVES À L'EMPLOI

14. Les entreprises ont été distinguées en trois catégories selon la mesure dans laquelle elles ont été touchées par la crise : a) celles dont le fonctionnement a été suspendu par acte de l'État ; et b) celles qui ont subi une réduction de leur activité et qui appartiennent à une branche qualifiée de « branche touchée » ; et c) le reste des entreprises.

### 1- Suspension des contrats de travail et mesures connexes

15. Dans les entreprises de la première catégorie ci-dessus (notamment les restaurants, les hôtels, etc.), les contrats de travail des salarié(e)s, y compris les contrats à durée déterminée, ont été suspendus pendant la période de suspension de l'activité de l'entreprise, en raison de force majeure. Suite à la reprise de

230 - Art. 11 Const. : « 1. Les Hellènes ont le droit de se réunir pacifiquement et sans armes. 2. La police ne peut assister qu'aux réunions publiques en plein air. Les réunions en plein air peuvent être interdites par décision motivée de l'autorité policière soit d'une manière générale au cas où à cause d'elles, il y a imminence d'un danger sérieux pour la sécurité publique, soit dans un certain endroit au cas où la vie économique et sociale est menacée de troubles graves, ainsi qu'il est prévu par la loi. »

231 - En juin 2020, le taux de chômage était de 18,3 %, soit 1,3 % de plus qu'en mai, 3 % de plus qu'en avril et 4 % de plus qu'en mars. Les plus fortement touchés sont les femmes et les jeunes de 15 à 24 ans, suivis du groupe de 25 à 34 ans. Ceux/celle dont le contrat est suspendu (*infra* n° 15) sont considéré(e)s des travaillé(e)s. V. Service statistique hellénique (ELSTAT), *Enquête sur la main-d'œuvre* : <https://www.statistics.gr/en/statistics/-/publication/SJO02/> (en anglais) ; <https://www.statistics.gr/el/statistics/-/publication/SJO02/> (en grec). Selon l'Organisme pour l'emploi de la main-d'œuvre (OAED), *Rapport sommaire ; les inscrits au registre de l'OAED*, juillet 2020, le chômage a augmenté de 13 % en juillet 2020, par rapport à juillet 2019 : <http://www.oaed.gr/documents/10195/1618124/ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ+ΕΚΘΕΣΗ++ΙΟΥΛΙΟΣ++2020.pdf/02dade74-8dad-4277-86b3-8f5ce7da6b71>

l'entreprise, ces contrats ont été prolongés pour une période égale au reste de leur durée. Les salaires ont été partiellement remplacés par une somme forfaitaire de 800 € pour les 45 jours de suspension, versée par l'État et non imposable, les cotisations de sécurité sociale étant payées par un fonds public spécial. Cela a profité surtout aux salarié(e)s à bas salaire qui sont ainsi arrivé(e)s à remplacer une partie considérable de leur salaire ou même à l'augmenter, p.ex. dans les cas de mini-jobs mal payés ou de travail à temps partiel. Au début, les salarié(e)s en congé de maternité ou parental ont été exempt(e)s du bénéfice de cette somme. À partir du 1<sup>er</sup> mai 2020, ils/elles y ont droit si leur congé a expiré pendant la période de suspension des contrats de travail. Les salarié(e)s licencié(e)s ou ayant démissionné en mars ont aussi droit à ce paiement.

16. Aucune restitution du revenu perdu n'est prévue pour les autres salarié(e)s. Seule exception, la faculté de l'employeur de verser la différence entre la somme forfaitaire et la totalité du salaire, ce qui sera rarement le cas d'une entreprise dont le fonctionnement a été suspendu. Pendant la suspension, le licenciement des salarié(e)s a été interdit et, s'il a eu lieu, il est nul et non avenue, selon une disposition expresse de la loi.

17. Les entreprises appartenant à des « branches affectées » ont été autorisées à suspendre les contrats de travail de la totalité ou d'une partie de leurs salarié(e)s pour 45 jours par décision de l'employeur. Cette mesure concernait aussi les contrats à durée déterminée, lesquels ont été suspendus, puis prolongés après la levée de la suspension pour une période égale à celle de la suspension. Cette faculté a été prolongée pour la plupart des entreprises jusqu'au 31 mai. Néanmoins, les entreprises des secteurs du tourisme et des transports aériens et terrestres ont été autorisées à suspendre les contrats de travail de la totalité ou d'une partie de leurs salarié(e)s, jusqu'au 31 octobre. Le revenu perdu par les employés est remplacé en partie par l'État par une somme forfaitaire de 534 € non imposable, pour chaque période de 30 jours de suspension. L'État prend en charge les cotisations de sécurité sociale, lesquelles sont payées par un fonds spécial.

18. Les entreprises ayant adopté cette mesure *ne peuvent procéder à des licenciements* pendant toute la période de la suspension, et après la levée de celle-ci pendant une certaine période (initialement de 45 jours, et ensuite de 30 jours). Cette interdiction de licenciement concerne l'ensemble du personnel et non seulement les salari(é)s dont le contrat de travail a été suspendu. Tout licenciement effectué en violation de ces dispositions est nul et non avenue. De plus, pendant la période de suspension et après sa levée, pendant une période égale à celle-ci, toute modification préjudiciable des conditions de travail de l'ensemble du personnel a été interdite.

19. Les salarié(e)s dont le contrat de travail a été suspendu ont droit à une réduction de 40 % du loyer de leur résidence principale pendant la période de suspension, les propriétaires étant dédommagés par des mesures d'allègement fiscal.

20. Les entreprises appartenant à des « branches affectées » ont pu recourir au *travail à temps partiel* d'au moins deux semaines par mois pour une période allant jusqu'à six mois. Dans ces cas le salaire a été réduit par analogie au temps de travail, la réduction ne pouvant dépasser le 50 %, et les salari(é)s n'ont eu droit à aucun remplacement de leur revenu par l'État. Cette faculté, sévèrement critiquée par les syndicats, a été abolie à partir du 15 mai.

21. Toutes les entreprises (tant celles dont le fonctionnement a été suspendu par acte de l'État que celles faisant partie des « branches affectées ») ont eu la faculté d'imposer le « *travail à distance* » (principalement le *télétravail*), à tou(te)s leurs salarié(e)s, indépendamment de leur accord. Cette option a été graduellement prolongée jusqu'au 31 décembre.

22. Les entreprises appartenant au même groupe (tant celles dont l'opération a été suspendue par acte de l'État que celles faisant partie des « branches affectées ») ont pu mettre leurs salarié(e)s à la disposition d'une autre entreprise du même groupe. Cette faculté, accordée indépendamment de l'accord des salarié(e)s, a été sévèrement critiquée.

## **2- Mesures concernant le lieu et le temps de travail**

23. Des dérogations concernant le temps de travail, ont été autorisées. Ainsi, notamment, toutes les entreprises peuvent dépasser les limites annuelles d'heures supplémentaires, mais pas les limites journalières ou hebdomadaires, et ce jusqu'au 31 décembre. De plus, dans quelques branches prioritaires (notamment de production ou de transport de médicaments, d'énergie, d'alimentation etc.), le travail du dimanche a été autorisé.

24. En outre, vu la résurgence de la pandémie, à partir du 23 septembre, dans le but de réduire le nombre de personnes présentes simultanément dans les lieux de travail et désencombrer les moyens de transport, dans la région d'Attique, tous les organismes publics et les entreprises du secteur public (à l'exception, notamment, des établissements d'enseignement et des établissements sanitaires) doivent imposer le « travail à distance » (principalement le *télétravail*), à une proportion de 40 % des postes administratifs, financiers et informatiques qui n'impliquent pas le contact avec le public, sous peine d'une amende de 3 000 €, ainsi que le travail *par roulement*, pour éviter l'arrivée et le départ simultanés des employé(e)s. Ces mesures ont été prolongées jusqu'au 31 octobre.

## **3- Mesures concernant les employé(e)s - parents**

25. La fermeture des établissements scolaires a été successivement prolongée jusqu'au 10 mai pour la terminale du lycée, jusqu'au 18 mai pour les autres classes de l'éducation secondaire et jusqu'au 31 mai pour l'éducation primaire, les écoles maternelles et les crèches. Pendant la suspension, un nouveau projet pilote de scolarisation à distance a été graduellement mis en place et des mesures visant à soutenir les employé(e)s-parents ont été prises :

### **a) Congé à but spécial**

26. Un « congé à but spécial » a été octroyé aux employé(e)s - tant du secteur privé que du secteur public - dont les enfants fréquentent des établissements de scolarité obligatoire (enfants jusqu'à l'âge de 15 ans), des écoles spéciales, des écoles maternelles ou des crèches, lesquels ont été fermés. Il n'a pas été exigé que les jours de ce congé soient pris successivement. Si un des parents ne travaille pas, l'autre n'a pas droit à ce congé. Dans le secteur privé, pour trois jours de ce congé, le/la salarié(e) doit prendre un jour de congé annuel. Deux jours de ce congé sont payés par l'État, qui assume aussi le coût de l'assurance sociale, et le troisième jour est payé par l'employeur. Ainsi a été institué un système de financement tripartite. Dans le secteur public, ce congé n'influe pas sur le congé annuel et il est totalement payé par l'État-employeur. Ce congé, à l'origine prévu pour la période allant du 11 mars au 10 avril a été graduellement prolongé jusqu'à la réouverture des écoles. Exceptionnellement, ce congé a été prolongé jusqu'à la fin de l'année scolaire pour les parents d'enfants qui : (i) sont exempts de l'obligation scolaire, car ils appartiennent à des groupes à haut risque ou sont en contact étroit avec des membres de leur famille appartenant à de tels groupes ou ayant été malades ou (ii) suivent des classes par moyen électronique, car leur instituteur-trice appartient à un groupe à haut risque ; dans ce cas, le parent peut fournir du télétravail, avec l'accord de son employeur.

**b) Droit à une réduction de l'horaire journalier de travail de 25 % maximum**

27. Jusqu'à la fin de l'année scolaire 2019-2020, ont eu droit à une réduction de leur horaire journalier de travail de 25 % maximum, sans réduction de salaire : a) les employé(e)s parents d'enfants qui fréquentent (i) des écoles maternelles ou crèches ; (ii) des classes de scolarité obligatoire<sup>232</sup> ; et (iii) des écoles d'éducation spéciale, indépendamment de leur âge ; b) les employé(e)s parents de personnes handicapées bénéficiant de structures ouvertes de soins à personnes handicapées, indépendamment de leur âge, avec l'accord de leur employeur. Dans ces cas, ils/elles peuvent travailler au delà de leur horaire journalier un autre jour convenu avec leur employeur pour compenser les heures non travaillées, sans salaire complémentaire. Cette faculté vaut indépendamment de la prise du « congé à but spécial », et vise à permettre aux parents d'accompagner et/ou de chercher leurs enfants à l'école, étant donné que, après leur réouverture, les écoles maternelles, les crèches et les écoles primaires n'appliquent pas le programme de « journée entière ». Cela vaut tant pour le secteur privé que pour le secteur public. Par ailleurs, les parents d'élèves fréquentant des écoles qui ont fonctionné jour par jour (ce qui a été la norme, les classes ayant été divisées en deux sections en rotation), ont eu droit, pour les jours intermédiaires, à une réduction de leur horaire journalier de travail de 25 % maximum.

**c) Usage du congé payé « pour visite de l'école » afin d'accompagner ou de chercher les enfants à l'école**

28. Alternativement à la réduction de l'horaire, les employé(e)s du secteur privé ont pu prendre, de manière fragmentée, le congé payé de quatre jours « pour visite de l'école »<sup>233</sup>, afin de pouvoir accompagner ou chercher leurs enfants à l'école ; cela était d'autant plus nécessaire que les grands parents qui effectuaient souvent cette tâche appartiennent à des groupes à risque. Ce congé peut être pris par les employé(e)s qui n'ont pas droit au « congé à but spécial » ou qui ont épuisé leur congé annuel payé pour l'année courante et, par conséquent, ont perdu le droit au « congé à but spécial ».

**4- Mesures concernant les employés(e)s faisant partie de groupes à haut risque**

29. Lors de la première vague de la pandémie, dans le secteur public, les « groupes à haut risque », tels que définis par AMC (y compris les femmes enceintes et les personnes de plus de 65 ans), ont pu travailler à distance. Si cela n'était pas possible, ils/elles avaient droit au *congé à but spécial* (v. *supra* n° 26). Les services publics ont repris le 1<sup>er</sup> juillet. Pour faire face à la résurgence de la pandémie, dès le 18 septembre les « groupes à haut risque » ont été redéfinis et les mêmes mesures ont été maintenues pour tous.

30. Pour le secteur privé, il n'y a pas eu de définition du terme « groupe à haut risque » pendant la première phase de la pandémie. Quelques grands employeurs, adoptant la définition prévue pour le secteur public, ont imposé le télétravail, et si cela n'était pas possible, ils ont accordé des congés payés. Vu la résurgence de la pandémie, depuis le 22 août les employé(e)s vulnérables du secteur privé peuvent travailler à distance, s'ils/elles en font la demande par tout moyen approprié, y compris par téléphone, mail ou message SMS. L'employeur doit faire droit à la demande si le travail peut être effectué à distance. Si cela n'est pas possible, le travailleur vulnérable doit être affecté à un poste qui n'implique pas le contact avec le public (*backoffice*). Si cela n'est possible non plus, la suspension du contrat de travail est prévue, en tant qu'*ultimum remedium*, une indemnité de 534 € leur étant versée pour 30 jours de travail jusqu'au 31 décembre. Si la première mesure n'est accordée qu'à la demande de l'employé(e), la troisième n'est pas assujettie à cette condition.

232 - La scolarité est obligatoire depuis l'école maternelle jusqu'à la 3<sup>e</sup> classe du gymnase, donc, normalement, jusqu'à l'âge de 15 ans.

233 - Le « congé pour visite de l'école » est de quatre jours ouvrables par an pour chaque enfant jusqu'à l'âge de 16 ans qui suit la scolarité obligatoire ; y ont droit les salarié(e)s à temps plein et à temps partiel, afin qu'ils/elles puissent suivre le progrès scolaire de leur enfant.

31. Le non-respect des obligations précitées est passible d'une amende de 5 000 € pour chaque contravention. Le sens du terme « groupe à haut risque » pour le secteur privé a été prévu par un AMC du 18 septembre. La durée de cette mesure a été initialement prévue jusqu'au 30 septembre mais elle peut être prolongée, comme toute autre mesure.

### **5- Mesures concernant les employés(e)s mis(es) en quarantaine ou parents d'enfants touchés par le virus**

32. Depuis le 15 septembre, les salarié(e)s du secteur privé mis(es) en quarantaine pour 7 à 14 jours peuvent être affecté(e)s au travail à distance par décision de l'employeur ; si cela n'est pas possible, ils/elles peuvent être requis(es) de travailler une heure après la fin de leur horaire jusqu'à ce qu'ils/elles complètent la moitié des heures de travail perdues, sans salaire complémentaire. Ceux/celles ayant des enfants touchés par le virus qui fréquentent des écoles maternelles ou primaires ou des lycées, ou des enfants handicapés qui fréquentent des écoles spéciales ou des structures de soins ouverts (*open care*) ont droit à un congé spécial de 14 jours (ou plus, si sa nécessité est attestée par certificat médical ou l'enfant est hospitalisé), sans condition d'ancienneté. Ce congé est indépendant d'autres congés liés à une maladie ou à l'hospitalisation de l'enfant. Les deux tiers du salaire du parent en congé sont payés par l'employeur et l'un tiers par l'État.

## **III. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX MESURES RESTRICTIVES**

33. Le contentieux relatif aux mesures restrictives est très limité. Il concerne surtout le fonctionnement des lieux de culte et la participation des fidèles aux services rituels. Citons quelques jugements caractéristiques du CE :

34. *CE ordonnance n° 49/2020* : le CE, statuant en référé et citant les dispositions constitutionnelles qui exigent la protection de la santé (*supra* n° 2), rejette, pour des raisons d'intérêt public impérieuses, une demande de suspension d'un AMC qui suivait un pourvoi en annulation de celui-ci. Il s'agit de l'interdiction temporaire des services rituels dans tous lieux de culte, telle que prévue par la disposition délégante de l'ACL (*supra* n°s 7 et 9). L'AMC attaqué n'autorisait l'accès à ces lieux que pour la prière individuelle de courte durée, selon la superficie de chaque lieu de culte, une distance d'au moins 2 mètres entre les fidèles étant observée. Le rejet est motivé a) par le caractère temporaire de la mesure et sa durée raisonnable, et b) par l'impossibilité de prendre dans l'immédiat d'autres mesures pour la protection efficace de la santé publique. Effectuant ainsi le contrôle de la conformité de l'AMC attaqué au principe de proportionnalité, tel qu'exigé par la Constitution (art. 25 § 1, dernier alinéa)<sup>234</sup> et la disposition délégante de l'ACL, le CE a accepté que ce principe était respecté en l'occurrence. En outre, il a estimé que la condition de *fumus boni juris*, n'était pas satisfaite, les moyens tirés de la Constitution et de l'art. 9 CEDH, étant manifestement mal fondés. Notons que cette ordonnance a été rendue à la veille des Pâques orthodoxes, fête très importante pour les grecs orthodoxes qui se réunissent nombreux dans les églises.

35. *CE arrêt n° 1294/2020* : Le CE rejette un pourvoi en annulation de l'AMC dont traitait l'ordonnance n° 49/2020 ci-dessus, pour cause d'expiration de cet AMC, considérant, par interprétation restrictive des dispositions procédurales, que les requérants ne remplissaient pas la condition d'« intérêt légitime particulier » qui justifierait la continuation de la procédure. Ainsi le fond de l'affaire échappe. Les CE n°s 1295 et 1296/2020 rejettent des pourvois similaires.

234 - Art. 25 § 1 Const. : « Les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, et le principe de l'État de droit social sont placés sous la garantie de l'État [&]. Les restrictions de tout ordre pouvant être imposées à ces droits doivent être prévues soit directement par la Constitution soit par la loi, sans préjudice de celle-ci, et dans le respect du principe de proportionnalité. »

36. *CE ordonnance n° 161/2020* : Le CE, statuant « en conseil »<sup>235</sup> rejette, en tant que manifestement mal fondé, un pourvoi visant l'annulation d'un AMC dans la mesure où « il levait l'interdiction de la Sainte Communion dans les églises orthodoxes ou l'autorisait ». Notant que l'AMC attaqué autorisait et réglementait les services rituels en tout lieu de culte, sous réserve de l'observation des règles de distanciation sociale (*supra* n°s 7, 9-10 et 34). Le CE considère que cet AMC ne levait pas l'interdiction du fonctionnement des lieux de culte ; il ne prévoyait que des mesures sanitaires temporaires différentes, et ce pour l'avenir. L'objet du pourvoi consistait donc en l'omission de l'Administration d'imposer l'interdiction précitée pour la période couverte par l'AMC attaqué, ainsi qu'en la mise en cause du choix de la nouvelle mesure. Le CE rappelle sa jurisprudence antérieure à la pandémie, selon laquelle les actes réglementaires ne sont contrôlés que du point de vue de l'observation des conditions et des limites de la délégation. La pertinence des choix qu'opère l'Administration échappe au contrôle juridictionnel, sauf si l'acte dépasse les limites de la délégation. Selon l'arrêt, le contrôle du respect du principe de proportionnalité exigé par la Constitution et la disposition délégante relève de la discrétion absolue de l'Administration. Pourtant, l'ordonnance n° 49/2020 ci-dessus avait effectué ce contrôle.

37. On peut observer que le refus absolu du CE de contrôler les AMC quant au fond, voire d'exercer une pleine juridiction, prive les particuliers de protection juridictionnelle effective et efficace, en violation de l'art. 6 § 1 CEDH<sup>236</sup> et en méconnaissance de la mission constitutionnelle du juge en tant que garant du respect des droits fondamentaux et plus généralement de la hiérarchie des normes. Cette situation est d'autant plus préoccupante que la fonction législative est actuellement en large mesure remplie par des actes n'étant que marginalement contrôlés, tant par les juridictions que par le Parlement (v. art. 93 § 4 et 25 § 1 Const., *supra* n°s 1, 4 et 34).

## OBSERVATIONS FINALES

38. Il est trop tôt pour pouvoir cerner l'impact des mesures anti-Covid-19 prises en Grèce sur les droits fondamentaux, en particulier dans le domaine de l'emploi ; d'autant plus que le « lendemain » semble s'éloigner de plus en plus et que l'insécurité juridique et psychologique s'accroît. La bibliographie est riche et il paraît que la majorité de la doctrine ne met pas en question la nécessité des mesures, considérant qu'elles sont justifiées par les impératifs constitutionnels de la protection de la santé publique et de la vie<sup>237</sup>. C'est plutôt l'atténuation du contrôle juridictionnel (qui n'est pas due à l'invocation de l'état de nécessité, mais à l'application d'une jurisprudence développée en des temps « normaux ») et du contrôle parlementaire, ainsi que l'effectivité et l'efficacité des mesures qui préoccupent.

39. On se demande surtout si le système sanitaire public, en particulier hospitalier, qui a pu répondre aux défis de la première vague, grâce aux efforts surhumains de son personnel, mais qui est fortement éprouvé, pourra faire face aussi efficacement à la seconde vague. Notons que ce système était déjà,

235 - Cette formation examine le bien fondé d'une requête sans tenir une audience publique, suite au renvoi de l'affaire à celle-ci par le président de la section du CE compétente. Si la requête est rejetée en tant que manifestement mal fondée, le requérant peut demander qu'elle soit jugée selon la procédure normale, en audience publique, sous la condition de payer des droits supplémentaires, égaux au triple des droits normaux (art. 34A décret n° 18/1989 relatif au CE, JO A, 08/09.1989, tel qu'il est en vigueur).

236 - V. notamment Cour EDH *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre*, du 21 novembre 2011, § 151 à 157 et jurisprudence citée.

237 - Pour une présentation critique de la doctrine, v. Sp. Vlachopoulos, *Συνταγματικός μιθριδατισμός οι ατομικές ελευθερίες σε εποχές πανδημίας (Mithridatisme constitutionnel : les libertés individuelles en périodes de pandémies)*, Athènes, éd. Evrasia, p. 38-40 ; A. Papatolias, « Κοινωνικά δικαιώματα και χρέος αλληλεγγύης σε εποχές πανδημίας. Μια κριτική προσέγγιση της κρατούσας ερμηνείας » (« Droits sociaux et devoir de solidarité. Une approche critique de l'interprétation prévalente ») : <https://www.constitutionalism.gr/2020-07-01-papatolias-koinonika-dikaiomata/> ; V. Tzemos, « Η μέρα νύχτα. Η πανδημία, η ζωή ως το υπέρτατο αγαθό και οι δύο όψεις της αναλογικότητας » (« Le jour nuit. La pandémie, la vie en tant que bien suprême et les deux aspects de la proportionnalité ») : *Δημόσιο Δίκαιο (Droit Public) 2020*, n° 2, Dossier spécial Covid-19, p. 1 s. : <http://www.dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf>,

depuis dix ans, affaibli, dû aux coupes budgétaires imposées par des mesures d'austérité dictées par des « Protocoles d'accord sur des conditionnalités économiques ».

40. Des soucis ont aussi été exprimés dès la réouverture des écoles, vu l'insuffisance de la superficie des salles de classes ainsi que du personnel et des moyens de protection sanitaire. De vives manifestations des enseignants et des élèves, allant jusqu'à l'occupation de certaines écoles par ces derniers, en ont résulté. Une autre source de souci majeur est l'engorgement des moyens de transport public, surtout des bus et du métro, qui ne permet pas la distanciation des passagers. Cette situation influe directement sur la possibilité d'atteindre le lieu de travail et de rentrer chez soi en sécurité. L'augmentation du nombre de bus annoncée ne paraît pouvoir résoudre le problème qu'en partie.

41. Ceci dit, signalons un phénomène dangereux, qui traduit probablement la lassitude envers des mesures de si longue durée : nonobstant la hausse des cas et l'engorgement des hôpitaux, il paraît que moins de gens observent les consignes de sécurité sanitaire. En particulier, sur les places publiques des grandes villes où la hausse des cas est plus marquée, ont lieu de grands rassemblements, sans respect des obligations de distanciation et de port de masque.

42. Ainsi que nous l'avons déjà noté (*supra* n° 12) et qu'il ressort de la présentation des mesures, la plupart des mesures horizontales, même si elles ne visent pas l'emploi, ont des répercussions sur les droits au travail et contribuent à la hausse du chômage. Par ailleurs, nombre de mesures visant l'emploi, bien que temporaires, ont des effets préjudiciables durables, dus à leur nature et à leur prolongements continus qui rendent leur durée incertaine. C'est surtout les employé(e)s du secteur privé qui, ne jouissant pas des garanties constitutionnelles dont bénéficient les fonctionnaires (*supra* n° 6), qui sont disproportionnellement touché(e)s, puisqu'ils subissent tant la flexibilisation, voire détérioration, de leurs conditions de travail, telles la réduction ou la perte de leur salaire et le prolongement de leurs horaires, que la perte de leur emploi. Signalons quelques problèmes majeurs dans le domaine du travail.

### **L'insécurité d'emploi et les retombées du travail à distance**

43. Depuis la survenance de la pandémie, l'insécurité d'emploi est en hausse. Un mode de travail en extension, comme nous l'avons vu, est le « *travail à distance* », en particulier le *télétravail*, introduit, en premier lieu, dans le secteur privé, puis, dans le secteur public (*supra* nos 21 et 24). Ce mode de travail s'est avéré être un couteau à double tranchant pour les employé(e)s. S'il leur permet de conserver leur emploi en des temps difficiles, il engendre dans le même temps des abus de la part des employeurs et contribue à l'insécurité d'emploi, en particulier dans le secteur privé.

44. Ainsi, selon des sondages, 62 % des employé(e)s (72 % dans les multinationales et 80 % dans le secteur informatique) étaient favorables à la continuation du télétravail après la pandémie, 40 % considèrent que le télétravail deviendra permanent et 40 % considèrent qu'il sera une option (p. ex. une fois par semaine). Aussi, 40 % des femmes et 33 % des hommes employés déclarent que leur productivité a été améliorée, mais ce pourcentage se différencie selon l'âge (58 % de ceux/celles de moins de 30 ans, 28 % de ceux/celles de plus de 60 ans). Pourtant, 58 % des employé(e)s se plaignent de l'absence de limites claires entre l'emploi et le temps libre, dû à l'augmentation du volume du travail.<sup>238</sup>

45. Une enquête de la Confédération générale hellénique du travail (GSEE) parmi des salarié(e)s du secteur privé, publiée en juin 2020,<sup>239</sup> indique que, pour 33 % des répondant(e)s la relation de travail

238 - Deuxième sondage de KPMG sur le télétravail : <https://www.euro2day.gr/news/economy/article/2025208/ereyna-kpmg-kathieronetai-h-th-tergasia.html>.

239 - <https://www.taxheaven.gr/news/49394/gsee-ergazomenoi-idiwtikoy-tomea-anasfaleia-kai-abebiothta-gia-to-mellon-ths-ergasias-kai-twn-amoi-bwn-toys?output=printer>

avait changé après la survenance de la pandémie ; 19 % continuaient le télétravail même après la levée des mesures restrictives et 14 % continuaient le travail à temps partiel ou en rotation ; 35 % des répondant(e)s qui effectuaient du télétravail dépassaient leur horaire normal ; 18 % avaient été requis par leur employeur de travailler pendant la suspension de leur contrat ; et 39 % avaient un sentiment d'insécurité quant au maintien de leur emploi. Il est également signalé que, depuis le mois de mars, l'indicateur de la sécurité d'emploi a chuté de 17 unités, signe de l'insécurité croissante dans le marché du travail ; l'indicateur du développement des salaires a régressé de 12 unités ; et 59 % des répondant(e)s ne s'attendent pas à des développements positifs concernant leur salaire. L'enquête en conclut que l'emploi et les salarié(e)s ont besoin de soutien et que les distorsions sérieuses vont s'intensifier dans le marché du travail au fur et à mesure que le travail à mi-temps, la flexibilité et les bas salaires s'accroissent en tant que mesures de renforcement de la concurrence et de lutte contre le chômage.

46. La GSEE appelait au plein rétablissement des négociations collectives et à la relance du dialogue social ainsi qu'à l'établissement d'un système de réglementation et de protection effective de l'emploi. Elle soulignait aussi la nécessité de réglementer pleinement le télétravail, suite à un dialogue social spécialisé visant à mettre en exergue tant ses aspects positifs que ses « zones grises », avant qu'il ne se développe en paramètre négatif de l'emploi.

47. Une enquête plus récente de la GSEE dans le secteur privé, publiée le 6 octobre,<sup>240</sup> réaffirme les constatations ci-dessus. Ce qui est nouveau c'est que 73 % des répondant(e)s considèrent que la pandémie mettra en danger leurs droits fondamentaux du travail, et ce qui est frappant c'est le renforcement de l'attitude négative envers le télétravail, en particulier en ce qui concerne l'évolution des droits (67 %) et des salaires (60 %), les horaires (61 %), l'évolution professionnelle (45 %) et la vie privée (52 %). En outre, une nouvelle chute (de 2 %) de l'indicateur de la sécurité d'emploi est constatée. La GSEE relance l'appel cité au paragraphe précédent lancé en juin.

## BIBLIOGRAPHIE

Comme la bibliographie est très riche,<sup>241</sup> nous nous limitons aux publications qui traitent exclusivement ou en partie des effets de la pandémie et des mesures visant à la combattre sur les droits relatifs à l'emploi.

ANTHOPOULOS, H. (2020), « O Covid-19 και η εποχή των δικαιωμάτων » (« Le Covid-19 et le temps des droits ») : <https://www.constitutionalism.gr/>

BOUBOUCHEROPOULOS, P., « Αδυναμία παροχής εργασίας, τηλεργασία και εναρμόνιση επαγγελματικής και οικογενειακής ζωής κατά την περίοδο ισχύος των μέτρων για τον περιορισμό της διάδοσης του κορωνοϊού SARS-CoV-2 » (« Impossibilité de prestation de travail, télétravail et harmonisation de la vie professionnelle et familiale en période de validité des mesures visant à limiter la prolifération du coronavirus SARS-CoV-2 », Επιθεώρησις Εργατικού Δικαίου (Revue de droit du travail), n° 5/2020, p. 507-553.

BOURLLOS, D., BOURLLOS, A., « Η εργασιακή και κοινωνικοασφαλιστική κάλυψη των μισθωτών που ανήκουν σε ευπαθείς ομάδες εν μέσω της πανδημίας COVID-19 » (« La couverture par le droit du travail et le droit de sécurité sociale des salariés faisant partie de groupes vulnérables dans le contexte de la pandémie COVID -19 », Δελτίο Εργατικής Νομοθεσίας (Bulletin de législation du travail), 2020, 815 et s.

240 - <https://gsee.gr/?p=37054>

241 - On peut trouver plusieurs articles relatifs aux effets de la pandémie et des mesures visant à la combattre sur les droits fondamentaux en Grèce sur les sites suivants : [constitutionalism.gr](http://constitutionalism.gr), [syntagmawatch.gr](http://syntagmawatch.gr) et [dimosiodikaio.gr](http://dimosiodikaio.gr).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Centre for European Constitutional Law (CECL), Antigone – Information and Documentation Centre on Racism, Ecology, Peace and Non-Violence, « Coronavirus Covid-19 outbreak in the EU. Fundamental Rights Implications. Greece » : [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/greece-report-covid-19-april-2020\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/greece-report-covid-19-april-2020_en.pdf)

FINOKALLOTIS, D., «Μέτρα οικονομικής στήριξης κατά την επιδημία του κορωνοϊού » (Mesures de soutien financier pendant l'épidémie du Corona virus), Δημόσιο Δίκαιο (Droit Public) 2020, n° 2, Dossier spécial Covid-19 : [dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf](https://dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf)

FOUNDALI, R., «Πρόσφατες έκτακτες ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις, λόγω κορωνοϊού (Covid-19) » (« Réglementations récentes extraordinaires des relations de travail dues au Coronavirus (Covid-19) », Δελτίο Φορολογικής Νομοθεσίας (Bulletin de Législation fiscale), 2020, p. 357 et s.

KAMTSIDOU, I., «Η πανδημία και η αναχώρηση του δικαίου II » (« La pandémie et le départ du droit ») : [constitutionalism.gr/](https://constitutionalism.gr/)

KARAVOKYRIS, G., “The Coronavirus Crisis-Law in Greece: A (Constitutional) Matter of Life and Death” : [verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de).

KONTIADIS, X., Πανδημία, Βιοπολιτική και Δικαιώματα (Pandémie, Biopolitique et Droits), éd. Kastaniotis, 2020.

PAPACHRISTOS, N., «Η διαφορετική ρύθμιση των εργασιακών σχέσεων στην πανδημία: οι Π.Ν.Π. χάριν του γενικού συμφέροντος » («La réglementation différente des relations de travail pendant la pandémie: les ACL au nom de l'intérêt général »), Δημόσιο Δίκαιο (Droit Public) 2020, n° 2, Dossier spécial Covid-19 : [dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf](https://dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf),

PAPATOLIAS, A., «Κοινωνικά δικαιώματα και χρέος αλληλεγγύης σε εποχές πανδημίας. Μια κριτική προσέγγιση της κρατούσας ερμηνείας » («Droits sociaux et devoir de solidarité. Une approche critique de l'interprétation prévalente) » : [constitutionalism.gr/](https://constitutionalism.gr/)

Société de Droit du Travail, « Le télétravail après la survenance de la pandémie du Corona virus », Webinar, 20 mai 2020. Intervenants : PAPANIMITRIOU, C., « Le droit du travail grec ». Propos introductifs (en français). Interventions en grec : SKANDALIS, I., « Le temps de travail dans le télétravail. Les limites entre vie professionnelle et vie personnelle » ; LEVENTIS, G., « Le fonctionnement du contrat de télétravail » ; RIZOS, K., « La protection des données personnelles des télétravailleurs » ; STERGIU, A., « La sécurité sociale au télétravail » ; représentants des partenaires sociaux : IOANNOU., Ch., Union des Industriels Grecs (SEV), VARCHALAMA E., Confédération générale hellénique du travail (GSEE) : [youtube.com/watch?v=Ye1c\\_j59A44](https://youtube.com/watch?v=Ye1c_j59A44)

TRAVLOS-TZANETATOS, D., «Η μεταφορά προσωπικού στο εσωτερικό ομίλου επιχειρήσεων (άρθρο 10 Π.Ν.Π. 20.3.2020) – Μια πρώτη ερμηνευτική προσέγγιση » («Le transfert de personnel à l'intérieur d'un groupe d'entreprises – Une première approche », Επιθεώρησις Εργατικού Δικαίου (Revue de droit du travail) n° 5/2020, p. 497-506.

SOTIRELIS, G., « COVID19 – Περιορισμός θεμελιωδών δικαιωμάτων μέσω αντισυνταγματικών Π.Ν.Π ή μέσω του άρθρου 48 Σ; » («COVID19-Limitation de droits fondamentaux par le biais d'ACL inconstitutionnelles ou par le biais de l'article 48 Cons. ? » : [constitutionalism.gr/](https://constitutionalism.gr/)

TZEMOS, V., «Η μέρα νύχτα. Η πανδημία, η ζωή ως το υπέρτατο αγαθό και οι δύο όψεις της αναλογικότητας » («Le jour nuit. La pandémie, la vie en tant que bien suprême et les deux aspects de la proportionnalité ») : Δημόσιο Δίκαιο (Droit Public) 2020, n° 2, Dossier spécial Covid-19 : [dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf](https://dimosiodikaio.gr/docs/axika.pdf),

VASSILIOU, D., «Περιορισμός δραστηριότητας και απαγόρευση λειτουργίας των επιχειρήσεων λόγω της πανδημίας του κορωνοϊού Covid-19 και εργασιακές σχέσεις μετά την Κ.Υ.Α. 12998/232/2020 (« Restriction de l'activité et interdiction du fonctionnement des entreprises dû à la pandémie du Coronavirus Covid-19 et relations de travail après l'AMC 12998/232/2020 ») : <https://eergd.gr/>

VLACHOPOULOS, Sp., Συνταγματικός μιθριδατισμός: οι ατομικές ελευθερίες σε εποχές πανδημίας (Mithridatisme constitutionnel : les libertés individuelles en périodes de pandémie), Athènes, éd. Evrasia, p. 38-40.

YANNAKOPOULOS, K., « Θα έχει η προστασία της υγείας την ίδια τύχη με την προστασία του περιβάλλοντος;» («La protection de la santé aura-t-elle le même sort que la protection de l'environnement ? ») : [constitutionalism.gr/](http://constitutionalism.gr/)

### **Dispositions législatives principales**

Loi n° 4681/2020 (JO A 74/27.03.2020) « Ratification des ACL : a) du 10.02.2020 (JO A 28) et b) du 02.03.2020 (JO A 45) et autres dispositions ».

Loi n° 4682/2020 (JO A 76/03.04.2020) « Ratification des ACL : a) du 25.02.2020 (JO A 42), b) 11.03.2020 (JO A 55) et c) du 14.03.2020 (JO A 64) et autres dispositions ».

Loi n° 4683/2020 (JO A 83/10.04.2020) « Ratification de l'ACL du 20.03.2020 (JO A 68) et autres dispositions ».

Loi n° 4684/2020 (JO A 86/25.04.2020) « Ratification de l'ACL du 30.03.2020 (JO A 75) et autres dispositions urgentes ».

Loi n° 4690/2020 (JO A 104/30.05.2020) « Ratification des ACL : a) du 13.04.2020 (JO A 84) et b) du 01.05.2020 (JO A 90) et autres dispositions ».

Loi n° 4714/2020 (JO A 148/31.07.2020).

Loi n° 4722/2020 (JO A 177/15.09.20020) « Ratification des ACL : a) du 10.08.2020 (JO A 157) et b) du 22.08.2020 (JO A 161) et autres dispositions ».

Loi n° 4727/2020 (JO A 184/23.09.2020).

CONTRIBUTIONS : Article - 31 mars 2020

## M. Le coronavirus aujourd'hui, demain, après-demain

Par Jean-Michel BELORGEY

Que l'importance des pertes humaines et des pertes économiques provoquées par le Coronavirus soient appelée à marquer profondément la société française ; l'affectivité de tous ceux à qui la pandémie aura infligé un ou plusieurs deuils qui n'auront pu être assumés dans des conditions normales faute qu'il ait été possible depuis des semaines d'entretenir avec les disparus d'autres contacts qu'à distance, de leur dire adieu, de leur rendre un dernier hommage (il en eut été autrement peut-être s'il y avait eu des masques) ; les conditions de vie matérielle de ceux qui auront vu leurs ressources fortement diminuées ou réduites à rien du fait de la disparité des solutions envisagées ou mises en œuvre pour palier l'amputation ou la disparition des revenus du travail ou d'une autre provenance (les divers moratoires devant permettre un report des échéances d'emprunt et autres dettes n'empêcheront pas plus une faillite que d'importants bouleversements dans les patrimoines) ; tout cela ne fait aucun doute.

Mais la société française ou de larges parties de celle-ci ne parviendront pas non plus à oublier, quelque rôle qu'aient pu jouer dans l'impréparation où le Coronavirus l'a surprise, plusieurs décennies de jeux politiques stériles, de liquidation des conquêtes sociales des trente années de l'après-guerre, que ceux qui sont aujourd'hui aux affaires se montrent quotidiennement, plus encore que par leur imprudence (les municipales), leurs improvisations, leurs incohérences, au-dessous de leur tâche, davantage désireux, plus que de répondre en temps réel à la menace à laquelle tout le monde est exposé, de faire illusion, de donner à entendre qu'ils ont compris sans en tirer des conséquences pratiques tout en donnant plus d'une fois la priorité à d'autres préoccupations, à de douteuses influences : celles résultant des représentations et des solidarités du milieu dont ils sont issus, des alliances qu'ils ont contractées avec les forces qui font la loi. Tout cela en usant, abusant et mésusant de ce redoutable instrument qu'est le droit ou sa parodie de manière d'autant plus choquante que l'un des choix opérés dans le cadre de la loi d'urgence, a été de mettre en vacances sous quelques réserves, ceux qui en sont en principe les vestales : les différentes sortes de juge. D'où il résulte que, pour satisfaire aux tentatives des professionnels (médecins, policiers) et citoyens organisés (associations, collectifs de défense des droits des plus faibles, femmes victimes de violences conjugales que le confinement a fait exploser) le si peu de régulateurs en principe disponible, paraît frappé de vertige ou de paralysie.

Est-il normal dans un État de droit :

- Que l'urgence, et pendant une dizaine de jours, ait été organisée par quelques arrêtés par le ministre de la Santé ;
- Que le décret décidant du confinement, le Conseil d'État l'a, il faut à cet égard se féliciter de sa position, nettement relevé, ait pu admettre autant de dérogations baroques ;
- Qu'un décret, dont on cherche en vain une vraie base légale (car pour en avoir une, il ne suffit pas d'une loi, il faut encore que celle-ci ne soit pas contraire à la constitution ou plus largement au bloc de constitutionnalité, aux principes généraux du droit et engagements internationaux compris) ait pu interdire la prescription sauf par des médecins hospitaliers (submergés, le démantèlement du système hospitalier et le malthusianisme médical) de certains médicaments dont la dangerosité contre-indiquerait l'usage, plusieurs informations téléguidées sur quelques morts provoquées par l'allergie à ces médicaments n'invalident pas la conviction que beaucoup de morts seraient encore vivants si on leur avait administré, et que beaucoup de malades ont guéri parce qu'on l'a fait, ces médicaments sont en usage depuis cinquante

ans. On connaît leurs contre-indications, qu'un médecin doit pouvoir repérer, sauf à prescrire en pareille hypothèse un autre remède ;

– Que le Conseil d'État ait pu pouvoir rejeter le recours présenté contre ce décret, et son vice-président commenter la légitimité de cette décision, alors que dans ses rangs siègent, après y avoir été nommé, l'un des protagonistes de la bataille rangée avec ceux qui défendent la thèse de la pertinence du traitement prohibé ;

– Que le même Conseil d'État ne se soit que distraitemment penché sur le projet de loi d'urgence ;

– Que le Conseil Constitutionnel ait lui-même accepté qu'en raison de l'urgence on renonce à satisfaire aux règles fixées par la Constitution pour l'application de cette loi ;

– Que du fait de l'enlisement du projet de réforme constitutionnelle tendant à mettre fin à l'immunité et aux privilèges juridictionnels des membres du gouvernement ceux-ci même quand ils disent n'importe quoi et se rendent ainsi ou autrement, coupables de non-assistance à personne en danger ou de mise en danger d'autrui ne puisse être poursuivi devant la juridiction pénale de droit commun et qu'il faille attendre l'hypothétique réunion de la Cour de Justice de la République pour examiner la cause.

À ce sujet, et plus généralement sur le débat souvent confus engendré par le développement de la pandémie en France ainsi qu'à l'étranger ainsi que des querelles concernant la meilleure façon d'y faire face, sans doute n'est-il pas inutile avant d'envisager l'avenir de s'essayer à caractériser l'éventail des postures repérables dans les différents milieux sociaux dont les membres sont confrontés selon des modalités variables (à raison de leur milieu ou à titre personnel) aux ravages du mal et des choix gouvernementaux. Ces postures varient naturellement selon l'expérience qu'a tout un chacun des faits de contamination et des faits politiques et juridiques, la culture à laquelle ils sont en mesure de faire appel. Mais elle varie aussi selon la propension qui peut ne pas être homogène au sein d'un même milieu d'appartenance, à l'indignation, à la dénonciation, à la compréhension, et à la compassion (pour qui oui, pour qui non) au légitimisme ; ainsi qu'au degré de capacité à articuler logiquement, celle-ci est d'évidence souvent défaillante, convictions (anticapitalistes, écologistes, en faveur d'un autre type de croissance) et prises de positions concernant l'actualité.

« La situation est difficile, ils font ce qu'ils peuvent ». « Ils font au mieux ». « Je n'ai pas les éléments pour juger ». « Il ne faut pas interpréter de façon systématiquement critique les informations dont on dispose ». « La vie est comme elle est ». « C'est pire ailleurs ». « Si c'est interdit il y a une raison ». « Si c'est interdit, il faut respecter la loi ». « Si c'est pas légal, j'en sais rien ». Tout cela varie aussi en fonction des systèmes de croyance, de l'âge, du degré de distance de plus ou moins longue date établie entre celui qui prend position et les turbulences politiques et la vie qu'il s'est organisé, les marges de dissidences qu'il s'est, dans le même temps, ou plus récemment autorisées. Entre le ressenti et l'exprimé, l'écart peut au demeurant s'écarter plus profondément selon l'interlocuteur face auquel on s'exprime. L'esprit de contradiction animant forcément, à un degré plus ou moins intense, certains dialogues du fait de différentes sortes de rivalités intellectuelles.

Quant à savoir ce qu'il en est dans d'autres pays où les autorités, ont pour des motifs identiques à ceux prévalant en France ou différents, montré leur impuissance à réagir avec une efficacité raisonnable à l'épreuve (Italie, Espagne) ou ont attesté d'un esprit de méthode et de réflexes incontestablement plus estimables (Allemagne, les scandinaves), il serait vain de rechercher s'ils sont plus que le nôtre épargnés par le vent ravageur du néo-libéralisme et du capitalisme sauvage. Probablement non. Mais on peut tout à la fois ne pas adhérer à des représentations du monde plus sympathiques ou vertueuses et faire preuve et attester de formes de décences plus convaincantes.

Et maintenant, plus tard ? Quand sonnera l'heure des règlements de compte toujours redoutables car on s'en prend fréquemment davantage aux comparses qu'aux principaux responsables. Sans doute, encore

n'est-ce pas sûr, s'en prendra-t-on aux pensionnaires du panier de crabes (Macrocheikhs et autres Tontons Ma Crouts dont la macrocéphalie avait choisi de s'entourer). Mais il est fort à parier qu'une fois passé, dans quelle ambiance de foire d'empoigne, avant le deuxième tour des municipales, le règlement des innombrables problèmes soulevés par le premier tour, et bien au-delà des personnes à qui l'on a donné quitus de quitter leur poste de combat ou qui n'y ont pas fait preuve d'un discernement suffisant, on s'en prendra aux institutions d'appartenance : juridiction des deux ordres, Conseil d'État.

S'agissant de ce dernier voilà quelques temps qu'il est la cible, non sans raison, de critiques de plus en plus dures. Un livre notamment, paru mais non distribué du fait de la fermeture des librairies, porte contre lui non sans quelques excès et quelques approximations juridiques de graves accusations (sans parler d'un titre absurde : Yvan Stefanovitch Petits arrangements entre amis) et fait apparaître que trop de gens y passent plutôt qu'il ne s'y attardent sur le chemin de destinées prestigieuses dans la politique, l'administration ou les affaires, les vestales qui ne partagent pas ces itinéraires en tirant plus de fierté qu'il ne convient et s'abandonnant du coup à des complaisances n'illustrant pas vraiment l'image d'indépendance et de sagesse de l'institution.

De ce que l'on n'a pas vu jusqu'à présent, hormis la police (dont il faut réhabiliter l'image et consentir à reconnaître, par-delà ces tentations de dérives prétoriennes, la condition pour une part prolétarienne et exploitée), beaucoup de politiques et de bureaucrates sur le front du virus qu'aucun n'y a trouvé une mort glorieuse comme Casimir Perrier en 1831 sur le front du choléra après une visite à l'Hôtel Dieu (on peut être réactionnaire et écraser la révolte des Canuts et avoir du cran). On peut aussi tirer d'autres conséquences. L'estime joue un rôle en politique. La dépolitisation ou les dérives populistes naissent pour une large part de sa perte. On ne voit pas qu'on puisse prochainement trouver un peintre comme celui montrant Napoléon avec Les pestiférés de Jaffa (mais il est à craindre que ce soit une légende) pour montrer le Président de la République ou un membre du gouvernement au milieu de contaminés par le coronavirus.

## N. Petites observations au sujet de la liberté confinée de circuler

Par Jérôme BENZIMRA-HAZAN

Le plus frappant, certainement, pour un universitaire adepte des Libertés, et du Droit international en général, au milieu de cette crise dite sanitaire<sup>242</sup>, c'est l'urgence dans laquelle se pose une question engageant l'ordre public éminemment. La vitesse avec laquelle la communauté (humaine) doit adapter ses règles à sa condition propre (*id.*). En ce sens, on a là d'abord un rappel à l'ordre, sans doute : la vie (la survie) avant les contingences temporelles du droit – en général. Mais quel coût ! Naturellement, s'agissant d'un virus circulant librement, la question est universelle, et les frontières ne sont même plus niées : elles sont fermées<sup>243</sup>. Suspendues, les libertés ? De fait, la liberté de circuler l'est.

C'est là, la liberté de circuler, une étrange liberté, dont on mesure mieux la valeur en la perdant un peu, le temps d'une réflexion sur soi, sur le droit et sur sa condition donc. Cette liberté, cette faculté humaine initiale (comme se tenir debout, puis marcher), qui porte officiellement plusieurs noms (circuler, aller et venir, se déplacer, etc.), ce n'est pas seulement la condition naturelle de l'exercice des autres, c'est la vie même. Par son mouvement incessant, le sang circule dans nos veines, invisiblement, comme le temps, sans qu'on éprouve vraiment – sauf urgence vitale donc, valant accident de la circulation – le besoin de s'arrêter aux qualifications. Sans doute ce qui explique, de cette liberté première, la discrète progression. Il faut y revenir, pour se repérer dans le brouillard diffus de cette nuit des masques.

Essence de l'être, expression révolutionnaire déclarée du principe général de liberté (1789), droit naturel et civil pré-constitutionnel (1791), fier apanage du citoyen européen tel que l'Union en a voulu le statut, conventionnellement, la liberté de déplacement, ce n'est, dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'un protocole additionnel (n° 4, article 2). Et au niveau national français, une liberté que le Conseil constitutionnel n'a détachée que très tardivement de la liberté individuelle de l'article 66 (notre Constitution de 1958)<sup>244</sup>. Tant que personne ne demandait rien de particulier, le défaut fondement constitutionnel exprès a sans doute aidé à ce retard de reconnaissance. Et un problème, aussi, général, de compétence. Et de répartition des masses.

Il faut là encore se retourner (Pompéi et le retour pour tous à la pierre n'étant pas pour cette fois, on le peut donc et le doit) : les restrictions apportées se présentant en général, de fait, sous la forme de mesures de police administrative, la compétence est traditionnellement ici celle du juge administratif, souvent, de fait encore, dans le contentieux du droit des étrangers, puis spécialement dans celui de la lutte contre le terrorisme – et toujours nonobstant la qualification de liberté individuelle au sens constitutionnel de l'article 66 et rappelant *ipso facto* la compétence judiciaire. C'est ainsi qu'on a pu assister, même en dehors des circonstances urgentes comparables à celles que nous traversons aujourd'hui, à d'étranges rééquilibrages, par le passé, s'agissant de cette liberté de chacun de circuler (et qui est, avant même la réunion et plus subtile sans doute qu'elle, la première à tomber en cas de vrai coup dur) : le retour d'une compétence judiciaire par le biais de la voie de fait, par ci, la résistance de la compétence administrative, par le biais du référé-liberté, par là – avec, au début des années 2000, une série de rappels, à ce titre,

242 - Dégradation pour dégradation, décirculation pour liberté-dépression, parlera-t-on bientôt (si on le peut) de Coronagate ?

243 - La force du Droit étant partout, les frontières revenant quand il le faut, pour un meilleur contraste offert aux Libertés, on se demande décidément à quoi servent les murs – sinon à l'affichage, éventuellement – et au discours sur la chute de l'homme.

244 - Décision n° 19-411 du 16 juin 1999, Délit de grande vitesse.

par le Conseil d'État, du caractère fondamental de la liberté en question, entravée dans son exercice par l'urgence de situations éventuellement continues.

Et doit-on encore distinguer selon la force des mesures qui sont la source du péril : celles qui restreignent, appartenant naturellement à l'ordre administratif, et celles qui privent. Celles-ci, relevant de la liberté individuelle clairement, échappent au contrôle du juge constitutionnel sous l'angle de la liberté d'aller et venir, puisque tombant, au sens de l'article 66, dans le champ du judiciaire. C'est important, pour la future orientation d'un contentieux prévisible – car sans doute aussi, verra-t-on vite débarquer, au pied des prétoires, selon le but poursuivi par chacun jadis privé de mouvement, ou l'objectif recherché, corrélativement, des mesures, restrictives ou privatives, déguisées ou masquées – en les unes ou en les autres. Bien sûr, cela étant, on n'en est pas revenu aux classiques et antiques droits de péage et autres lettres de cachet, ni aux sinistres laissez-passer de zones de guerre, et il ne fait pas de doute que la question portera, en droit, d'abord, dès lors que le bien commun est l'objet recherché, sur, cas par cas, la proportionnalité. On peut presque dire que la question sera moins celle de la liberté, que celles, pour traduire encore notre belle devise républicaine, de l'égalité et de la fraternité.

Ceci nous emmène au fond – de la question donc. On pense d'abord, sous cet angle, à celles et ceux dont la situation se prêtait déjà avant tout cela, comme naturellement, à ce qu'on a appelé hideusement le « confinement », parce que leur état déclaré de dépendance, par exemple, les plaçait à la merci d'une liberté remise à autrui dans des lieux dépourvus de l'entière ou intègre liberté de circuler : les internés, les malades, les détenus, les retenus, les suspendus, les personnes âgées dégradées en « Ehpad », et bien d'autres oubliés encore – il y a tant de gens seuls. Pour les titulaires de cette misère-là, on n'est, très probablement, déjà plus dans le domaine précédent du rééquilibrage, mais déjà bien dans celui des marchandages et des derniers arbitrages, des distinctions finales parfois, par quelque juge naturel et masqué, selon l'âge, l'appartenance à ceci ou à cela, etc. Et le pire sera donc, naturellement aussi, au moment de la levée de l'hydre du « confinement » - puisque c'est alors, au moment de ce « déconfinement », que la majorité sera, peut-être, après s'être tant bien que mal occupé, libérée – pourquoi pas aussi, « exfiltrée » ? Là encore, et surtout, tout le monde n'aura pas, de toute évidence, même en le pouvant et le voulant encore un peu, le droit de se lever et marcher. Courir, on pourra toujours. Et on ajoutera à l'arbitraire – objectivement – le lieu actuel de résidence, par exemple, pour un fait figé dans le présent comme dans la pierre – et fait aussitôt droit.

Que disent les textes ? Au fond, pas grand-chose. Pour le juriste normalement constitué, du moins. Il est question, au fil de la rare Loi et des foisonnants bouquets réglementaires et clairs, de travail et de santé, principalement, de gestion au tout-venant ici et là, d'aides sectorielles à la demande spéciale et à l'odeur du désespoir, dans un ordre social déjà bien fragmenté, par ordonnances généralement (la filière alimentaire et tout ce qui tourne autour du mouvement élémentairement, le tourisme, l'hôtellerie, le loisir, etc.), mais pour ainsi dire jamais expressément de liberté – et notamment jamais de celle de circuler.

Que dit la France ? Rien à déclarer. Aux organisations par ailleurs elles-mêmes un peu en quarantaine. On pense ici, tout spécialement, à l'abstention de toute déclaration de notre État, à l'adresse du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant le régime dérogatoire. Objectivement, pas de place pour le doute : dès la première heure de notre garde à vue générale, les mesures restrictives prises sous fin couvert de confinement débordent, par leur généralité même, le régime conventionnel ordinaire d'une liberté de mouvement à l'arrêt, de fait. Chacun s'abstient, aux arrêts domiciliaires, assigné à résidence, derrière son masque résistant, et, de toute évidence, la France n'a pas souhaité viser le moindre droit restreint de fait au titre du régime dérogatoire – et non seulement la liberté de circuler. C'est un choix.

On peut trouver, du point de vue strict du droit, qu'un régime de restrictions aux libertés permettra judiciairement une protection plus efficace que celui de la dérogation étatique, et qu'un contrôle des mesures de restriction par la Cour européenne, en son temps, sera plus complet que celui des mesures de dérogation. Mais on peut aussi trouver qu'inversement, ne rien avoir déclaré, formellement et publiquement, compromet d'avance les fondements et les chances aussi d'un tel contrôle judiciaire, précisément – et qu'un tel acte international n'est pas juste une condition formelle, une pure formalité conventionnelle, mais une garantie en soi, et aussi, et déjà, contre l'arbitraire. De fait, l'État précise, dans un tel texte, la durée de l'état d'urgence et son application territoriale notamment, de façon à mettre le juge européen en état d'évaluer, le moment venu, à l'occasion de recours individuels ultérieurs, la proportionnalité.

Aussi, en tant mauvais, pourrait-on voir là une violation du traité et, dans l'immédiat, une pierre de plus dans la situation d'insécurité juridique et de doute infligée à tous en continu, pour une durée indéterminée. Et même peut-être un caillou dans la chaussure de notre pays, dès lors que les recours arriveront bien, et dès lors que la non-présentation d'une déclaration vaut définitivement non-recours (et non seulement renonciation annoncée) à tout régime spécial ayant pu justifier une suspension générale. C'est là une question de politique juridique et juridictionnelle, selon la longueur qu'on veut encore avoir de sa pré-vision propre, et on pourrait tout aussi bien soutenir que la cause et l'effet sont trop mêlés, et que les conditions de fond de la déclaration de l'article 15, notamment en ce qui concerne la durée, sont, en l'état, des conditions impossibles. Mais de toute façon, de fait, encore une fois, encore là, la France n'a rien dit. Et entre deux versions de la même chose, au fond, l'histoire tranchera.

Que dit le juge ? Vraiment, non plus, rien. On a bien, là aussi, comme en attendant, comme déconfités sous l'effet de serre d'un État qui prive et d'un exécutif errant légiférant, des ordonnances en série, rendues à la chaîne continue depuis mars, par un juge du référé-liberté qui paraît se promener en rejetant systématiquement, avec les mêmes mots mécaniques, les quelques demandes se présentant, « *en l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* »<sup>245</sup>. On contrôle pour la forme, au service minimum, pas même sur le terrain de la proportionnalité, en réalité, un droit et un État de droit en sommeil, tout étant pour le reste, pour le moment, peur et pure hygiène sanitaire<sup>246</sup>. Et ce, pour ce qui est de la Convention européenne des droits de l'homme, d'autant plus aisément que certaines des mesures adoptées et attaquées ne peuvent pas relever du régime conventionnel de droit commun, tout simplement parce que le droit en question n'est pas non plus sujet aux restrictions ordinaires – ce qui n'est pas le cas, spécifiquement, de la liberté de circuler transpirant toutes les autres, mais qui est révélateur de l'esprit actuel, général, dans ce genre d'enceintes, des gens du droit. Circulez !

Cela étant, en bon sens de retour, on le comprend. Qui fait la loi, et comment ? La clé est là, simplement. Le sentiment (d'instabilité, d'insécurité) valant droit, tout ayant déjà bougé à la fois dans ce nouvel environnement, ce sont toutes les branches du droit qui vacillent, publiques et privées mélangées mieux que jamais. Pas davantage qu'on aura pré-mesuré l'ampleur du séisme (sans doute pensait-on qu'exceptionnellement, ce qui se concevait ailleurs, ou frappait d'abord ailleurs, resterait ailleurs), on ne peut voir vraiment où on va. Il est fort probable que le vrai législateur actuellement aux commandes soit en blanc, en blouse et en plein essai tous azimuts. Quand la norme varie si follement, sous la vague, quand

---

245 - Par exemple, CE, réf., 8 avr. 2020, n° 439821, Synd. Nat. Pénitentiaire FO, JurisData n° 2020-004890. Voy. aussi, à propos d'un juge administratif des libertés décidément flegmatique, pas loin parfois, renversant ce qui était conçu pour contraindre l'administration et la remettre sur le chemin du droit en cas d'abus liberticide patenté, de retourner le référé-liberté contre les administrés, dans un confinement insuffisant pour certains, CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674, Synd. Jeunes Médecins, JurisData n° 2020-003822.

246 - Contraint et forcé, le juge se prononce, au jour le jour, cas par cas, sur l'ordre social, n'évoquant plus jamais la moindre liberté de circuler dès lors qu'il est question de sécurité, de santé et de prévention même tardive, au travail à l'arrêt : voy., dans le champ social du transport de marchandises acquises à distance, C.A. Versailles, 24 avril 2020, SAS Amazon France Logistique c/ Union Synd. Solidaires Féd. Nat. des Transports et de la Logistique FO, n° RG 20/01993, n° Portalis DBV3-V-B7E-T234.

chacun depuis chez soi improvise comme il le peut, au gré de la connaissance et de son image commentée en temps réel, ce que reste du droit, c'est tout, c'est son esprit – et le moment où les gardiens, en veille sanitaire, sont les plus utiles, aussi. Avec, en tête, les libertés au fronton, la liberté de circuler en exergue. N'est-ce pas le premier droit qu'on coupe aux prisonniers, en attendant le reste ? Aussi, parce que, théâtre déjà de conflits de forme et de compétences, cette liberté-là – on ne l'aura si bien vu qu'aujourd'hui – est ici, la scène d'une forme aiguë de conflit de libertés.

Mieux – ou pire – encore, on est même de plain-pied dans le cas de figure où l'exercice d'une liberté principale (si essentielle donc qu'on la déclare peu, en marche normale) risque de venir gêner, frontalement, pas même la liberté de l'autre, pas même un autre droit de soi, mais la vie – la sienne propre et celle de son prochain. Cette question-là, et puisque le temps est de fait à la doctrine et à l'écriture d'une nouvelle page du droit (international), l'Université, en première ligne, a le devoir de la poser. On se situe ici, naturellement, hors de toute qualification pénale de mise en danger d'autrui (sans doute, la question se posera aussi à la barre d'un tribunal, un jour, quelque part, si ce n'est déjà fait), mais sur un plan général, celui des principes. On connaissait l'exercice restreint de la liberté d'aller et venir pour quitter le territoire s'agissant des étrangers ordinaires, par exemple. On avait pu se dire, formellement, un peu follement, que l'exercice de la liberté de se déplacer se faisait tout de même, jusqu'à la frontière, par exemple. Mais, quelle que soit la compétence et quelle que soit la qualification au fond, que dire de nationaux retenus, de pays tout entiers devenus zones d'attente pour leurs citoyens et pour ceux qui, de fait, se trouvaient au moment du tremblement et se trouvent encore figés sur le territoire ? Pour la plupart d'entre nous, ayant dû chacun absorber le choc carcéral, chacun renseigné malgré soi sur soi, chacun renvoyé à soi (à découvert, ce peut être parfois cruel), c'est, là, sans exemple. Inédite au titre de la vitesse de circulation des flux flous et fous aussi de l'information, cette figure juridique de détenus en continu, partout sur une terre ronde – et sous des cieux enfin un peu libérés -, de chacun en exil en soi, rappelle comme le contentieux de la circulation est décidément complexe et brûlant, aux confins du droit et de l'humain.

Tout est d'abord ici, moins dans les faits, continus et contenus mais si souvent méconnus (le fil fin auquel chacun tient), que dans la prise de conscience, massive et collective, ouvrant au-delà des faits l'ayant déclenchée, et très probablement durablement, une crise de confiance marquant le droit. Comme la liberté de circuler irrigue le droit des libertés, le crédit est partout, sans qu'on le voie nécessairement, comme la dignité dans les droits de l'homme – et dans l'homme plus simplement. Alors, si la moelle épinière est atteinte, dans le tréfonds de l'épine dorsale, ce ne sera plus seulement de la « sociologie » ou autre « philosophie » du droit que de le dire et d'en mesurer l'impact, mais bel et bien du droit, simplement. Parce que de fait, et déjà (et quasiment instantanément, aussi vite qu'on s'adapte au pire et recalcule sa position), on s'est arrêté dans le mouvement, la question de sa place propre devenant celle de l'espace-ment d'avec autrui, la question de la liberté (la sienne, proprement) restant en plan (et en blanc) comme saugrenue, trivialement partielle ou indécente alors qu'hier encore on se battait pour elle.

Se méfier de l'air, dans cette ère de l'air et des airs pourtant, on savait bien qu'il le fallait. On s'en doutait. Mais devenir soi un danger pour autrui, autrui son Prochain nous rendant également (et fraternellement) le danger, dans son être, tangible, par le seul fait de sa proximité (et de sa parole aérienne, d'après ce qu'on en sait), c'est un choc culturel, naturellement, pour tous. Un coup porté à l'ordre, un mouvement entravé qui reste un peu bloqué, dans des gorges nouées, pour le moment. Le corollaire naturel d'un renversement urgent des recommandations et préconisations précédentes, globalement et avec effet immédiat, c'est une saccade qu'il n'y a pas lieu de faire passer dans le droit, heureusement. Mais voir l'invitation publique d'hier au mouvement muer en incitation de haut vol au voile, c'est, de fait, un coup sérieux porté aussi au crédit de la Loi et à sa sécurité sacro-sainte. Et voir la police garantir désormais le non-exercice de sa liberté publique de circuler, avec aussi les conséquences attachées, a quelque chose, encore pour

la plupart d'entre nous n'ayant pas connu ce genre de conflit intestin continu, de contre-nature. Bien sûr, c'est l'urgence, et ses effets, cécité faisant loi, mais précisément : il aura donc suffi d'un souffle. Et comme la chose est fondée sur un fait (sa survie propre, et la nécessité de ne pas tuer son voisin), il y a tout à parier qu'elle est d'ores et déjà chronique : après la déjà flottante ou fluctuante autorisation de relâchement, une fois passée la sidération, une fois les morts stabilisés et décomptés, on continuera, spontanément (...), ailleurs et après, selon le pli pris, dans la relativisation générale du rapport à la règle. Puisque c'est le bien commun qu'ici, chacun poursuit – ce qui explique aussi ces étonnantes et civiles auto-autorisations que chacun délivre à soi, à titre dérogatoire, sur mesure en temps adapté, pour sortir le bout de son nez, sur la foi d'un honneur déclaratif relatif aussi puisque les formulaires sont datés, par exemple -, il n'y a pas la moindre raison, juridique même, d'arrêter : à l'avenir (qui a déjà commencé), la culpabilité possible, doublée de la peur éprouvée, suffit à garantir l'abstention. Et la source formelle intime de l'entrave dérogatoire (soi-même, son honneur, comme par autocensure, sur invitation ou suggestion venue de plus haut sans doute, au départ) rend, d'emblée, difficile la conception d'une attaque, juridiquement. Aussi, la libre circulation devra intégrer ce nouveau critère utile fondé sur la distance et sur les risques volatiles. On avait bien pensé à la clause environnementale, mais pas encore à la condition de sa propre condition. Comme en aéronautique, on a un peu l'impression que le risque de l'intérieur, logé dans le noyau même éventuellement, répétitif et neutre en soi, est toujours le dernier auquel on pense. Dans un droit en mouvement, pour ce qui est même d'une liberté de circulation terrienne basique, chacun ayant servi sa survie, la « distanciation » est peut-être déjà un acquis social. Au bénéfice de la question de l'autre et de son rapport à l'autre, ce sera l'apport majeur d'une liberté de circulation revue et corrigée, une nouvelle manière de se déplacer.

Circuler autrement, sur le plan des flux en mouvement, économiquement, après une longue fausse réanimation pour la forme, c'est déjà engagé. Et ce risque d'être un peu la crucifixion sociale, en tout cas la curée, pour une économie parallèle du partage horizontal, singulièrement, fondée sur un réseau serré interindividuel, d'entraide sonnante et trébuchante censée pallier le système vertical d'États volontiers présentés comme absents. Inscrite dans le cœur des hommes et ne demandant qu'à être réveillée, la défiance, ici pour le mouvement par les transports collectifs, publics ou privés, risque de conduire plutôt à un repli de masse vers la circulation individuelle et protégée, comme par retour réflexe de chacun à sa cellule mobile et confinée – mais qu'on connaît. Ce retour à ce qu'hier encore (vain temps !), on devait bannir pourtant, le rejet rétroactif possible de ce qu'on portait aux nues en communion (le partage), permettent de s'attendre corrélativement, après le relâchement mécanique, à des artères bouchées et à un ciel à nouveau attaqué, en beauté. Autrement dit, tout étant dans tout, ce n'est pas seulement une liberté de circulation internationale à revoir dans l'immédiat, mais une responsabilité sociale à redéfinir et une page du droit à réécrire comme devant intégrer définitivement une nouvelle forme d'humanité – pas à proprement parler les droits de l'homme (c'était déjà fait), mais l'esprit, la façon (partout) de voir (tout). Et puis, après tout (ces fameux « jours d'après » d'un « monde d'après », etc.), ne suffira-t-il pas juste d'ajouter aux écrans (préexistants) quelques couches (molles, collantes et poursuivantes) d'écrans ?

Ainsi se fait le droit, de tout temps, sur les accidents. Ce qu'on a déjà perdu, là, dans le chemin, personne n'en sait certainement rien pour le moment, sérieusement, dans ce présent aigu, cet omniprésent étouffant. Mais ce qu'on sait, c'est qu'on se sent soi, un peu perdu. Et que, de fait, on s'est déjà un peu perdu – et déjà de vue. Mais – c'est bien le propre de la liberté de circuler -, le mouvement continue. S'agissant encore et toujours de mille façons de décrire la même chose, on pourrait même considérer qu'avoir été pris, chacun dont l'hygiène regardait donc les Nations, comme possible porteur de l'indivisible responsa-

bilité « de tous à l'égard de tous », c'est un rappel essentiel – venu du ciel, aussi cruel – à l'universalité<sup>247</sup>. Indépendamment de toute recherche de querelle, dans ce qui s'apparente à de la force majeure (et à de la responsabilité sans faute initialement – un virus, infiniment petit, apte à menacer ce qui se croit infiniment grand, c'est aussi neutre en soi qu'une machine, tout étant dans la répétition ou la transmission), on peut trouver, de fait, que cette prise de conscience brutale et générale est aussi le rappel salutaire que chacun, en effet, est, vraiment, éminemment, tangiblement, mieux que le juge des libertés, le gardien du droit international – celui d'un droit aussi en charge de repérer le temps sous forme de normes valant autant de précieux petits cailloux.

On nous a juste demandé de rester chez nous. On s'en sent triste, collectivement. Mais dans un triangle vertueux, l'appel à la force verticale (étatique, internationale) pour le règlement d'un problème universellement horizontal (nos liens entre humains, jusque physiquement), ce peut être de la sorte une terre tout aussi propice à un retour au droit des libertés bien entendu : droits d'autrui et ordre public, même Combat, dans des dimensions mêlées et au fond retrouvées, pour une humanité à l'unanimité, sous couvert apparent et premier de gens déliés.

Après tout, avant tout surtout, et ayant tout à voir, en attendant que la maréchaussée nous intime à nouveau l'ordre délicieux de « circuler », et le retour à la nature donc, tous les chemins ne mènent-ils pas à l'homme<sup>248</sup> ?

---

247 - Voy. G. Cohen-Jonathan, « *Droits et devoirs internationaux des individus* », in D. Alland (dir.), *Droit international public*, PUF, Paris, 2000, pp. 573-618.

248 - On entend « l'homme », résolument, définitivement, comme embrassant la femme – éventuellement.

CONTRIBUTIONS : Article - 2 juillet 2020

## O. Compatibilité des mesures prises pour la prévention du Covid-19 avec la Convention européenne des droits de l'homme

Par Anton LANA

De nombreux Pays non seulement européens ont adoptés des mesures très strictes et restrictives des libertés fondamentales pour lutter contre la diffusion du Covid-19<sup>249</sup>. Les mesures gouvernementales prises en Italie, ont concerné la liberté personnelle, la liberté de circulation, la liberté d'éducation et de religion, la liberté d'accès au juge, la liberté d'association et de réunion, le droit à la vie privée et familiale, etc.

Dans le présent rapport on évaluera brièvement l'impact que ces mesures ont exercé dans le système italien, leur proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi par le gouvernement de limiter la diffusion du virus<sup>250</sup>, les effets de ces mesures en ce qui concerne la discrimination des personnes les plus vulnérables (salariés, migrants, sans-abri, détenus, étudiants)<sup>251</sup>.

L'Autorité italienne en matière de protection des données personnelles (*Garante*) a récemment déclaré à la Chambre des députés « *qu'il est nécessaire d'étendre l'analyse des implications sur le travail de la pandémie aux profils de protection des données. Dans un contexte d'urgence, le risque le plus grave est l'accoutumance, sinon l'indifférence progressive à la perte des libertés. Au contraire, les limitations à celles-ci doivent être fixées à une mesure strictement indispensable, avec une révision constante de leur proportionnalité et de leur nécessité. Dans le contexte national et international actuel, les restrictions (justification des déplacements, contact tracing...), affectent de manière significative le rapport liberté-autorité, qui mesure la tenue de la démocratie.* » Enfin, la prise de conscience de la vulnérabilité de certains sujets, tels que les travailleurs, revêt une importance particulière dans la perspective du Garante, en tant que parties d'une relation structurellement asymétrique.

Les limitations des droits prévus par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>252</sup> peuvent être mises en œuvre (à l'exception de certains droits et libertés inaliénables, comme par exemple le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de l'esclavage) par deux modes différents. En cas d'état d'urgence, d'une part on trouve l'article 15 CEDH, c'est-à-dire, littéralement comme prévu par la norme « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* »<sup>253</sup>. D'autre part, certains

249 - Le 30 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la santé a déclaré l'épidémie de Covid-19 une urgence de santé publique d'importance internationale [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))

250 - Sur la gouvernance du virus et la réponse des Gouvernements au Covid-19, on signale, C. CORVO, « *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di Covid-19* », 24 avril 2020, page 195 etc; en particulier, page 203.

251 - Comme déclaré aussi par le Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, BACHELET: OHCHR, « *Coronavirus: Human Rights Need to Be Front and Centre in Response, Says Bachelet* », 6 mars 2020.

252 - Parmi les nombreux écrits consacrés à la Convention européenne des droits de l'homme, on signale, en particulier: D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, IV éd., Oxford, 2018; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, II éd., Milano, 2018; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa, Bologna*, 2016; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 2015; L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme*. Commentaire article par article, XIII éd., Parigi, 2014; F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford-New York, 2014; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012; L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2012; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II éd., Napoli, 2008; F. SUDRE, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Paris, 2005; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2004; C. ZANGHÌ, K. VASAK, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: 50 anni d'esperienza. Gli attori e i protagonisti della Convenzione: il passato, l'avvenire, Atti del Convegno di Messina*, 20 au 22 octobre 2000, Turin, 2002; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, III éd., Napoli, 2001.

253 - Article 15 CEDH, Dérogation en cas d'état d'urgence: Par. 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation,

droits peuvent être limités au cas par cas, si les limitations sont prévues par la loi. Ces limitations sont nécessaires dans une société démocratique à la poursuite de certaines finalités spécifiques (dont la santé publique) et enfin, si ces limitations sont proportionnelles à l'objectif poursuivi. Il est nécessaire d'établir un équilibre entre l'objectif poursuivi et le droit limité. En ce qui concerne le premier aspect, l'État qui exerce le droit de dérogation<sup>254</sup>, doit informer le Conseil de l'Europe des mesures prises et des motifs qui les ont inspirés et aussi même de la date à laquelle ces mesures cessent<sup>255</sup>. En d'autres termes, il faut un acte formel de notification à adresser au Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Dans le passé, certains États ont fait usage de la dérogation prévue par l'art. 15 CEDH à l'occasion d'épidémies graves. C'est ce qu'a fait la Géorgie pour la grippe aviaire (aussi même que le Guatemala qui a dénoncé la disposition du Pacte sur les droits civils et politiques pour la grippe porcine).

Dans le cadre du Covid-19, certains pays du Conseil de l'Europe ont présenté des demandes de dérogation au titre de l'article 15 CEDH.<sup>256</sup> Il s'agit de l'Arménie, l'Estonie, la Lettonie, la Géorgie, la Moldavie et la Roumanie. D'autres pays plus durement touchés ne l'ont pas fait ; parmi eux, l'Italie, la France, l'Espagne, le Royaume-Uni, etc. Évidemment, en termes de conformité, ces États ont considéré suffisante la même possibilité de dérogation prévue au cas par cas par la Convention.

Au sens de la CEDH, les limitations doivent être prévues par la loi<sup>257</sup> ; elles doivent être nécessaires dans une société démocratique, proportionnelles<sup>258</sup> au but poursuivi, limitées dans le temps et en outre il doit y avoir possibilité d'un recours à une juridiction pour faire valoir l'éventuelle illégalité de la mesure. Les caractéristiques que la limitation doit avoir pour être compatible avec la CEDH seront approfondies ci-après.

Tout d'abord, la couverture législative, en supposant que les mesures administratives adoptées par le président du Conseil des ministres italien (DPCM) soient compatibles avec la Constitution italienne : Le décret-loi initialement adopté et converti en loi en date du 5 mars 2020 autorisait le Président du Conseil à adopter des décrets individuels en raison de la nécessité de prendre rapidement des mesures de confinement à propagation du virus.

Toutefois, dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, pour être définie comme « loi »,<sup>259</sup> la mesure doit être dotée de caractéristiques particulières qui - loin d'être purement formelles comme l'adoption par le Parlement, ont un caractère éminemment substantiel et portent sur le contenu de la norme. Ces caractéristiques, selon l'orientation désormais bien établie des juges européens, sont l'accessibilité et la prévisibilité.<sup>260</sup>

-----  
toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

254 - Sur le concept de dérogation : HIGGINS, "Derogations under Human Rights treaties", in *British Yearbook of International Law*, 1976-1977.

255 - Article 15 CEDH, Dérogation en cas d'état d'urgence : Par. 3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

256 - GREENE, "States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic", in [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com) 2020.

257 - Sur la notion de légalité, un acte "Must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case" – CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, 6538/74 - et aussi "it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference" – CEDH, *Malone c., Royaume-Uni*, 2 Août 1984, recours n. 8691/79.

258 - En ce qui concerne, la proportionnalité des mesures pris par les gouvernements par rapport au Covid-19 et en conséquence, aux risques pour la santé publique, on suggère, F.PADDEU, "Covid-19 and Defence in the Law of State Responsibility", EJIL: "Talk!", 17 mars 2020, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org)

259 - Notion de « loi » : CEDH, *Affaire Karadermici c. Turquie*, 3 décembre 2009, 37096/97 et 37101/97.

260 - "Rule of law test" : CEDH, *Affaire Kruslin c. France*, 24 avril 1990, 11801/85 et *Affaire Huvig c. France*, 24 avril 1990, 11105/84.

En ce qui concerne la première condition, aucun problème particulier ne semble se poser ; les mesures restrictives des libertés en question prises par le président du Conseil italien, sont connues et ont été portées à la connaissance des citoyens et des destinataires des mesures en raison de leur diffusion par la presse et de leur publication au Journal Officiel.<sup>261</sup> À mon avis, le problème se pose par rapport au concept de prévisibilité des mesures. Selon l'orientation bien établie de la jurisprudence européenne, une « loi » est prévisible lorsque le sujet auquel elle s'applique est en mesure d'en comprendre la portée préventive, c'est-à-dire qu'il est en mesure de comprendre le contenu de l'interdiction posée par cette norme déterminée. En d'autres termes, lorsqu'il est clair quelle conduite est licite et quelle conduite ne l'est pas. L'interprétation de la Cour européenne est claire, il est nécessaire d'éviter les abus de la part des autorités et des forces de l'ordre dans l'interprétation de la loi qui ne serait pas suffisamment claire.<sup>262</sup>

En ce qui concerne l'exigence de la « nécessité dans une société démocratique », on se demande si les sévères restrictions adoptées en Italie à l'égard des libertés civiles,<sup>263</sup> étaient nécessaires dans des territoires où le virus a eu une modeste, si non très modeste, diffusion (par exemple, les régions du sud de l'Italie). Toutefois, il s'agit d'une question qui implique des connaissances médico-légales qui ne m'appartiennent pas.

Si on considère la proportionnalité des mesures prises par rapport à l'objectif poursuivi de la protection de la santé, il s'agit d'un décours différent. Ce profil est lié à la durée dans le temps des mesures restrictives des libertés et à la possibilité de faire valoir devant un juge l'existence d'un juste équilibre entre limitations et droits de liberté. Je crois que, dans certains cas, la proportionnalité ne s'est pas réalisée : on pense à l'interdiction d'assister ou de célébrer les funérailles des personnes décédées. Depuis l'époque de Sophocle (et jusqu'à aujourd'hui) assister à la sépulture de ses proches, l'est une tradition profondément enracinée dans la culture humaine. Nous pensons aussi à la situation de discrimination à l'égard des personnes les plus vulnérables comme les pauvres, les sans-abri, les détenus, les migrants, etc.

En conclusion, aux termes de la Convention, les États ont des obligations positives de protéger les individus, en particulier les plus vulnérables et par conséquent, on peut donc se demander, si l'État italien a pris toutes les mesures appropriées pour faire face à la pandémie. A-t-il connaissance des risques auxquels la population italienne était exposée ? Des simulations ont-elles été effectuées sur la nécessité de dispositifs médicaux, de lits, de tampons, de respirateurs, etc. ?

Ces questions donnent l'impression que le système de santé italien, notamment dans certaines régions, a privilégié que des structures médicales spécifiques. On parle, en particulier, de ces hôpitaux que, bien qu'ils soient considérés comme excellents du point de vue du service de santé national, toutefois, ils sont le résultat de la privatisation de ce secteur. En conséquence, ces structures ne sont accessibles qu'à une partie de la population, mais pas à tous. Il faut donc repenser la politique adoptée en la matière au cours des dix dernières années et revenir à financer la santé publique de telle sorte qu'à l'avenir la réponse de l'État italien aux obligations positives découlant des traités internationaux sur les droits de l'homme soit beaucoup plus appropriée, et que de telles tragédies ne se reproduisent pas.

---

261 - Accessibilité des actes : CEDH, Affaire Margareta et Roger Andersson c. Suède, 25 février 1992, 12963/87.

262 - CEDH, Affaire Mooren c. Germania, 9 juillet 2009, 11364/03 et aussi Affaire Winterwerp c. Pays-Bas, 27 novembre 1981, 6301/73.

263 - La liberté de circulation : SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2016, p. 344 etc. ; GIALUZ et SPAGNOLO, "Art. 5", BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, cit., p. 106 etc.

## P. Après le Covid-19, un vaccin pour protéger la démocratie.

Par Patrick de FONTBRESSIN

De tous temps, les maladies mortelles ont spécialement frappé les plus vulnérables.

S'agissant du Covid-19, les constats opérés par ceux qui mènent quotidiennement un combat contre la misère ne démentiront sûrement pas cette assertion.

Or, de nos jours, la diffusion du virus de mort n'a pas seulement atteint les populations. Son terrain de propagation est également celui d'une démocratie en souffrance.

À l'instant où le mal s'abattait sur l'Europe, la société démocratique présentait de graves symptômes. Elle paraissait en proie à une « maladie de langueur ».

Au sortir de l'épreuve du Covid-19, les interrogations posées par les décisions des États au regard du respect des droits fondamentaux, tout comme le risque omniprésent d'une poussée de fièvre populiste, imposent de trouver un vaccin qui protège la démocratie.

### LA MALADIE DE LANGUEUR DE LA DÉMOCRATIE

Mise en valeur dans le théâtre du XVII<sup>e</sup> siècle, à en croire le Larousse médical, la maladie de langueur est caractérisée par un état d'affaiblissement, un abattement prolongé des forces, un dépérissement lent et continu.

L'analogie avec l'état de la société démocratique en Europe est frappante.

À l'heure du Covid-19, une perte de confiance dans la classe politique et les institutions, une inquiétude intergénérationnelle face à l'avenir assuraient le succès croissant de discours populistes envers des peuples affaiblis par le découragement.

Une disparition du sens des mécanismes à même de conférer à chacun un pouvoir démocratique d'expression favorisait ainsi le phénomène d'abstention de femmes et d'hommes dans une situation d'attente dénuée d'espoir.

Pour répondre à ceux qui, entraînés par les harangues haineuses de faux prophètes, avaient recours à la révolte, la société démocratique ne paraissait plus disposer d'une force de conviction suffisante.

Au dialogue, de l'essence du pluralisme, se substituaient des affrontements sur la base de rapports de force souhaités et programmés par tous les prédateurs de la démocratie.

Celle-ci semblait ainsi se trouver prise au piège de situations visant à l'enfermer dans ses contradictions en présence de fréquents conflits de droits de l'homme<sup>264</sup>.

Certains en venaient même à penser que les droits de l'homme pouvaient « rendre idiot »<sup>265</sup>.

À l'instar de ce que Husserl relevait à la veille de l'un des plus grands drames de l'humanité, l'Europe était gagnée par « *le pire des périls, la lassitude* »<sup>266</sup> dans l'antichambre du désespoir qui conduit les démocraties à leur perte<sup>267</sup>.

264 - Sur cette question, cf. Pierre LAMBERT, « *Conflits de droits de l'homme : Propos introductifs* », Actes du 4<sup>e</sup> colloque international des droits de l'homme du centre international des droits de l'homme, sous la présidence de Petros J. PARARAS, in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. IV, 2009, éd. Sakkoulas, Athènes, Bruylant Bruxelles, 2010.

265 - Justine LACROIX et Jean-Yves PRANCHERE, *Les droits de l'homme rendent-ils idiot ?*, éd. Seuil, 2019.

266 - HUSSERL, *La crise de l'immensité européenne et la philosophie*, éd. Aubier, Paris 1977.

267 - KIERKEGAARD, dans son *Traité du désespoir*, pouvait déclarer : « *Le désespoir n'est pas seulement la pire des misères, mais notre perte* ».

## UN VACCIN OU LA MORT EN ÉTAT DE CHOC ?

Le présent propos ne saurait avoir pour objet de répertorier en quelques lignes les critiques engendrées par une prolifération de textes, le plus souvent d'origine réglementaire, élaborés dans une panique collective<sup>268</sup>.

Il tend modestement à tenter de tirer une leçon d'un constat.

Plus que jamais, et parfois au mépris de la cohérence, une inflation textuelle a défié le principe de clarté et de lisibilité de la loi, ainsi que la sécurité juridique.

À l'image du terrorisme, l'ennemi Covid-19 est une nouvelle fois parvenu à placer l'État face au dilemme d'impératif de protection de la population et de protection des libertés.

Une telle situation ne peut manquer d'inviter à une réflexion sur la nécessité d'une relation nouvelle entre le citoyen et l'État pour éviter tout risque d'accoutumance à un droit d'exception autant que des dérives liées à la peur et à l'urgence.

Sauvegarder la démocratie suppose la capacité de faire comprendre à tous les niveaux de la société ses valeurs dont les premiers vecteurs sont les principes et règles d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>269</sup>.

Au nombre de ceux-ci il convient spécialement de citer le principe de proportionnalité, mais aussi l'attention que mérite une recherche de finalité conforme au principe d'interprétation téléologique ainsi que l'apport du concept d'horizontalité.

Si le principe de proportionnalité se présente comme une garantie première d'équilibre, le contexte d'aujourd'hui incite à s'efforcer de tirer profit du concept d'horizontalité au regard d'une finalité qui transcende<sup>270</sup>.

En effet, une prise de conscience de la vulnérabilité commune des individus et de l'État face à un péril imminent est à même de remettre en cause l'existence d'une relation entre les individus et l'État d'essence exclusivement verticale.

Au même titre que la théorie de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme a pu mettre en lumière l'intérêt de percevoir l'État et les individus comme codébiteurs d'une même obligation de respect des libertés et droits fondamentaux pour rendre ceux-ci effectifs<sup>271</sup>, leur désarroi et leur impuissance commune ont permis de mesurer les limites du droit imposé et la nécessité d'une coopération sur la base d'un droit compris et accepté.

Une situation d'exception nous ramène ainsi indirectement à la notion d'ordre public qui concerne à la fois l'État et les citoyens.

Pour être effectif, celui-ci doit être perçu comme nécessaire à la sécurité de chacun dans le respect d'un équilibre de l'ensemble.

Il requiert dès lors la participation de tous aux fins de préserver la société démocratique dont il doit demeurer le gardien.

Or un tel objectif suppose d'avoir avant toutes choses à l'esprit que la première vertu d'un texte contraignant est d'être compris aux fins d'être accepté par ses destinataires et ressenti comme un instrument de sauvegarde collective.

---

268 - Cf. notamment, Patrick WACHSMANN, « *Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19* », JCP 2020, N° 20, P. 621.

269 - Sur l'ensemble de la question, cf. Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des Juges pour la liberté*, éd. Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2017.

270 - Patrick de FONTBRESSIN, « *L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme* », in Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI, éd. Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 231 ss.

271 - Cf. spécialement Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, éd. Nemesis Bruylant, Bruxelles, 1995, coll. Droit et Justice, vol. 14.

S'il en est ainsi, le sens de l'intérêt commun l'emporte sur le sentiment de contrainte. L'essence du contrat social renaît.

L'ensemble des réactions suscitées par des textes, souvent dénués d'adaptation nécessaire aux réalités de terrain, illustre la perte du pouvoir de l'État d'imposer souverainement selon une relation verticale en dépit de certaines apparences.

Elle doit générer une vision fondée sur l'apport des liens interindividuels à l'échelon local et la restauration du lien entre l'individu et l'État pour sauver la démocratie.

Partant du raisonnement de base de la théorie de l'effet horizontal de la Convention, à une opposition entre les individus et l'État doit se substituer l'éclairage d'une participation et d'une interaction indispensables pour la sauvegarde et l'effectivité de l'idéal démocratique.

Une telle démarche, fondée sur une relation nouvelle entre les individus et l'État, est celle d'un contrat social rénové. Elle suppose de redéfinir le sens de l'ordre public et celui de la citoyenneté. Elle peut être un vaccin contre le populisme et des risques de dérives totalitaires.

Elle implique par l'éducation et une politique de proximité de faire comprendre à tous que chaque individu et l'État sont les codébiteurs solidaires du respect des libertés et droits fondamentaux dont ils doivent demeurer les garants à peine d'état de choc de la démocratie<sup>272</sup>.

À cet égard, on ne saurait manquer de citer cette pensée du Bâtonnier Louis-Edmond Pettiti dont l'actualité est frappante: « *Dans un monde de plus en plus solidaire, dont l'avenir ou la destruction est planétaire, les épidémies, la pollution et la pauvreté ne connaissent pas de frontières...* ». « *...La marche de l'humanité ne peut être positive que si elle s'inscrit dans le respect des droits de l'homme* »<sup>273</sup>.

---

272 - Patrick de FONTBRESSIN, *A la recherche du sens perdu: Le Covid-19 et après?*, éd. Anthemis, Bruxelles, 2020

10- Louis-Edmond PETTITI, « *Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui* », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT, éd. Economica, 2<sup>e</sup> éd. p. 27ss..

273 - Louis-Edmond PETTITI, « *Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui* », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire article par article, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT, éd. Economica, 2<sup>e</sup> éd. p. 27ss.

CONTRIBUTIONS : Juin 2020

## **Q. La liberté de religion en Allemagne face au Covid-19 et la décision du 10 avril 2020 la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (1 BvQ 28/20)**

**Par Clara BRETON**

La Fédération et les Länder allemands ont préféré au confinement généralisé et à l'interdiction de sortie l'alternative d'une « interdiction de contact » (*Kontaktverbot*) mise en place le 24 mars 2020. La loi sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses transmissibles, en date du 1<sup>er</sup> janvier 2001, a été modifiée afin de tenir compte des impacts et des nouvelles exigences sanitaires du Corona, ce qui a conduit l'ensemble des Länder à édicter de nouveaux règlements<sup>274</sup>.

Dans le cadre des décisions prises par les autorités, la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne a été saisie de la constitutionnalité de l'interdiction de se réunir dans les églises.

Avec cette décision, la Cour de Karlsruhe valide l'une des mesures prises par les pouvoirs publics faisant l'objet de recours dans le cadre de la procédure telle que prévue par l'article § 32, alinéa 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne<sup>275</sup>.

Résumé de la décision du 10 avril 2020 :

Par ordonnance de ce jour, la deuxième chambre du premier sénat de la Cour constitutionnelle fédérale a rejeté une demande de non-exécution temporaire d'une disposition de l'ordonnance du gouvernement du Land de Hesse sur la lutte contre le virus Corona (ci-après l'ordonnance Corona), qui contient notamment une interdiction de se réunir dans les églises, en raison de la gravité des conséquences qu'un tel rassemblement pourrait avoir.

Le demandeur est catholique et assiste régulièrement à la Sainte Messe. En se référant aux déclarations du Concile Vatican II (Constitution dogmatique sur l'Église, n° 11) et au Catéchisme de l'Église catholique (n° 1324 à 1327), il soutient que la célébration commune de l'Eucharistie est une composante centrale de la foi, dont l'absence ne peut être compensée par des formes alternatives - toujours autorisées - d'activité religieuse telles que la transmission de services religieux sur Internet ou la prière individuelle.

Dans ce contexte, la chambre a estimé que l'interdiction de se réunir dans les églises en vertu de l'ordonnance du gouvernement du Land de Hesse constituait une atteinte extrêmement grave à la liberté de croyance. Selon les déclarations du requérant, cela s'applique dans une plus large mesure encore, dans la mesure où l'interdiction s'étend également aux célébrations eucharistiques pendant les fêtes de Pâques, qui représente un moment crucial de la vie religieuse des Chrétiens.

En revanche, si l'interdiction de se réunir dans les églises était levée provisoirement, un très grand nombre de personnes se réuniraient probablement, en particulier pendant les vacances de Pâques et cela augmenterait considérablement le risque d'infection par le virus, propagerait la maladie à de nombreuses personnes, entraînerait la surcharge des établissements de soins de santé dans le traitement des cas graves et, dans le pire des cas, le décès de personnes, selon l'évaluation des risques faisant autorité de l'Institut Robert Koch du 26 mars 2020, bien que cela aurait pu être évité de manière constitutionnellement par

---

274 - Philippe Cossalter, « *Le droit public allemand et le Coronavirus* », Revue générale du droit, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/04/17/le-droit-public-allemand-et-le-coronavirus/>

275 - « *En cas de litige, la Cour constitutionnelle fédérale peut provisoirement régler une situation par une ordonnance provisoire si cela s'impose en vue de la mise en garde contre de graves préjudices, de l'empêchement d'une contrainte imminente ou pour toute autre raison importante dans l'intérêt général. [...]* ».

une interdiction des services religieux. Ces dangers ne se limitent alors pas aux personnes qui participent volontairement aux services religieux, mais s'étendent à un groupe de personnes beaucoup plus important.

De l'avis de la Chambre, la protection contre ces dangers pour la vie et l'intégrité corporelle prime actuellement malgré l'atteinte extrêmement grave à la liberté de croyance à laquelle elle porte atteinte. Selon les recherches de l'Institut Robert Koch, dans cette phase précoce de la pandémie de Corona, il est important de ralentir la propagation de la maladie virale hautement infectieuse en empêchant autant que possible les contacts, afin d'éviter un effondrement du système de santé publique avec de nombreux décès. La Chambre précise que le délai d'application de l'ordonnance Corona jusqu'au 19 avril 2020 est également important pour évaluer les conséquences. Cela garantit que cette disposition doit être mise à jour pour tenir compte des nouveaux développements de la pandémie de corona. Dans ce contexte - comme pour toute nouvelle mise à jour du règlement - un examen strict de la proportionnalité doit être effectué en ce qui concerne l'interdiction des réunions dans les églises concernées par la présente procédure, et il convient d'examiner si, compte tenu des nouvelles découvertes, par exemple sur les modes de propagation du virus ou le risque de surcharge du système de soins de santé, il peut être justifié d'assouplir l'interdiction des services religieux dans des conditions - éventuellement strictes - et éventuellement aussi limitées au niveau régional.

Enfin, la Chambre rappelle qu'il en va de même pour les autres communautés religieuses qui sont également gravement touchées par l'interdiction des rassemblements, car pour elles, le rassemblement commun de leurs croyants est également une composante centrale de leur foi.

## R. Confinement souple à la japonaise face au coronavirus

Par Maki KOBAYASHI

### INTRODUCTION.

Le Japon, comme les autres pays du monde, lutte actuellement contre le Coronavirus. L'Archipel étant entouré par la mer, le gouvernement nippon a voulu empêcher la propagation du virus aux portes du pays, mais ce dernier a enfoncé la digue de contrôles exercés aux frontières. Le nombre de contaminés augmentait progressivement même si le pourcentage de décès liés au Covid-19 n'était pas aussi élevé que celui des pays occidentaux. Pendant cette crise sanitaire, les japonais ont été obligés de se battre contre une épidémie inconnue avec un instrument politique et juridique jamais utilisé : le confinement souple à la japonaise.

Est-ce que ce dernier est vraiment efficace pour contrôler la pandémie du Coronavirus en protégeant en même temps les droits et les libertés fondamentaux ? Nous allons voir dans cet article ce qui s'est passé réellement au Japon pour en déduire quelques traits spécifiques de ce pays.

Pour cela, la 1<sup>re</sup> partie de cet article sera consacrée à l'explication du cadre juridique général du confinement souple au Japon. Ensuite, nous aborderons dans la 2<sup>e</sup> partie les exemples concrets des mesures prises par les collectivités locales pour analyser dans la 3<sup>e</sup> partie les problèmes suscités par ces mesures. Enfin, nous essayerons clarifier ce qui est nécessaire pour rendre efficace le confinement souple à la japonaise<sup>276</sup>.

### BASE JURIDIQUE DES MESURES PRISES.

Pour bien comprendre le contenu du confinement souple à la japonaise, il faut d'abord examiner les bases juridiques des mesures prises.

#### Cadre juridique national.

La Constitution japonaise actuelle en vigueur depuis le 3 mai 1947, ne contient pas de dispositions sur l'état d'urgence. Il n'aurait donc pas été possible que le gouvernement le déclare sur une base constitutionnelle même si la propagation du virus menaçait le peuple de façon irrépressible. Certes, il existe, au Japon, plusieurs lois concernant le système légal d'urgence, dite *Yu-ji Houssei*, qui permettent à l'État et aux collectivités locales de prendre des mesures nécessaires pour protéger les citoyens contre les risques imminents. Cependant, ces lois ne visent que les situations où le Japon est réellement attaqué ou menacé par une force armée, de sorte qu'elles ne s'appliquent pas au cas de la crise sanitaire liée au Covid-19. C'est la raison pour laquelle le gouvernement nippon a décidé de modifier la loi du 11 mai 2012 sur la lutte contre de nouvelles maladies infectieuses comme la Grippe A (H1N1)<sup>277</sup> afin qu'il puisse prendre des mesures efficaces contre les risques imminents du Covid-19. L'amendement a été voté le 13 mars 2020 au Parlement et la loi amendée est entrée en vigueur le lendemain.

---

276 - Dans cet article, nous n'aborderons que les mesures prises à l'échelon domestique. Les problèmes liés aux politiques extérieures peuvent être traités à part. En particulier, celui de conditions d'entrée et de sortie de territoire mérite d'être discuté. Et pourtant, en raison de la limite de volume de l'article, nous pouvons ici simplement faire référence à l'article suivant : « Covid-19 : le Japon fermé aux étrangers, y compris les résidents », Libération (site web), 3 juillet 2020.

277 - La loi du 11 mai 2012 sur la lutte contre de nouvelles maladies infectieuses comme Grippe A (H1N1) a été votée après la crise pandémique mondiale de la Grippe A (H1N1) en 2009. Elle vise que le gouvernement peut déclarer l'état d'urgence lorsque plusieurs conditions sont réunies.

L'objectif de cette loi est « *de renforcer les mesures contre la pandémie de la nouvelle maladie infectieuse et de protéger la vie et la santé des personnes comme minimiser l'impact sur la vie des gens et l'économie nationale* » (Article 1 de la loi amendée de 2012). Pour atteindre ce but, le gouvernement peut déclarer l'état d'urgence si les conditions suivantes sont réunies. D'abord, il faut qu'une nouvelle maladie infectieuse comme le Covid-19 qui répond aux exigences stipulées par un arrêté ministériel et qui présente un risque majeur de nuire gravement à la vie et à la santé des personnes apparaisse. Ensuite, il faut que l'épidémie ait un impact sur la vie des gens et l'économie nationale en raison d'une propagation rapide au niveau national ou de la probabilité d'une telle occurrence.

Suite à la déclaration de l'état d'urgence, l'autorité compétente peut prendre principalement les mesures suivantes ;

– Demander aux gens de s'abstenir de sortir sans nécessité immédiate (Article 45). Le gouverneur de la préfecture peut demander aux habitants de ne pas sortir de chez eux sauf s'il y a une nécessité indispensable afin que le virus ne se propage pas.

– Demander aux directeurs d'établissements (y compris les centres de loisirs, les établissements scolaires, les maisons de repos etc.) et aux organisateurs d'évènements de limiter aux usagers leurs fréquentation pendant une durée déterminée (Article 45), ceci à la demande du gouverneur de la préfecture. Si certains d'entre eux ne répondent pas à la demande préfectorale sans motifs valables, le gouverneur peut leur donner les instructions pour restreindre la fréquentation des personnes.

– Installer temporairement des établissements médicaux en cas de manque (Article 48). Le gouverneur peut installer provisoirement des centres hospitaliers ou d'autres types d'établissements médicaux afin d'offrir aux citoyens les services médicaux nécessaires pour traiter les contaminés.

Il est également possible que l'autorité compétente demande et ordonne le transport des matériaux d'urgence, la vente et la réquisition des matériaux spéciaux. De plus, l'expiration de permis de transport peut être reportée.

Après l'exposition du cadre juridique général, nous pouvons voir ici l'évolution des faits comme suit. Le 26 mars 2020, un nouveau siège pour le contrôle des maladies infectieuses du coronavirus a été créée. Le 7 avril, le Premier ministre Shinzo ABE a déclaré l'état d'urgence sur la base de dispositions de l'Article 32, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi amendée de 2012. Il a précisé que la durée de l'état d'urgence serait limitée pendant la période du 7 avril au 6 mai et que l'état d'urgence ne s'appliquerait qu'aux 7 préfectures, c'est-à-dire, celles de Saitama, Chiba, Tokyo, Kanagawa, Osaka, Hyogo et Fukuoka. Le 16 avril, les mesures d'urgence ont été également mise en place dans les autres 40 préfectures<sup>278</sup>. Le 4 mai, le Premier ministre déclarât que les mesures d'urgence devraient être prolongées jusqu'au 31 mai. En limitant les zones ciblées aux 8 et ensuite aux 5 préfectures, il a enfin annoncé la fin de l'état d'urgence le 25 mai. Après ce levé de déclaration, une certaine période de transition serait prévue afin que d'une part les demandes de s'abstenir de sortir et de restriction d'utilisation des installations puissent être allégées et que d'autre part on puisse élever progressivement le niveau des activités socio-économiques en établissant un nouveau style de vie.

En prenant en compte le cadre juridique général indiqué ci-dessus, nous allons ensuite analyser les mesures prises par les collectivités locales pour comprendre mieux ce que signifie le confinement souple à la japonaise.

---

278 - En particulier Hokkaido, préfecture d'Ibaraki, préfecture de Saitama, préfecture de Chiba, région métropolitaine de Tokyo, préfecture de Kanagawa, préfecture d'Ishikawa, préfecture de Gifu, préfecture d'Aichi Les préfectures, la préfecture de Kyoto, la préfecture d'Osaka, la préfecture de Hyogo et la préfecture de Fukuoka sont désignées comme préfectures d'alerte spéciale.

### Cadre juridique préfectoral.

Selon la loi amendée de 2012, c'est le gouverneur préfectoral qui est tenu de prendre des mesures concrètes suite à la déclaration d'urgence par le Premier ministre. Ici, nous prendrons l'exemple de la préfecture d'Osaka comme cas représentatif des mesures prises. Contrairement à d'autres préfectures, la préfecture d'Osaka est unique en ce qu'elle a posé un concept particulier de base, à savoir le « modèle d'Osaka », selon lequel elle pourrait décider de demander ou non le **confinement volontaire** aux citoyens. Dans cette partie, les caractéristiques des mesures prises au niveau préfectoral seront analysées en faisant référence au cas de la préfecture d'Osaka.

### Exemples concrets des mesures prises.

À la suite de la déclaration de l'état d'urgence, les mesures suivantes ont été prises dans la préfecture d'Osaka<sup>279</sup>. **Premièrement**, il a été demandé aux citoyens de rester confinés **volontairement** chez eux (article 45, alinéa 1 de la loi amendée de 2012). Ils ont été priés de s'abstenir de sortir à moins sauf nécessité de pourvoir à leurs conditions d'existence. Concrètement, les activités considérées comme nécessaires au maintien des conditions d'existence étaient les suivantes ;

- Acheter des matériaux indispensables (produits de base essentiels).
- Se soigner (visites des établissements médicaux, promenades, exercices physiques).
- Aller au travail (dans le même temps, le télétravail et l'étalement des horaires ont été fortement recommandés),
- S'y ajoutaient d'autres possibilités de sorties (tels les déplacements pour se rendre auprès des banques ou des administrations publiques, etc.).

En outre, il était fortement recommandé de ne pas sortir le soir au centre-ville lorsque les critères des « trois densités (espace clos, lieu dense, scène rapprochée) » étaient réunis.

**Deuxièmement**, le gouverneur d'Osaka a demandé de réduire au maximum le nombre d'événements organisés. Les impresarios d'événements devaient s'abstenir d'en organiser quel que soit leurs tailles ou leurs lieux. Ainsi les festivals, les événements culturels (concerts, pièces de théâtre, etc.), les événements variés (expositions, marchés aux puces, etc.), les conférences, et les événements sportifs étaient tous concernés.

**Troisièmement**, des restrictions à l'utilisation des établissements ont été requises (Article 24, alinéa 9 de la loi). Si aucune suspension n'a été requise pour l'usage des établissements nécessaires au maintien de la vie sociale (établissements de protection sociale, etc.), ceux de divertissement, d'exercice ou d'éducation, les théâtres, les salles d'exposition et les établissements dont la surface de sol est supérieur à 1 000 m<sup>2</sup> (universités, musées, hôtels, établissements commerciaux) devaient fermer leurs portes à la demande. Et à défaut de réponse aux demandes générales préfectorales, il était prévu que des mesures seraient applicables à des établissements spécialement désignés.

S'agissant de ces dernières mesures, il peut être évoqué la question des établissements proposant un divertissement spécifique au Japon, à savoir le *pachinko*. Le *pachinko* est un « jeu qui s'apparente au flipper, dont le but consiste à projeter de petites billes d'acier le long d'un panneau vertical garni de clous et à les faire pénétrer dans des trous pour gagner de nouvelles billes ». Bien que le nombre de salles de jeu de *pachinko* diminue d'année en année, il existait encore, en 2019, environ 9 600 salles de jeu dans le pays<sup>280</sup>. À l'intérieur de la salle de jeu, un nombre indéterminé de personnes jouent dans un espace fermé pendant une longue période, il est donc facile de s'y trouver dans l'état des « trois densités » qui

279 - Des mesures similaires sont mises en œuvre dans d'autres préfectures.

280 - 警視庁「令和元年における風俗営業等の現状と風俗関係事犯の取締り状況等について」<http://www.npa.go.jp/publications/statistics/safetylife/hoan/R2.fuzoku.toukei.pdf> (最終アクセス日 2020年6月26日)

doit être évité. De sorte, que le risque élevé d'infection par le Covid-19 par contact ou par gouttelettes<sup>281</sup> est élevé. Aussi les salles de jeu de *pachinko* ont fait l'objet d'une demande préfectorale de fermeture. À Osaka, les salles de jeu de *pachinko* sont au nombre de 762, soit la densité la plus élevée au Japon après Tokyo, qui en compte 838. Le 24 avril, le gouverneur préfectoral d'Osaka a, pour la première fois sur la base de la loi amendée de 2012, publié, le nom des quelques salles de jeu de *pachinko* qui ne s'étaient pas conformées aux consignes de suspension d'activité. Le défaut de coopération de ces salles était dû à la baisse sensible de chiffre d'affaires résultant d'une fermeture risquant de compromettre définitivement leur activité. Et pourtant, cela s'applique non seulement aux salles de jeu de *pachinko*, mais aussi à celles d'autres branches du commerce. En effet, le problème bien plus grave et particulier concernant le cas de *pachinko* est que certains amateurs sont des accros à ce jeu, par conséquent ils ne peuvent pas s'arrêter d'aller à ce type de salle de jeu<sup>282</sup>.

Et pourtant, la publication d'une liste de noms a été si efficace que la plupart des salles de jeu ciblées à Osaka, qui après bien des péripéties, ont finalement pris des décisions de fermeture. Cela a également donné aux autres préfectures, l'occasion d'en faire autant pour les salles de jeu qui ne s'étaient pas montrées coopératives, et ce mouvement s'est répandu rapidement dans tout le pays. En fin de compte, toutes les salles de jeu de *pachinko* au Japon ont opté pour arrêter leurs activités.

#### **Mesures particulières : « modèle d'Osaka ».**

Le 5 mai, la préfecture d'Osaka a publié le concept de base de ses mesures prises selon ses propres critères afin de prévenir la propagation du Coronavirus (appelé « modèle d'Osaka »). Les buts de ce concept consistent en ces points suivants : a) fixer des indicateurs objectifs de suivi, b) les visualiser pour favoriser des changements de comportement des citoyens, c) mettre en œuvre ou mettre à fin des mesures par étapes, d) déterminer le contenu des mesures pour prévenir la propagation de l'infection en fonction de taux de positifs. En particulier, en ce qui concerne a) et b), les indicateurs ci-dessous ont été fixés, et les données sont constamment communiquées aux citoyens via internet afin d'assurer une information complète. En effet, le « modèle d'Osaka » se caractérise par son propre standard et sa visualisation.

Indices (pour visualiser)		Critère selon lequel l'abstention peut être demandée	Critère selon lequel la levée de demande peut être décidée
Sujet d'analyse	Contenu d'analyse		
(1) situation de la propagation du Coronavirus	taux d'augmentation des positifs dont les suivies ne sont pas possibles	① 1 ou plus	—
	nombre des positifs dont les suivies ne sont pas possibles	② 5~10 personnes ou plus	④ moins de 10 personnes
(2) situation de l'apparition des infectés	taux de positifs	③ plus de 7 %	⑤ moins de 7 %
(3) situation des hôpitaux	taux d'occupation des personnes hospitalisées en soins intensifs	—	⑥ moins de 60 %

Tableau publié sur le site de la préfecture d'Osaka<sup>283 284</sup>

281 - ぱちんこ・パチスロ産業 21 世紀会 「ぱちんこ・パチスロ店営業における新型コロナウイルス感染症の拡大予防ガイドライン」、[http://www.zennichiyuren.or.jp/content/files/2020/covid19\\_guideline.pdf](http://www.zennichiyuren.or.jp/content/files/2020/covid19_guideline.pdf), pp.2-3 (最終アクセス日 2020年6月26日)

282 - Par exemple, en 2016, le nombre d'accros au jeu au Japon est de 2929 patients dont les 261 patients hospitalisés, et il est dit qu'environ 700.000 personnes sont soupçonnées de dépendance au jeu. [https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou\\_kouhou/kouhou\\_shuppan/magazine/201904\\_00010.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou_kouhou/kouhou_shuppan/magazine/201904_00010.html) [en ligne] [consulté le 28 juin 2020]

283 - 大阪府ホームページ [http://www.pref.osaka.lg.jp/iryos/osakakansensho/corona\\_model.html](http://www.pref.osaka.lg.jp/iryos/osakakansensho/corona_model.html) (最終アクセス日 2020年6月27日)

284 - Ce tableau a été modifié le 3 juillet 2020. Les nouveaux critères de base sont publiés actuellement sur le site suivant : [http://www.pref.osaka.lg.jp/iryos/osakakansensho/corona\\_model.html](http://www.pref.osaka.lg.jp/iryos/osakakansensho/corona_model.html) [en ligne] [consulté le 12 juillet 2020]

Plus précisément, d'une part, si les trois conditions indiquées dans la troisième colonne (① à ③) sont réunies, des mesures telles que la demande de s'abstenir de sortir seront mises en œuvre par étapes. D'autre part, si les trois qui sont indiquées sur la quatrième colonne (④ à ⑥) sont réunies et si cette situation dure pendant sept jours consécutifs, les mesures prises par la préfecture seront progressivement levées.

À l'heure actuelle, de nombreuses préfectures ont publié de tels critères de base selon lesquels des mesures adéquates à la situation de chaque préfecture peuvent être mise en œuvre<sup>285</sup>.

### **Problèmes suscités par les mesures prises.**

Au fur et à mesure que la lutte contre le Covid-19 au Japon s'est étendue à tout le pays, quelques problèmes ont surgis tant au niveau national qu'au niveau local. Ils peuvent être regroupés en deux catégories.

### **Sanction sociale probable mais incertaine.**

Dans la mesure où il n'existe pas de disposition relative à l'état d'urgence dans la Constitution japonaise, ni le chef d'État, ni le gouvernement n'ont de pouvoir autonome, sous ce visa, pour faire face aux situations d'urgence. De plus, les lois concernant le système légal d'urgence, dite *Yu-ji Housei*, qui confèrent au Premier ministre une certaine compétence autonome ne s'appliquent pas à la crise sanitaire causée par le Covid-19. Ce pourquoi, le Chef de l'État ne pouvait pas prendre de décisions sans avoir modifié la loi du 11 mai 2012 sur la lutte contre de nouvelles maladies infectieuses comme la Grippe A (H1N1). Il reste que si désormais la loi modifiée de 2012, permet au Premier ministre de déclarer une situation d'urgence (Article 32), **les différentes mesures prises pour son application dépendent largement de l'appréciation du gouverneur préfectoral. Par surcroît, elles ne peuvent jamais être obligatoires.** Cela ressort clairement du texte même de la loi amendée de 2012. En effet, l'article 45 dispose que : « ... le gouverneur de préfecture peut demander... », **ainsi les mesures énoncées prennent la forme d'une demande de coopération, et non d'une contrainte.** Dès lors, il n'est pas possible d'assortir cette demande de sanctions en cas de non-respect.

Par conséquent, un confinement forcé du type de celui qui a été imposé dans certains pays européens n'est pas envisageable au Japon, Le Japon préfère respecter les libertés des citoyens (celle de circuler, d'aller et venir et du commerce etc.) en ne recourant pas à des moyens juridiques plus contraignants que l'incitation. En d'autres termes, le confinement à la japonaise se base sur le civisme en encourageant les citoyens à prendre des mesures volontaires.

Cependant, certaines mesures préfectorales aboutissent à une coercition de fait. Ainsi la publication des noms d'établissements qui ne répondent pas à la demande préfectorale de fermeture. Les citoyens, sachant que tel ou tel magasin ne coopère pas à la demande du gouverneur d'arrêter son activité, peuvent décider de ne pas y aller pour faire des courses dans la crainte d'être infectés par le Covid-19. Dans ce cas, la publication du nom du magasin récalcitrant par la collectivité locale vaut mise à l'index. La mesure prise devient un moyen d'assurer l'efficacité des actes administratifs non contraignants. Elle peut conduire à une sanction sociale efficace même si elle n'a pas de force obligatoire.

Toutefois, cette sanction sociale de fait reste toujours probable mais jamais certaine. Il y a parfois des cas où elle ne peut se manifester. Ici, un exemple concret peut être cité. Lorsque le gouverneur d'Osaka a publié les noms de salles de jeu de *pachinko* qui n'étaient pas coopératives à sa demande de fermeture, certaines d'entre elles ont ignoré cette annonce et continuaient leurs activités. Par conséquent, les clients

---

285 - Par exemple, la préfecture de Kanagawa rend public les indices selon lesquels le gouverneur peut alerter la propagation du Covid-19 en demandant aux citoyens de s'abstenir de quelques activités. <https://www.pref.kanagawa.jp/docs/ga4/covid19/k-vision/indicator.html#whenwarning> [en ligne] [consulté le 5 juillet 2020]

qui ont appris les noms de salles de jeu ouvertes y déferlaient pour jouer au *pachinko*<sup>286</sup>. Pour ceux qui sont fortement dépendants au jeu, la publication du nom des salles toujours ouvertes n'a eu un effet pervers. Plus on annonce leurs noms, plus les clients se massent devant ces salles de jeu et plus le risque de contamination augmente. Les gouverneurs préfectoraux soulignent qu'il est nécessaire de réfléchir à nouveau sur ce qu'ils peuvent ordonner aux responsables d'établissements lorsque ces derniers ne répondent pas aux demandes préfectorales<sup>287</sup>.

#### **Absence d'indemnité.**

Dans le cadre actuel, il n'existe pas au niveau national de système permettant de compenser directement les pertes occasionnées par la suspension des activités. Certes, il y a un système des subventions nationales (du Ministère de la Santé, du Travail et des Affaires sociales) qui peuvent être accordées (si certaines conditions sont remplies) aux employeurs qui ont payé à leurs employés les congés de travail pendant lesquels l'entreprise arrête ses activités. Cependant, il faut du temps pour toucher la subvention<sup>288</sup>. De plus, ce n'est qu'une compensation ex post pour les indemnités de congé qui ont déjà été versées aux employés. C'est-à-dire qu'il n'y a aucune possibilité que l'entreprise qui est actuellement en face de difficulté financière et en impossibilité de verser les congés de travail puisse profiter de ce système. Le ministère de l'Économie, du Commerce et de l'Industrie a créé un système de bénéfice durable (lancé le 1<sup>er</sup> mai 2020), mais la procédure de demande est compliquée et les conditions d'octroi sont strictes.

En conséquence, ce sont les collectivités locales qui doivent subventionner les PME et les entreprises individuelles en cessation d'activités suite à une demande de fermeture. Toutefois, le montant de subvention diffère selon la préfecture. Par exemple, les chefs d'entreprise peuvent toucher 1 million de yens à Osaka ou à Hyogo, 500 000 yens à Tokyo ou à Aichi, 300 000 yens à Hokkaido, 200 000 yens à Okinawa, et enfin seulement 100 000 yens à Kanagawa. Le montant de l'aide apparaît parfois très faible. De plus, les conditions de demande sont aussi différentes selon la préfecture.

La complexité de la procédure de demande et le manque de système uniforme de subvention au niveau national sont dus au fait que c'est chaque gouverneur préfectoral qui doit demander aux citoyens la suspension des activités sur la base de déclaration d'urgence émise par le gouvernement. Dans le cadre actuel, il est difficile d'établir un système d'indemnisation nationale uniforme et rapide. Sur ce dernier point, une révision pourra être attendue afin de soutenir effectivement les personnes se trouvant en difficulté à cause de la nouvelle maladie infectieuse.

#### **Conclusions.**

La propagation du Coronavirus n'est pas encore sous contrôle, de sorte qu'il n'est pas possible à ce stade d'affirmer que ce type de « confinement » à la japonaise est la meilleure façon de lutter contre le virus inconnu. La répression de propagation du Coronavirus ne se fait pas uniquement par des moyens juridiques et politiques, puisque cela est largement dû aux progrès de la science et de la technologie. En tout cas, il est clair que sous le régime en vigueur, le gouvernement japonais ne peut que demander aux citoyens de s'abstenir. Et il ne lui est pas possible d'adopter des mesures strictes comme les interdictions de sortir ou d'avoir des activités économiques. Dans cette situation-là, la conscience sanitaire préventive de chaque individu devient la pierre angulaire au sein de la politique actuelle pour lutter contre le Covid-19. En tant que tel, il est nécessaire pour un individu d'être en mesure de saisir l'état de propagation de l'infection virale et de décider de leurs manières d'agir selon les critères appropriés. En d'autres termes,

---

286 - 朝日新聞2020年4月26日朝刊22面

287 - 朝日新聞2020年6月22日朝刊3面

288 - Selon les données du 23 juin 2020, le nombre cumulé de demandes de paiement est de 242 908, alors que le nombre de décisions de paiement est limité à 151 794.

pour que le confinement souple à la japonaise devienne vraiment efficace, il est nécessaire de fournir aux individus des informations correctes et suffisantes. De ce fait, la protection de droit à l'information de chaque individu est primordiale aussi bien sur le plan juridique que sur le plan politique.

En outre, il est opportun d'examiner la pertinence d'élargir le système d'indemnisation qui soutient financièrement des entreprises pour la perte occasionnée par la réponse à une demande de fermeture, même si cette dernière n'est pas obligatoire. L'extension de l'octroi d'indemnisation sera certainement inévitable si le gouvernement a, à l'avenir, l'intention de prendre des mesures plus strictes et contraignantes sans mettre le pied dans un confinement totalement liberticide.

CONTRIBUTIONS : Juin 2020

## S. La gestion de la crise sanitaire par l'Allemagne

Par Marie-Avril ROUX STEINKÜHLER

Marie-Avril Roux est spécialiste en propriété intellectuelle (PI). Après 15 ans de pratique professionnelle à Paris, elle a créé à Berlin MARS-IP, cabinet franco-allemand de propriété intellectuelle, où elle conseille ses clients en France et en Allemagne.

### En Allemagne, quel est l'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement judiciaire et l'exercice de la profession ? Comment assurer la continuité de la justice et préserver l'accès au droit ? Quelles leçons pour le futur ?

Pour comprendre l'Allemagne, il est indispensable de garder à l'esprit qu'il s'agit d'un État fédéral, reconstruit sur les décombres de la catastrophe nazie où la séparation des pouvoirs est fondamentale et le droit comme la vie judiciaire, hyperactifs et garants de la démocratie. Il n'y a donc au moins autant de réponses à vos questions que de Länder et de barreaux... Car la Justice est une compétence partagée de l'État fédéral et des Länder. Et surtout, il n'était pas question de toucher à un cheveu de la continuité de la Justice, ou de suspendre les fonctions du conseil constitutionnel allemand, plus sollicité au contraire que jamais !

Aussi, de même qu'il n'y a pas eu de confinement, aucune mesure nationale particulière n'a été prise pour le fonctionnement de la Justice. C'était au juge responsable de décider si un procès avait lieu ou non, ce qui découle après tout du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire... le juge est donc resté maître de la procédure.

En droit civil, le code de procédure dispose d'un arsenal de mesures sur les délais et les renvois dans lesquelles les juges et les avocats ont pu puiser :

demandes de suspension ou d'accélération justifiées par des circonstances particulières ;

procédures écrites si toutes les parties sont d'accord, en particulier en cas de référé ;

depuis 2013, audiences et auditions par vidéoconférence si le tribunal est équipé – ce qui n'est pas encore systématique mais va être accéléré.

Dans la pratique, les résultats ont été très contrastés : à Bonn, accélération du procès pénal dans l'affaire du scandale des dividendes Cum-Ex ; en Bavière, recommandation du ministère de la Justice de ne plus tenir les audiences orales pour les montants inférieurs à 600 euros, et incitation à se concilier... par téléphone ou par courriel ; à Berlin, fermeture au public du tribunal administratif ; à Hambourg, accès exclu uniquement aux personnes à risque, les audiences publiques continuant normalement etc.

Les avocats ont été déclarés dans la plupart des Länder systemrelevant, c'est-à-dire indispensables au bon fonctionnement de la société pendant cette période de crise sanitaire, comme l'est le personnel soignant ! Ils pouvaient bénéficier en priorité d'un moyen de garde pour leurs enfants leur permettant d'aller travailler. Dans les cabinets, l'activité professionnelle des avocats s'est poursuivie pendant la crise, même si certains ont évidemment été impactés. Comme dans les entreprises, le télétravail a été favorisé. Les contacts entre salariés et avec les clients doivent être réduits au minimum, les distances maintenues, les désinfectants mis à disposition.

**En Allemagne, quelles initiatives ont été prises par les autorités / les barreaux pour la profession ? Quels sont de votre point de vue les conséquences et les perspectives pour les avocats ?**

Les avocats bénéficient du même soutien que les autres travailleurs indépendants et entreprises, certains barreaux ont mis en place des fonds de soutien.

Chaque Land a choisi en général de mettre en place très rapidement des soutiens financiers pour palier au plus pressé. À Berlin, la banque publique d'investissement du Land Berlin a distribué fin mars en l'espace d'une semaine 1,5 milliard d'euros d'allocations corona allant de 5 000 à 15 000 € à presque 500 000 travailleurs indépendants et microentreprise de moins de 10 salariés, avocats compris, sans compter d'autres soutiens ad hoc aux entreprises. La démarche se faisait en ligne très simplement, les fonds arrivaient sur les comptes bancaires en moins de 72 heures.

Au niveau fédéral, le recours au chômage partiel a été encouragé, avec des agences pour l'emploi d'une grande réactivité. Des prêts et autres aides sont alloués. Un allègement fiscal peut faire l'objet d'une demande motivée, sous forme de réduction ou de report, dont les conditions seront contrôlées ultérieurement. Les mesures de saisie ou d'expulsion sont suspendues pendant 6 mois.

L'idée a donc été de soutenir rapidement et en souplesse, les contrôles ou sanctions viendront après.

En Allemagne, quels sont les enjeux en matière de droits fondamentaux et libertés face à cette situation exceptionnelle et pour l'avenir ?

La mise en place des limitations s'est faite progressivement et manière non-autoritaire, pas d'attestation de sortie, pas de limite chiffrée de déplacement. Les parcs étaient pleins de promeneurs, mais chacun garde ses distances, la police rappelle les règles de distanciation et des arrestations ont eu lieu. La violation de la quarantaine, imposée uniquement en cas d'infection par le virus, est une infraction pénale. Évidemment, les libertés individuelles ont été réduites, mais bien moins et moins autoritairement qu'en France, et elles l'ont été sur la base d'un contrôle réciproque : État Fédéral/Länder, juges.

Car sur le fondement de l'article 19 de la Loi Fondamentale, tout citoyen peut poursuivre l'État, contester une loi qui porte atteinte à l'un de ses droits fondamentaux « devant la juridiction ordinaire ». Il appartient alors au juge de mettre les intérêts, libertés et droits en balance selon le principe de proportionnalité, en gardant à l'esprit qu'on ne peut en tout état de cause jamais renoncer au premier droit qui préside les autres et figure à l'article 1 alinéa 1 de la Loi Fondamentale : le droit à la dignité de l'homme. Les atteintes ne sont justifiées que si elles sont indispensables, précises, proportionnelles, c'est-à-dire qu'elles servent un but légitime, sont pertinentes, nécessaires, et mesurées.

Et dès le mois de mars, les tribunaux ont été saisis, on compte à ce jour presque 150 décisions et une quinzaine de recours traités par le conseil constitutionnel – car la justice est rapide. En avril, les premières manifestations ont eu lieu. Les allemands sont disciplinés, certes, mais responsabilisés.

Une Corona-Warn-App est disponible depuis le 15 juin, et 2 jours après, elle avait déjà été téléchargée 6 millions de fois. Elle fonctionne sur un système de connexion Bluetooth, anonyme, décentralisée, sans géolocalisation, si bien que l'ordre fédéral des avocats a déclaré qu'elle pouvait être utilisée par les avocats sans risque de porter atteinte au secret professionnel.

**Conclusion : PROPOS LIBRES**

En cette période de crise, transparence et démocratie des institutions allemandes, décentralisation, séparation des pouvoirs et sens du compromis ont montré leur grande pertinence.

## TITRE II. LES PERSONNES MORALES.



CONTRIBUTIONS : Rapport - 08.04.20 - Par le CARDH

### **A. Rapport sur la situation à Haïti au regard des engagements internationaux.<sup>289</sup>**

Le Centre d'analyse et de recherche en droits de l'homme (CARDH) qui est une organisation de la société civile haïtienne à but non lucratif, qui a pour mission de contribuer au respect et à la promotion des droits et des principes postulés par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), a établi un rapport : « *Covid-19, état d'urgence mondiale limité par les droits humains Haïti : non-respect des principes de droits humains et de bonne gouvernance* ».

La pandémie de Covid-19 a entraîné la déclaration d'état d'urgence mondial, en raison des importants dégâts humains qu'elle a causé et de sa propagation exponentielle. Cette situation a poussé les États à prendre des mesures drastiques, dont bon nombre sont attentatoires aux libertés fondamentales. Si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 4), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 27) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 15) reconnaissent la légitimité des mesures attentatoires restrictives des droits et libertés fondamentaux en cas de « menaces exceptionnelles », les États sont tenus de les entourer de garanties procédurales suffisantes et de les limiter par les droits intangibles et les obligations imposées par le droit international.

**Ce rapport analyse les circonstances dans lesquelles les États contractants parties peuvent déroger à certaines obligations que leur impose le droit international des droits de l'homme. L'analyse conclut que le comportement de l'État haïtien, dans sa réponse à l'urgence sanitaire, ne se conforme pas à ces obligations.**

<https://cardh.org/2020/04/08/Covid-19-etat-durgence-mondiale-limite-par-les-droits-humains/>

---

289 - Ce Rapport a été retenu, notamment, en raison de la présentation qu'il fait des circonstances dans lesquelles les États contractants parties peuvent déroger à certaines obligations que leur impose le droit international des droits fondamentaux, dans le cadre d'une alerte sanitaire devenue mondiale. Outre que l'on ne parle jamais assez d'Haïti, lorsqu'il s'agit de sa situation sanitaire ou de celle relative aux droits fondamentaux.



Documents ATD Quart Monde - Situations constatées Coronavirus – mars 2020

## **B. Comprendre quelles sont les conséquences du Coronavirus et des mesures prises pour lutter contre l'épidémie sur les personnes et les familles les plus pauvres.**

*À partir des écrits reçus par les membres du mouvement. Du 16 au 31 mars 2020.*

*(Les éléments en vert foncé sont ceux récoltés après le 27 mars)*

### **LES PERSONNES AVEC LESQUELLES NOUS CHEMINONS.**

L'extrême pauvreté, se situe à 40 % du revenu médian, soit 684 euros par mois. Quelques 2,2 millions de personnes vivent avec moins dans notre pays.

– Allocataires des minima sociaux - Personnes ayant renoncées à demander les prestations auxquelles elles ont droit (non recours) - Personnes qui alternent périodes de travail précaires et chômage, en CDD, intérimaires, en formation, apprentis, en entreprise d'insertion - Personnes vivant en centres d'hébergement - Personnes mal-logées : logements indignes - Personnes sans domicile - Personnes migrantes - Familles dont les enfants sont placés - Personnes vivant en campements ou en bidonvilles (y compris celles invisibles qui se « débrouillent seuls » habituellement et ne sont pas repérées par les maraudes). Globalement, pour ces personnes il existe beaucoup d'interrogations, et aussi d'incompréhensions avec parfois un sentiment d'incohérence des décisions/injonctions, les concernant.

### **L'IMPACT NÉGATIF DES MESURES CONTRE L'ÉPIDÉMIE DANS LES DOMAINES SUIVANTS.**

#### **1. La santé.**

- Certains sont désespérés du fait de ne pas avoir de médecin traitant.
- De nombreuses personnes du Quart Monde sont en mauvaise santé et se sentent vulnérables.
- L'arrêt des traitements pour les soins longue durée comme la rééducation inquiètent.
- La question des populations en difficulté psychique est inquiétante, l'angoisse de la situation de confinement s'ajoutant à une situation déjà complexe en temps ordinaire.
- Le fait de ne plus pouvoir appliquer les règles/injonctions de prévention où les conseils d'hygiène de vie (marcher...) est destabilisant.
- Les fake news partagées sur les réseaux sociaux sont source d'angoisse.

#### **2. La prise en charge médicale.**

##### *L'inquiétude sur l'accès aux soins quand on n'a pas de couverture maladie.*

Les familles que nous accompagnons font partie de celles qui vivent dans la grande pauvreté, c'est à dire bien au-dessous de seuil de pauvreté. À la peur liée à la pandémie elle-même, s'ajoute **la peur des impacts des mesures pour des personnes qui vivent habituellement dans la survie et au jour le jour.**

– Inquiétude pour tous ceux qui ont des maladies chroniques, cœur, diabète, cancer etc. Addictions, tabac, drogue, psychiatrie... plusieurs accueils sont fermés.

- Les personnes bénéficiant de la C2S<sup>290</sup> sont bien prises en charge.
- Un membre alerte sur les refus de soin que les plus pauvres peuvent expérimenter faute de posséder un dispositif suffisant de prise en charge des soins : « *Un médecin a refusé de recevoir un bénéficiaire de la CMUc du fait qu'il n'habitait pas le même département...* ».
- Certains se demandent s'il y aura un tri à l'entrée du système d'urgence qui sera mis en place pour ne faire rentrer que les personnes avec une couverture santé ?
- Les CPAM ne répondent plus au tel.
- Crainte que les médecins généralistes n'acceptent plus que les patients qui ont des systèmes de prise en charge des soins élaborés et efficaces (exemple préoccupant de demandeurs d'asile qui ont été déboutés mais n'ont pas eu le temps de finaliser leurs démarches pour demander l'AME. Peur de se retrouver sans aucune couverture santé).

### **3. La vie quotidienne et l'accès aux droits.**

- La fermeture des services administratifs, les démarches qui ne sont plus réalisables qu'en ligne font craindre des ruptures de droits chez des personnes qui ont un accès limité aux outils numériques ou qui les maîtrisent mal. Rendez-vous annulés ;  
*Un jeune n'a pas reçu sa garantie jeune : sa référente a répondu qu'ils n'arrivaient pas à joindre les services de l'État qui doivent verser la garantie.*  
*Une jeune avait rendez- vous à la CAF mais la CAF était fermée => pas de RDV. Contact par téléphone seulement).*
- Certaines CAF appellent les personnes pour traiter les dossiers, mais si le nom de la personne n'apparaît pas, elle ne laisse pas de messages, et elles n'appellent que 2 fois.
- Incertitude pour ceux qui viennent de faire une demande de RSA, que le dossier ne soit pas traité rapidement.
- Les gens auront toujours accès à la borne de la CAF mais ne savent pas s'il y aura quelqu'un pour les aider s'ils ont besoin.
- Des répondants des administrations qui ne sont pas à jour. Ils mettent en attente (cout de communication), ne disent pas qu'ils sont fermés.
- Le recours restreint aux assistant.e.s sociaux. (téléphone ou mail...).
- Fermeture des centres sociaux. C'est là entre autre qu'on aurait pu imprimer les devoirs des enfants.
- Fermeture des missions locales pour les jeunes. (arrêt des recherches de stages).
- Question du lien par téléphone : la plupart des personnes que nous connaissons ont des téléphones à carte avec un nombre d'unités limitées, soit de petits forfaits.

### **4. L'accès à la nourriture.**

- Distributions alimentaires : Fermeture dans certaines régions des restos du cœur et épiceries solidaires (souvent tenues par des retraités vulnérables).
- Inquiétude face aux rumeurs qui disent que les restaurateurs et cantines scolaires vont jeter la nourriture. (Situations inconstantes en fonction des régions. Après 15 jours, les distributions sont encore totalement gelées).
- Beaucoup de bureaux de poste fermés empêchent le paiement des factures par règlement postal, en absence de carte de paiement, et pour ceux qui sont payés en espèces. Impossible de retirer de l'argent liquide sans carte bancaire. (comment toucher le RSA ?).

---

290 - Complémentaire santé solidaire entre en vigueur le 01.11.2019, née de la suppression de l'aide au paiement d'une complémentaire santé (ACS) et de l'extension de la couverture maladie universelle complémentaire (CMU-C).

- L'obligation de fournir une attestation pour sortir de chez soi : ou la trouver quand on n'a pas d'ordinateur/internet ? Quand on n'a pas de quoi imprimer ? Ou quand on ne maîtrise pas bien la lecture ou l'écriture... Risque que les personnes ne sortent plus même pour se faire soigner. **Des commerçants font payer les attestations.**
- Comprendre les instructions quand on ne parle pas le français.
- La question des personnes sous tutelle dont les tutelles ni ne se déplacent, ni ne reçoivent.
- En milieu rural personne ne s'arrête plus prendre un autostoppeur.
- Crainte que les transports cessent et ne plus pouvoir aller faire les courses.
- Dans certains territoires les tickets ne sont plus vendus par les chauffeurs. Il faut les acheter aux bornes, ce qui pose problème pour les personnes ne possédant pas de cartes bleues.
- Des situations sans aucune solution où les moyens de l'écoute et du traitement de la situation sont irréels : se parler à un mètre sur un trottoir.
- Les dépenses non prévues, comme le paiement des repas de midi pour pallier l'absence de cantine scolaire.
- Le choix impossible entre faire des courses d'avance et payer le loyer ou les charges. Risque de se trouver en situation d'impayé. Il faut aussi penser à ceux qui n'ont pas pu faire de réserves parce que ce n'était pas la fin du mois, mais le 14 « on a moins de sous ».
- Risque d'interdit bancaire. Peur des agios.
- Faire face aux besoins immédiats pour payer le loyer, les charges.
- Interrogations très vives quant aux conséquences que la crise aura sur les revenus, la situation.
- Un membre du mouvement signale une augmentation anormale de certains produits de 1<sup>re</sup> nécessité (notamment au niveau alimentaire) dommageables aux plus pauvres.
- L'obligation d'aller dans les boutiques de proximité, plus cher.

#### **5. Les inégalités face au confinement.**

- Confinement assez inégal en fonction des lieux. Risque d'une attitude plutôt de « répression » que de « pédagogie » de la part des policiers confrontés à des jeunes qui ne respectent pas le confinement. Les amendes risquent d'être très injustes. + Risque de monter les gens les uns contre les autres.
  - Certains élus commencent à blâmer/accuser publiquement les habitants de certains quartiers car ils ne respectent pas les règles de sécurité. La tension monte entre les forces de l'ordre, soutenues par une partie des citoyens de la ville, et les habitants (souvent des jeunes) de certains quartiers.
  - Amertume face aux dénonciations par ceux qui sont confinés dans de bonnes conditions.
- Que peuvent faire les gens qui sont en dehors de tous ces canaux d'aide ?
- **Certains posent la question des jardins partagés dont l'accès est interdit sans entretien minimal des parcelles. D'autres ont des règles d'accès très floues avec risque de verbalisation.**

#### **6. Les moyens d'existence.**

Les consignes sanitaires ne sont pas adaptées à la temporalité des plus pauvres : qui ont besoin de prendre le temps pour comprendre et s'informer.

##### **■ Pour les personnes sans domiciles : absence de refuges.**

- Fermeture d'accueils de jours (manque de bénévoles, manque de personnels disponibles, manque de masques...).
- Fermeture des bibliothèques qui sont des lieux repères et des importants pour ces personnes, y compris pour recharger les téléphones.
- Fermeture des gares.
- Manque de lieux pour charger les portables.

- Fermeture de sanitaires publics, des parcs et des fontaines publiques.
- Raréfaction des distributions de nourriture, des endroits pour se doucher.
- Crainte d’être contaminés en se rendant dans les lieux de distribution qui fonctionnent encore.
- Dans certaines villes les personnes sans domicile sont devenues invisibles, ont déserté les centres villes (exemple : fermeture de parkings souterrains dans lesquels ils se refugiaient pour la nuit), dans d’autres au contraire ils sont plus visibles, car sans masques, assis, à attendre, seuls.
- Les endroits stratégiques pour leur survie sont rares.
- Difficulté de pouvoir aller dans les supermarchés pour acheter de l’eau.
- Aggravation de la stigmatisation : Suspicion des autres personnes sur ces personnes : « *On s’éloigne de nous comme si on était des poubelles* ».
- Difficulté pour faire la toilette, se laver les mains...
- Crainte qu’on leur propose une solution de confinement collectif.
- Verbalisations de personnes sans abri.
- Le 115 est chargé d’appeler les gens qui se trouvent sur leurs listes pour leur proposer des solutions d’hébergements. Cependant beaucoup de personnes sans domicile ne sont pas sur les listes du 115 car ils ont cessé d’aller dans les hébergements d’urgence.
- Des militants interpellent sur les mesures de « parcage » dans les centres d’hébergement qui rappellent des heures sombres de l’histoire. Il relève le paradoxe : d’habitude on nous expulse, là on nous oblige à rester. (*Une personne sans logement qui fait des livraisons à vélo a peur d’aller dans un centre et de pouvoir en sortir pour travailler*).

#### ■ À propos des familles Roms.

Dès l’annonce du confinement certaines sont rentrées en Roumanie. (Val d’Oise, Montreuil). À Montreuil 60 % des personnes vivant en bidonvilles sont parties (aussitôt les services municipaux ont nettoyé les terrains).

#### 7. Le logement, la vie familiale.

- Nous nous inquiétons des **ruptures de droits de visites pour les enfants placés** (même problématique que pour les personnes âgées dans les EPHAD). *Nous travaillons cette question avec les juristes du mouvement (NDLR).*
- Certains saluent la trêve hivernale, quand d’autres se demandent pourquoi, s’il est possible de la reculer de deux mois, on ne peut pas attendre plus longtemps avant de mettre les gens dehors.
- **La question de l’exiguïté ou de la surpopulation des logements alors que les enfants vont devoir rester chez eux est très importante.**
- **Annulation des commissions d’attribution de logements.**
- Certains saluent la trêve hivernale, quand d’autres se demandent pourquoi, s’il est possible de la reculer de deux mois, on ne peut pas attendre plus longtemps avant de mettre les gens dehors.
- Le risque de voir une diminution du nombre ou un turn over des personnes pour encadrer les enfants dans les foyers de l’enfance, en raison d’éventuels arrêts maladie. (Particulièrement préjudiciables aux enfants dans cette période où ils auraient au contraire besoin de continuité dans les relations et de réconfort). Les suivis psychiatriques plus assurés.
- Ailleurs, signalé par des travailleurs sociaux : les enfants qui vivent dans un environnement familial préoccupant sont renvoyés chez eux, les mesures de placement sont suspendues.
- Des éducateurs appréciés qui ne viennent plus dans les familles.
- Risque que le confinement soit un « terreau propice » au renforcement des violences intrafamiliales et de drames.

**8. L'éducation.**

- Peur que les inégalités se creusent, au détriment des plus précaires.
  - Crainte de faire moins bien qu'un parent qui a fait des études ou que les enfants de professeurs.
  - Des parents sont d'accord pour soutenir leurs enfants. Pour certain ça ne leur pose pas de problème. Pour d'autres, la peur de ne pas comprendre ce qu'on demande aux enfants et de ne pouvoir les aider. Trop déconnectés de ce que les enfants apprennent.
  - Comment assurer la « continuité pédagogique » en famille quand manquent les moyens numériques de communication, ou la maîtrise de ces moyens, dont les médias parlent comme s'ils étaient entièrement généralisés ? Inquiétude aussi pour ceux qui ne sont pas familiarisés.
  - Des enseignants qui demandent de scanner les devoirs pour les leur envoyer par mail... Nécessité d'avoir un scanner.
  - La plupart des enfants n'ont comme support que leur téléphone (petit écran). Et la possibilité de faire des photos de leurs devoirs.
  - Inquiétude que les cours se fassent en ligne pour ceux qui n'ont pas d'ordinateur. Ou pour ceux qui ont un ordinateur mais pas de connexion.
- Certains sont en zone blanche et n'ont pas le téléphone. Ils ont l'ADSL, mais une saturation est à craindre si tous les jeunes travaillent ensemble. D'autres craignent que cette situation où on ne peut faire face, génère de la violence dans la famille.
- Le refus de certains collègues de donner aux jeunes des versions papier des documents.
  - Fin du soutien scolaire.
  - Coût du forfait téléphonique en cas de partage de connexion pour ceux qui n'ont pas internet. Certains ont des forfaits téléphoniques limités et qui coûtent cher en cas de dépassement.
  - Coût du papier et de l'encre des imprimantes maison.
  - Comment assurer à son enfant un climat de travail serein dans un logement trop petit, ou surpeuplé, ou insalubre, ou très précaire ?
  - Comment éviter qu'au bout de toutes ces semaines de confinement le fossé ne se soit pas encore plus creusé entre ces enfants et ceux dont les familles auront pu faire « l'école à la maison » ?
  - Comment faire face au travail scolaire pour les enfants obligés de garder leurs petits frères et sœurs (enfants de personnels précaires d'aide à la personne qui n'ont pas de moyens de garde).
  - Par ailleurs pour les Écoles de la Seconde chance : pas de suivi pendant le confinement. Certains syndicats disent : « *on reprendra l'école où on l'a laissée pour ne pas créer d'inégalités* ».
  - Les inscriptions à parcours sup fixé au 2 avril, alors que les jeunes n'ont plus accès aux ordinateurs des lycées, bibliothèques etc. pour être au calme, et n'ont plus d'aide des professeurs. (*Il semble qu'un report de 8 jours soit prévu, mais pas suffisant ndlr*).
  - **Après 15 jours de confinement des enfants n'ont eu aucune nouvelle de leur école.**

**9. Le travail.**

- Aucune des personnes dont nous avons des nouvelles à ce jour n'est concernée par le télétravail.
- Interrogation sur les conditions de contreparties à l'arrêt de travail pour les travailleurs précaires et chômeurs, ceux en CDD, les intérimaires, les personnes en formation, les apprentis, CESU... Difficulté de croire qu'en restant chez soi on soit payé 100 %. Si on n'est payé que 70 %, c'est une catastrophe, on ne peut pas s'en sortir. Crainte de perdre la prime d'activité.
- Inquiétude pour ceux qui ont un travail et doivent garder les enfants à la maison. Peur que prendre l'arrêt de travail légitime proposé pour garde d'enfants, ne se retournent contre eux et qu'ils perdent leur emploi.
- Certains font appel aux enfants âgés pour garder les petits (cf. impact sur éducation) pour aller travailler.

- Manque d'information pour ceux qui font de l'aide à la personne : doivent-ils y aller ? Quelles mesures prendre ? Combien seront-ils payés s'ils arrêtent ?
- Crainte de ceux qui démarrent une formation.
- Les moyens d'existence pour ceux qui ont un travail informel (ferraille), journalier (marchés), ou ceux qui vivent de la mendicité, ou font les poubelles, ou travaillent au noir.

#### **10. La justice.**

- Question de la continuité des services de l'État : des échéances judiciaires repoussées => sentiment d'impunité ? Les rendez-vous avec les juges, les psy. et autres professionnels s'annulent tous les uns après les autres, et le risque d'être mis en prison (CEF, EPM, etc.) ou en foyer diminuent aussi, les jeunes concernés s'en réjouissent.

#### **11. La préoccupation de celles et ceux qui cheminent avec les plus pauvres.**

C'est la question de l'obligation du confinement de celles et ceux qui viennent en aide aux populations défavorisées (accompagnement, distributions). Pour certains, quand il s'agit de besoins vitaux, elles devraient bénéficier de dérogation. Elles devraient non seulement être autorisées mais même réquisitionnées, et avoir des moyens de protection.

Après 15 jours de confinement, les personnes jointes régulièrement par téléphone expriment le désir de liens collectifs plutôt qu'individuel et de pouvoir réfléchir avec d'autres sur « l'après crise » (nécessité de conf tel ou WhatsApp).

Attention que l'État ne se repose sur les associations.

**Et toujours cette question chère à ATD : on nous dit que les acteurs se coordonnent se réorganisent, mais qui implique les premiers concernés dans leur réflexion ?**



UNAPEI - Rapport – juin 2020

### **C. Les personnes en situation de handicap et leurs familles : oubliées d'une crise ou d'un système ?**

**Les personnes en situation de handicap et leurs familles : oubliées d'une crise ou d'un système ?**

#### **INTRODUCTION**

« *Les personnes en situation de handicap sont les plus touchées par les mesures prises pendant la crise. Les États doivent prendre des mesures supplémentaires pour faire participer les personnes en situation de handicap à la réponse au Covid-19 et adapter les plans pour répondre à leurs besoins.* » Michelle Bachelet, Haut-Commissaire aux droits de l'homme, 1<sup>er</sup> mai 2020

À l'heure où la France et ses concitoyens se « déconfinent », millions d'entre eux resteront marqués par la crise sanitaire. Comme cela a pu être mis en évidence par de nombreux acteurs, les semaines de confinement ont été sources de difficultés pour nombre d'individus à travers le monde.

Si les personnes en situation de handicap sont exposées comme le reste de la population au virus Covid-19, il faut d'ores et déjà souligner que l'impact des mesures liées au confinement a favorisé les risques d'isolement social et d'accès aux biens et droits fondamentaux. D'autre part, les personnes en situation de handicap étant plus exposées aux risques de pauvreté, la crise sanitaire Covid-19 les a plus fortement impactés. Il est à craindre que la crise économique qui suivra, les touchera également plus sévèrement. La présente contribution ne prétend pas énumérer l'ensemble des situations et problématiques auxquelles ont été confrontées les personnes en situation de handicap et leurs familles pendant la crise. Cependant, en tant que réseau associatif présent sur l'ensemble du territoire français et représentant 900 000 personnes, nous constatons des situations récurrentes qui traduisent des oublis dans la gestion de la crise, mais aussi des erreurs et des manquements plus durables de l'État français envers des millions de citoyens français.

#### **BARRIÈRES COMPORTEMENTALES - ENVIRONNEMENTALES ET MESURES DE CONFINEMENT**

Pour les personnes en situation de handicap intellectuel accompagnées ou non par des établissements médico-sociaux, ainsi que les personnes sous protection juridique, les mesures de restrictions publiques qui se sont imposées pendant le confinement ont généré de nouveaux obstacles empêchant pour certains l'exercice de leurs droits.

Ainsi, du point de vue des majeurs protégés, selon leurs propres témoignages, les difficultés ont été très nombreuses. Comme cela a pu être également évoqué par d'autres collectifs associatifs et institutions, la fermeture des guichets de poste et de banque, notamment en milieu rural a rendu très difficile le retrait d'espèces pour un public qui n'est pas forcément autorisé à bénéficier d'une carte bancaire. Les associations tutélaires ont joué un rôle d'alerte sur ces situations où le droit à l'alimentation a été menacé notamment face à des commerces d'alimentation qui ont refusé les paiements en espèces. Le Défenseur des droits est notamment intervenu rappelant au gouvernement mais aussi aux acteurs de la distribution et des commerces de proximité que le paiement en espèces ne peut être refusé notamment pour garantir aux majeurs protégés et aux personnes en situation de précarité d'accéder aux achats de première nécessité.

Certaines personnes en situation de handicap psychique, cognitif ou intellectuel ont, d'une part, rencontré des difficultés à comprendre la situation et les modalités parfois complexes du confinement. De ce fait, nos associations ont pu constater que des personnes en situation de handicap sortant sans l'attestation adéquate s'étaient vu imposer des sanctions pour violation des mesures de confinement. Par conséquent, certaines personnes ont commencé à cumuler des amendes forfaitaires, ce qui en raison de leur situation financière souvent fragile (notamment en raison du montant des prestations sociales) peut s'avérer très problématique.

D'autre part, les forces de l'ordre ne sont pas toujours formées pour ces situations et pour comprendre leurs difficultés spécifiques. Même si des partenariats peuvent exister, il est possible de constater à travers cette crise, qu'ils ne sont pas suffisamment sensibilisés dans le cadre de leurs fonctions aux situations particulières que peuvent générer un handicap intellectuel.

Le développement, à l'initiative des associations, de l'attestation de déplacement dérogatoire en Facile à lire et à comprendre (FALC) a cependant permis à nombre de personnes présentant des difficultés de compréhension de mieux intégrer les mesures de confinement.

Cependant, une nouvelle fois, certaines personnes ont pu rencontrer des problèmes en présentant cette version en FALC auprès des forces de l'ordre. Le Secrétariat d'État chargé des personnes handicapées, après alerte de la société civile, a dû rappeler que cette version était valide et officielle pour attester d'un déplacement dérogatoire. Ce décalage illustre à nouveau que l'accessibilité cognitive mais plus généralement l'accessibilité universelle n'est pas pensée en amont de la production des dispositifs gouvernementaux pourtant déterminants en période de crise.

L'accessibilité a également été déterminante pendant le confinement en ce qui concerne le suivi éducatif et scolaire des enfants et adolescents. Ces derniers ont pu être plus ou moins fortement impactés par les mesures de confinement et donc par l'arrêt des cours et accompagnements en présentiel. Pour les enfants en situation de handicap suivant une scolarité à « l'école ordinaire » des problématiques ont pu émerger concernant l'accessibilité des contenus pédagogiques fournis à distance. La digitalisation des contenus éducatifs met aussi en exergue la problématique de l'accès au numérique et plus spécifiquement met en évidence les disparités territoriales dans l'accès à internet haut débit et autres services de technologies pour l'ensemble des citoyens français.

De même, le manque d'accès au haut débit est venu compliquer les communications entre proches et personne vivant en établissement médico-social, qui en raison du confinement ont été séparées pendant de nombreuses semaines. Ces situations ont été source de tristesse, de dégradation de la situation de santé et bien entendu d'isolement.

Pour les enfants en situation de handicap accompagnés par des établissements spécialisés, les difficultés ont également été présentes puisque l'accompagnement à distance ne remplace pas l'accompagnement présentiel, source de socialisation pour les personnes concernées. De plus, malgré l'accompagnement partiel des professionnels à distance, l'intensité et les spécificités de l'accompagnement d'un enfant en situation de handicap combiné aux inégalités sociales et/ou aux obligations professionnelles auxquelles font face les parents, font que certaines d'entre elles n'ont pas été en capacité d'apporter des solutions scolaires et éducatives à leurs enfants. Certains enfants en situation de handicap ont régressé, ceci ayant des impacts sur leurs parcours pour les mois à venir.

De manière générale, nous constatons que les difficultés rencontrées par les personnes en situation de handicap intellectuel mais aussi par leurs familles et proches ont souvent conduit à un manque d'accès aux biens fondamentaux et aux besoins de la vie quotidienne pendant le confinement.

Les démonstrations précédentes mettent surtout en évidence l'existence de barrières comportementales et environnementales dans la société présentes pour beaucoup bien avant le début de cette crise sani-

taire. Or, c'est bien l'interaction entre celles-ci et la personne en situation de handicap qui vient générer des difficultés quant à l'exercice des droits et provoquer des pertes de chance. Pourtant, il est possible d'avancer que la crise est singulière en ce qu'elle a mis en lumière ces barrières et renforcé des discriminations subies de tout temps.

### DISCRIMINATIONS ET CRISE SANITAIRE

La crise Covid-19 est par définition une crise sanitaire. Même si ses effets économiques, sociaux, etc. sont nombreux, le premier domaine impacté demeure la santé des personnes. Les personnes en situation de handicap ont été globalement atteintes par le virus dans les régions les plus concernées, comme c'est le cas pour le reste de la population française. Pourtant certaines personnes en situation de handicap intellectuel ont été fortement discriminées quant à l'accès aux services de soin durant le confinement.

Notre contribution traitant de l'impact du confinement pour les personnes en situation de handicap et leurs familles, il est important de décrire les situations vécues par les personnes en situation de handicap intellectuel vivant en établissements médico-sociaux. Étant donné que l'État français ne permet pas aux personnes en situation de handicap de choisir leur lieu de vie, l'internat en établissement est une réalité pour des personnes en situation de handicap intellectuel nécessitant un accompagnement parfois complexe. Les professionnels du médico-social ont œuvré pendant des semaines parfois sans aucune protection pour permettre une continuité des accompagnements.

Comme évoqué précédemment, un des points les plus dramatiques de notre constat, et la discrimination sûrement la plus criante de cette période concerne la discrimination à l'accès aux soins et aux services de réanimation. La question du tri des patients s'est posée dès le début de la crise lorsque les instances se rendent compte que les ressources médicales pourraient s'avérer insuffisantes pour faire face à une augmentation des cas dits sévères de corona virus. Des recommandations régionales d'Agence régionale de santé d'Ile-de-France en date du 20 mars portant sur la « *Décision d'admission des patients en unités de réanimation ou de soins critiques dans un contexte d'épidémie de Covid-19* »<sup>291</sup> ont mis en évidence des critères de tri. Il est possible d'y lire les termes « fragilité clinique » mais aussi d'« état neurocognitif » pour mesurer la capacité d'un individu à recevoir des soins de réanimation pendant la crise.

Comme ont pu le relater certains médias, des établissements médico-sociaux ont reçu des « invitations » à ne pas participer à la saturation des hôpitaux et à « *gérer au sein des foyers les cas présentant des formes sévères et critiques non intubables* ».

L'Unapei, en lien avec le Collectif Handicaps, avait dès le 30 mars dernier fait part de ses inquiétudes quant « *à l'idée d'un tri des patients à l'arrivée aux urgences et parfois en amont même par les services du 15 pour les personnes accueillies en établissement* ». Le communiqué de presse du Collectif se faisait l'écho des alertes des établissements médico-sociaux et des situations de difficultés d'accès aux soins vécues par des personnes dans les territoires les plus affectés par le virus.

Les remontées ont été très alarmantes avant le 4 avril dernier, date de l'intervention sur le sujet du Ministre de la Santé, Olivier Veran. Ce dernier, accompagné de la Secrétaire d'État en charge des personnes handicapées, Sophie Cluzel, a réagi en insistant sur le fait que « *le handicap ne doit pas être un critère de refus de soins, que l'on parle d'une hospitalisation simple ou d'une réanimation* ».

À la suite de cette conférence de presse, les associations sont restées vigilantes car ces situations ont bien été vécues par les personnes et pouvaient facilement se reproduire à nouveau avec l'évolution de la crise.

291 Agence Régionale de Santé Île-de-France, Recommandations régionales Covid-19, « *Décision d'admission des patients en unités de réanimation ou de soins critiques dans un contexte d'épidémie de Covid-19* » 19/03/2020, document consulté suite à l'article de Marianne Skorpis « *Les personnes handicapées, les autres invisibles de la crise sanitaire* » pour ARTE <https://www.arte.tv/sites/story/reportage/les-personnes-handicapees-les-autres-invisibles-de-la-crise-sanitaire/>

Plus généralement, la crise a mis en évidence les difficultés d'accès aux soins pour les personnes en situation de handicap. Nous avons alerté très tôt sur la nécessité pour les personnes en situation de handicap de pouvoir bénéficier de soins courants rapidement afin que les manques en santé accumulés pendant la période soient comblés au plus vite. La crise n'est pourtant pas la seule responsable des obstacles et discriminations connues par les personnes en situation de handicap quant à l'accès aux soins de droit commun.

Les enfants en situation de handicap ont également subi des discriminations pendant le confinement, des discriminations qui ont perduré sur la période de « déconfinement » avec la reprise scolaire. Mi-mai, alors que le gouvernement avait annoncé que les élèves à besoins éducatifs particuliers et notamment les enfants en situation de handicap devaient avoir accès de manière prioritaire à la reprise scolaire, la réalité vécue par les élèves et leurs parents est tout autre. Partout en France, des refus de retour à l'école sont à déplorer. Ces refus ont souvent été justifiés par des problèmes organisationnels ou de ressources humaines mais aussi parfois par des préjugés conduisant à des discriminations inacceptables. Il était donc urgent de mettre en œuvre les déclarations politiques sur l'école inclusive de manière effective et concrète pour la période post-Covid.

Cependant, il ne faut pas oublier les milliers d'enfants encore exclus du système éducatif qui, bien avant la crise, n'avaient toujours pas accès à des solutions éducatives adaptées à leurs besoins et aspirations. Ceux-ci ne peuvent toujours pas exercer leur droit fondamental à l'éducation en raison d'un système encore trop marqué par une dichotomie des voies éducatives, notamment pour les enfants les plus lourdement handicapés, mais surtout marqué par une absence de solutions d'accompagnement adaptées, de ressources et de formation adaptée.

Crise ou système : les manquements à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)

La pandémie Covid-19 a impacté les peuples du monde entier. En tant que crise épidémique, elle s'inscrit dans les événements mobilisant les pouvoirs publics mais aussi les travaux d'organisations internationales et les engagements internationaux des États membres. Des textes juridiques viennent même prévenir les impacts des crises humanitaires et naturelles. Ainsi, l'article 11 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) dénommé « *Situations de risque et situations d'urgence humanitaire* » vient rappeler que les États doivent adopter « *toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées dans les situations de risque, y compris les conflits armés, les crises humanitaires et les catastrophes naturelles* ».

Qu'en est-il alors de l'application dans les faits de cet article ? Sur le respect de l'article 11 CIDPH, globalement le gouvernement français n'a pas su protéger les personnes en situation de handicap face aux nombreuses discriminations dont elles ont souffert durant le confinement. L'État n'a pas réussi à aplanir les barrières comportementales et environnementales présentes bien avant la crise mais renforcées par celle-ci.

De même, la non-reconnaissance du secteur médico-social comme secteur prioritaire dans la distribution de matériel de protection, dans le premier temps de la crise, a généré des contaminations parmi les professionnels et personnes accompagnées et a surtout généré un sentiment d'abandon pour celles et ceux qui accompagnent les personnes en situation de handicap intellectuel.

Cette crise sanitaire est révélatrice des manquements de l'État français quant à l'application de la CIDPH et plus généralement des manquements des décideurs à adopter une approche fondée sur les droits dans les politiques publiques à destination des personnes en situation de handicap et de leurs familles. Avec le recul dont nous disposons désormais, apparaît pourtant un constat amer et ancien : les personnes en

situation de handicap sont les oubliées d'un système qui ne prend pas en compte la pluralité des situations, la diversité des besoins et des aspirations de chaque personne et de sa famille.

Dix ans après la ratification par la France de ce traité international, force est de constater que l'écart entre les dispositions de la Convention et les réalités vécues par les personnes en situation de handicap et leurs familles, ne s'est toujours pas réduit.

Comme le rappelle la Commission de suivi des Conventions internationales du Conseil national consultatif des personnes (CNCPH), l'application des dispositions de la Convention aurait cependant permis d'anticiper, ou tout du moins de réduire, l'impact des mesures prises dans le cadre du confinement pour les personnes en situation de handicap et leurs familles.

Alors que la crise économique qui succèdera à la crise sanitaire frappera très certainement durement les publics déjà en fragilité sociale, nous ne pouvons que craindre qu'elle compromette davantage l'accompagnement des personnes en situation de handicap qui en auraient besoin comme celles en attente de solution.

Si la résilience est une caractéristique de beaucoup de personnes en situation de handicap et de leurs familles, les pouvoirs publics français ne peuvent cependant pas se dérober à leurs obligations internationales imposant le respect des droits fondamentaux de celles et ceux-ci, que ce soit en temps de crise ou d'accalmie.



UIA-IROL - Rapport - juin 2020

## D. La liberté d'expression à l'épreuve des réponses gouvernementales au Covid-19

### INTRODUCTION

L'apparition de la crise sanitaire et l'adoption des mesures diverses visant à limiter la pandémie ont amené instinctivement tout un chacun à se préoccuper d'abord de l'accès aux soins de santé et du respect des droits qui y sont liés ainsi que des conséquences, sous de nombreux aspects de la vie quotidienne, des entraves mises à la liberté de circulation.

Très vite néanmoins, la question de la protection de la liberté d'expression est apparue en filigrane d'une série de problématiques liées à la survenance de la crise sanitaire et ses conséquences sociales, économiques, professionnelles, culturelles, sécuritaires.

Les mesures prises par le gouvernement chinois à l'égard du médecin Li Wenliang<sup>292</sup>, accusé de perturber l'ordre social pour avoir été un des premiers à alerter sur l'émergence du virus, ont choqué une opinion publique qui a progressivement pris conscience des enjeux d'une information transparente sur le développement d'une maladie non encore qualifiée de pandémie mais déjà incontestablement destinée à se répandre sur l'ensemble du globe.

Une fois la stupeur des premiers moments passée, une réflexion critique a pu s'enclencher tant dans les opinions publiques qu'au sein des organisations internationales et régionales, sur le caractère approprié ou non des mesures adoptées par les autorités étatiques ou sur la pertinence de l'absence de telle mesures par des gouvernements restés trop longtemps sceptiques, voir dans le déni de la réalité de cette crise.

Après plusieurs semaines de mise à l'épreuve des politiques nationales de lutte contre la propagation du Covid-19, et avec une prise de conscience des conséquences que l'absence de liberté des médias dans un pays pouvait avoir eu sur des millions de personnes à l'autre bout du globe, la nécessité de protéger la diffusion des informations collectées par les cercles les plus informés (en particulier les scientifiques et médecins) auprès des victimes et des témoins des causes ou des conséquences de cette pandémie, à destination des décideurs politiques est apparue comme un combat qui ne pouvait pas se limiter au cercle des États connus pour leurs médiocres performances en matière de protection de la liberté d'expression. Il devait s'engager sans limitation de frontière, à l'image des moyens actuels de transmission de l'information, et avec une attention particulière sur les médias et individus dont la liberté d'expression était menacée.

À l'instar des journalistes, de nombreux défenseurs des droits de l'homme, dont des avocats, sont ciblés avec d'autant plus d'énergie aujourd'hui que leur combat se positionne aussi en critique des mesures prises pour lutter contre la pandémie et en raison des violations des droits fondamentaux qu'elles entraînent.

Comme l'a souligné le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression « *particulièrement face à une épidémie mondiale, une information circulante librement, à l'abri des menaces et de l'intimidation et des sanctions, protège la vie et la santé, permet et favorise un*

---

292 - Le Docteur Li Wenliang avait apparemment lui-même avec d'autres médecins, été alerté par le Docteur Ai Fen qui avait envoyé via le réseau social WeChat une photo d'un rapport accablant. Convoquée par un responsable de la discipline de l'établissement médical où elle pratiquait, elle fût accusée de « *répandre des rumeurs* », et de manquer à la « *discipline d'équipe* » et reçu l'ordre de se taire.

*débat et des décisions indispensables sur des questions sociales, économiques et politiques et d'autres grands enjeux* »<sup>293</sup>.

Dans cet article, nous examinerons, à lumière du droit international, la place de la liberté d'expression en temps de pandémie, aussi bien au vu de son interaction avec d'autres droits que comme caractère essentiel à préserver de manière adéquate et à intégrer dans la réponse donnée à l'urgence sanitaire. Enfin, nous aborderons le rôle des défenseurs et notamment les risques qu'ils encourent du fait de potentiels et réels abus des mesures d'exception à leur encontre.

### **LA LIBERTÉ D'EXPRESSION GARANTE DE LA PRÉSERVATION D'AUTRES DROITS MIS À MAL PAR LES CONSÉQUENCES DE LA CRISE SANITAIRE**

Le droit à la liberté d'opinion et le droit à la liberté d'expression constituent la base de l'exercice sans réserve d'un grand nombre d'autres droits de l'homme<sup>294</sup>.

L'article 19 (2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>295</sup> (« *le Pacte* ») définit la liberté d'expression comme un droit multidirectionnel (« *rechercher, recevoir et répandre* »), sans limitation quant aux opinions ou informations concernées, quelle qu'en soit leur qualité<sup>296</sup> (« *des informations et des idées de toute espèce* ») et quelle que soit la forme adoptée et le moyen de diffusion (« *sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* »).

Dans le contexte actuel, les droits protégés à l'article 19(2) doivent être analysés en conjonction avec ceux qui font l'objet de l'article 15 du Pacte relatif aux droits économique, sociaux et culturels, à savoir notamment la protection et promotion de la liberté académique et scientifique, y compris la liberté d'expression et la liberté de rechercher, recevoir et répandre de l'information scientifique<sup>297</sup>. Ces dispositions combinées garantissent bien le droit pour tout individu d'avoir accès et de partager l'accès aux développements scientifiques liés à la lutte contre le Covid-19 et impliquent l'obligation des États de permettre et protéger ce partage d'information.

Alors que nombre de gouvernements cherchent au nom de la santé publique, voire de la sauvegarde de l'ordre public, à restreindre la liberté d'expression dans les domaines de l'accès à l'information sur les données de santé publique et du partage d'information, le contrôle de conformité au droit international de ces mesures restrictives est déterminant.

Au vu de l'interaction entre la liberté d'expression et les autres droits consacrés par le Pacte, seules des restrictions ou réserves spécifiques relativement aux droits garantis paragraphe 2 de l'article 19 sont admises<sup>298</sup>. Stipulées à l'article 19(3), ces restrictions ne peuvent jamais être équivalentes à une réserve générale sur les droits énoncés dans le paragraphe 2. Elles ne peuvent en effet concerner que le respect des droits ou de la réputation d'autrui d'une part ou la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques d'autre part. Elles doivent être fixées par la loi et répondre aux exigences bien connues de la nécessité et proportionnalité. Elles doivent évidemment être compa-

---

293 - Pandémies et liberté d'opinion et d'expression. Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, A/HRC/44/49, § 6.

294 - Comité des droits de l'homme, Observations Générale n° 34 - Article 19: Liberté d'opinion et d'expression, CCPR/C/GC/34, § 4.

295 - Article 19(2) : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* ».

296 - Cette protection vaut toutefois sous réserve paragraphe 3 de l'article 19 et de l'article 20.

297 - Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations générale n° 25 (2020) sur la science et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/GC/25

298 - CCPR/C/GC/34, § 6.

tibles avec les dispositions, les buts et les objectifs du Pacte et notamment ne pas violer l'interdiction de discrimination<sup>299</sup>.

Un certain nombre d'États parties au Pacte ont informé le Secrétaire général des Nations Unies, conformément à l'article 4 du Pacte<sup>300</sup>, des mesures d'exception qu'ils ont prises ou envisagent de prendre en dérogation à leurs obligations au titre du Pacte pour enrayer la propagation de la pandémie<sup>301</sup>. Il convient de rappeler à cet égard les considérations du Comité des droits de l'homme sur l'importance pour les États d'éviter toute dérogation à leurs obligations en vertu de l'article 19, son paragraphe 3 prévoyant déjà des possibilités de restriction suffisantes au vu des besoins de protection de la santé publique<sup>302</sup>.

Alors que de nombreux États entrent dans une phase de déconfinement progressif et qu'une anticipation du retour « à la normale » s'opère, il est important que la pression soit maintenue sur les gouvernements pour une évaluation constante de la nécessité de maintenir les mesures restrictives de libertés. En effet, dès que disparaît l'objectif spécifique qui a justifié l'exception, les restrictions – ou dérogations- devront être levées. Il a été suffisamment répété dans le contexte actuel, comme précédemment dans le cadre de l'adoption de lois dites anti-terroristes, qu'il convenait de préserver les États de toute tentation de rendre permanentes des règles destinées à une application exceptionnelle et temporaire. Les mesures d'ordre restrictif ne peuvent en aucun cas et en aucune circonstance devenir la règle et le droit l'exception.

### LA PRÉSERVATION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION À L'ÉPREUVE DES OBLIGATIONS ÉTATIQUES EN MATIÈRE DE SANTÉ PUBLIQUE

La crise sanitaire actuelle a démontré le lien intime entre la liberté d'expression et la santé publique. Bien avant la survenance de la pandémie, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) avait averti sur l'importance d'une « *communication de risque* », à savoir une stratégie d'information faisant intervenir une communication bidirectionnelle qui soit dynamique et évolutive tout au long de l'épidémie. Les directives stratégiques et pratiques de l'OMS pour la communication sur les risques en situation d'urgence abordent notamment les défis majeurs et les conséquences en cas de lacunes dans la communication sur les risques lors d'une épidémie ou d'une autre urgence de santé publique<sup>303</sup>. Toutefois, ces directives restent lacunaires sur certaines questions essentielles à la sauvegarde de la liberté d'expression en période de pandémie comme notamment la garantie d'offrir aux professionnels de santé l'accès à toutes les informations disponibles, la question du contrôle de pertinence des informations offertes au public par les autorités, la question du contrôle de pertinence des informations diffusées sur les réseaux sociaux et toutes les plateformes de communication entre individus sur les questions de santé publique, qui sera traitée ci-après, ainsi que la mesure de cet accès aux informations au public, la restriction de cet accès a posteriori ou la limitation de leur diffusion et la question des obligations étatiques en terme d'éducation au sujet de la pandémie.

299 - CCPR/C/GC/34; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 29 sur l'article 4 (État d'urgence), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

300 - Article 4: « 1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. » 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. 3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

301 - Voir Comité des droits de l'homme, *Declaration sur les derogations au Pacte dans le contexte de la pandémie de Covid-19*, CCPR/C/128/2.

302 - CCPR/C/GC/34.

303 - Communication du risque pendant les urgences sanitaires- Directives stratégiques et pratiques de l'OMS pour la communication sur les risques en situation d'urgence, <https://www.who.int/risk-communication/guidance/download/fr/>

Les réponses à ces questions doivent s'ancrer dans le droit international et les gouvernements s'y appuyer pour définir leur politique en période d'urgence sanitaire mondiale

Au regard de la crise actuelle, les menaces posées à la liberté d'information en visent deux aspects : l'accès à l'information de santé publique d'une part et la liberté de diffusion des informations d'autre part. L'absence de conformité au droit international apparaît évidente face aux réactions disproportionnées des États traditionnellement peu transparents sur l'action publique qui réagissent par des mesures de restriction qui s'apparentent clairement à la censure, menacent ou poursuivent sous de faux motifs les journalistes ou défenseurs de la liberté d'information critiques quant à la gestion de la crise. De tels cas de figure ne sont toutefois pas les seuls à soulever la question de la conformité au droit international. Dans de nombreux États considérés comme respectueux ou relativement respectueux des droits fondamentaux, non pratiquant de la censure ou du muselage des défenseurs des droits de l'homme, la légalité et la proportionnalité de nombreuses mesures gouvernementales y sont largement mises en cause.

L'urgence sanitaire actuelle s'accompagne de ce que l'OMS a décrit comme une « *infodémie massive* ». Internet a été inondé d'information à la fois précises et fausses sur le coronavirus, situation parfois aggravée par les réactions incohérentes des autorités face à l'épidémie. Confrontés à la difficulté d'identifier et de mettre en œuvre d'urgence des réponses politiques appropriées, avec souvent une expertise limitée sur une maladie inconnue, certains gouvernements ont d'abord minimisé l'impact de la pandémie. D'autres ont envoyé des messages contradictoires concernant le comportement social approprié ou la minimisation des risques.

Un tel contexte est propice à l'adoption de mesures non seulement inappropriées mais en outre contraires au droit international en matière de restrictions à la diffusion des informations et donc à la liberté d'expression.

La lutte contre la désinformation est une entreprise particulièrement délicate, car tout recours à la loi pénale paraît en cette matière disproportionnée, alors l'expérience d'une pénalisation montre que ce recours n'atteint pas son objectif de modérer l'information, et dissuade au lieu de cela les personnes susceptibles de diffuser des informations potentiellement utiles.

Un projet de résolution adopté le 18 mai dernier et présenté à la soixante-troisième Assemblée mondiale de la Santé appelle les États membres de l'OMS « à fournir à la population des informations fiables et complètes sur la Covid-19 et sur les mesures prises par les autorités en riposte à la pandémie, et à prendre des mesures face à la diffusion d'informations fausses et trompeuses et aux actes de cybermalveillance »<sup>304</sup>.

Toutefois, le pouvoir discrétionnaire d'un gouvernement de décider de ce qui est correct et de ce qui est faux peut conduire à la censure. De la même façon, laisser ces décisions aux plateformes de médias sociaux dans un effort pour « interdire » la désinformation, sans aucun mécanisme de contrôle indépendant peut conduire aux mêmes violations.

La « désinformation » est une notion extraordinairement délicate à définir légalement, dont les représentants de l'exécutif sont susceptibles de tirer un pouvoir excessif.

Le risque d'une répression par les autorités de l'accès aux informations relatives à la pandémie génère par ailleurs une méfiance vis-à-vis de l'information institutionnelle en général et retarde l'accès à une information fiable<sup>305</sup>. Si les États ne doivent pas obliger les plateformes à ne diffuser que certaines opinions,

304 - Projet de résolution : « Riposte à la Covid-19 », A73/CONF/1 Rev.1.

305 - Déclaration commune publiée par des observateurs de la liberté d'expression de l'ONU, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme : « Covid-19: Governments must promote and protect access to and free flow of information during pandemic – international experts », 19 mars 2020.

ces dernières doivent de leur côté être particulièrement attentives à promouvoir le partage d'informations et de faits crédibles<sup>306</sup>.

Il est admis aujourd'hui que les réponses les plus efficaces à la crise ont inclus une communication transparente de la part des gouvernements qui doivent s'abstenir de cautionner, encourager ou relayer de déclarations dont ils savent ou devraient raisonnablement savoir qu'elles sont fausses (désinformation) ou révèlent un mépris flagrant pour l'information vérifiable (propagande).

Cette communication transparente est susceptible d'inclure des corrections et des clarifications au fur et à mesure que des informations supplémentaires sont disponibles sur le coronavirus et son impact, et entraînant potentiellement des changements dans les réponses des gouvernements. Une telle transparence améliore la confiance du public dans la gestion de la crise. Elle contribue également à réduire l'impact de la désinformation en favorisant un comportement responsable de la part du public.

### **LE RÔLE DES DÉFENSEURS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION AUJOURD'HUI ET « DANS LE MONDE D'APRÈS »**

L'intimidation des journalistes et défenseurs de la liberté d'expression pour la diffusion d'informations liées à la crise sanitaire se produit dans toutes les régions du monde. L'actualité a mis en évidence des cas graves d'attaques diverses à l'égard de lanceurs d'alerte (qu'ils soient médecins, journalistes<sup>307</sup>, avocats, fonctionnaires publics...) dans les Balkans, en Europe de l'est, en Asie, Amérique du Sud et en Afrique. Dans des contextes propices aux violations courantes des droits fondamentaux, la pandémie intervient comme prétexte pour étouffer davantage la critique et restreindre illégalement les droits humains via la labélisation de "fake news" d'informations gênantes dont la diffusion est parfois pénalisée. Or la pénalisation de la désinformation est dans tous les cas disproportionnée, en ce qu'elle n'atteint pas son objectif de modérer l'information et dissuade au lieu de cela les personnes de diffuser des informations potentiellement utiles.

Chen Qiushi, avocat chinois au franc-parler et journaliste citoyen, a signalé avoir été harcelé par les autorités après avoir posté des vidéos filmées dans les hôpitaux de Wuhan. L'éminent juriste et militant chinois Xu Zhiyong, pris pour cible depuis qu'il avait assisté à une réunion d'avocats et de militants des droits humains et qui a récemment critiqué le président Xi Jinping au sujet de la crise du coronavirus, a été récemment arrêté de même que Zhang Xuezhong poursuivi pour avoir critiqué publiquement la gestion de la crise par les autorités.

Aux Philippines, la « *loi sur l'effort commun pour guérir ensemble* » octroie des pouvoirs spéciaux au gouvernement pour poursuivre tout reporter ou tout média qui publierait une information qui déplairait à l'administration Duterte. En Iran, la crise sanitaire a intensifié les excès de désinformation du gouvernement. En Biélorussie, Hongrie et Pologne des mesures d'exception ouvertement contraires au droit international et aux normes européennes<sup>308</sup> permettent de poursuivre les défenseurs des droits de l'homme et journalistes. La Thaïlande offre un exemple effrayant d'utilisation abusive de la loi de 2019 sur la cybersécurité par l'exécutif et les autorités boliviennes ont instauré des sanctions pénales allant jusqu'à 10 ans de prison pour toute désinformation sur le coronavirus.

---

306 - Plusieurs entreprises de médias sociaux et de moteur de recherche ont pris des mesures énergiques pour remédier à la désinformation relative au Covid-19. Twitter a indiqué qu'il apposerait des labels et des avertissements sur les tweets contenant des informations fausses, trompeuses ou contestées sur le coronavirus. La mesure sera rétroactive et s'appliquera à tous les utilisateurs, y compris les responsables politiques, [https://blog.twitter.com/en\\_us/topics/product/2020/updating-our-approach-to-misleading-information.html](https://blog.twitter.com/en_us/topics/product/2020/updating-our-approach-to-misleading-information.html); voir également A/HRC/44/49 et références citées au paragraphe 51..

307 - RSF a lancé « *Tracker 19* » est un outil conçu pour évaluer les impacts de la pandémie sur le journalisme, <https://rsf.org/en/tracker19-Coronavirus-Covid19>

308 - La Biélorussie ou Bélarus n'est pas membre du Conseil de l'Europe mais engagé dans une série de plans d'action visant à son intégration et axés sur les droits de l'homme, l'État de Droit, et la démocratie.

La liste des exemples pourrait s'allonger de façon significative. Elle est d'autant plus préoccupante au vu du risque réel que de très nombreux États dérivent vers un maintien des mesures d'exception au-delà des objectifs poursuivis.

La réflexion sur la gestion de l'après crise et sur les obligations qui s'imposeront aux autorités en termes de rétablissement des droits doit mobiliser les professions qui sont au cœur de la défense des droits protégés par la liberté d'expression. Les avocats notamment, avec les journalistes et les défenseurs des droits de l'homme ont un rôle déterminant pour sonner la fin du régime dérogatoire et obtenir des autorités la restauration de l'application sans restriction de l'ensemble des textes protecteurs des droits de l'homme.

Or ce combat-là s'annonce difficile face à des États qui – avec le consentement présumé d'une population dont il est attendu qu'elle se montre compréhensive avec les pouvoirs publics – s'engagent de façon croissante dans l'adoption d'outils de surveillance censés limiter la propagation du virus, favorisant l'idée d'une crise sanitaire sous forme de menace permanente et justifiant l'adoption de mesures « *d'exception* » sans limitation dans le temps.

La crise sanitaire risque d'offrir une justification pour une surveillance toujours plus étendue et potentiellement plus invasive en raison de l'obligation de santé publique de suivre les contacts des personnes infectées. Or le droit au respect de la vie privée est un préalable essentiel à la réalisation du droit à la liberté d'expression et la surveillance exercée par les États ; en restreindre la portée peut constituer un moyen efficace de restreindre la liberté d'expression<sup>309</sup>.

Les antécédents récents de surveillance élargie et excessive – de portée collective ou ciblée – dans lesquels les critères fondamentaux de légalité, de nécessité et proportionnalité, et de visée légitime n'ont pas été respectés nous laissent apercevoir les défis auxquels vont être confrontés de nombreuses sociétés dans la gestion de l'après crise.

---

309 - Voir le Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression du 17 avril 2013, A/HRC/23/40.



La Croix-Rouge française - Rapport – Juillet 2020

## E. L'impact de la pandémie dans les activités internationales de la Croix-Rouge

### LA RÉSILIENCE DES DROITS HUMAINS POUR RÉPONDRE À LA PANDÉMIE

La Croix-Rouge française a adapté ses activités à la nouvelle réalité de la Covid-19 en intégrant ce facteur dans ses missions sur les territoires de métropole, d'outre-mer et à l'international. Elle a déployé la force de son réseau composé de bénévoles, de salariés et d'étudiants pour protéger les populations les plus vulnérables et les plus isolées face à la pandémie.

L'ensemble des activités menées par la Croix-Rouge française traduisent notre volonté de garantir les droits humains. Notamment, le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale, consacré par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>310</sup>. Dans cette optique, nos équipes ont pu coopérer avec différents acteurs pour faciliter un accès à tous au droit à la santé, à un droit à l'alimentation, au logement, à l'éducation, à la non-discrimination et à l'accès à l'information.

Notre appartenance au Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, nous amène à coopérer à l'échelle mondiale, avec les 192 Croix-Rouge et Croissant-Rouge. À travers notre mandat statutaire et notre rôle d'auxiliaire des pouvoirs publics, nous assurons la promotion et la diffusion du droit international humanitaire. **À travers cette mission, nous constatons, que l'absence de volonté de respecter le droit international humanitaire et les droits humains par les États et les belligérants amène inéluctablement à l'extrême vulnérabilité des populations affectées par la Covid-19 dans les situations de crises, de violences et de conflits armés.**

Il est donc fondamental que les dispositions essentielles des droits humains et plus particulièrement du droit international humanitaire soient respectées pour répondre de manière satisfaisante aux besoins des populations, des professionnels de la santé et des autorités. Ces dispositions découlent du mandat historique et statutaire de la Croix-Rouge française.

**La politique de santé publique en réponse à la pandémie et un respect des protections juridiques fondamentales n'iront pas l'une sans l'autre.** Dans cette perspective, la Croix-Rouge française souhaite rappeler les règles de droit applicables à la pandémie Covid-19, que nous devons tous bien garder à l'esprit lorsqu'une pandémie frappe un pays en temps de paix et de guerre, notamment sur :

- La protection du personnel médical, des établissements et des moyens de transport sanitaires
- La protection des personnes particulièrement à risque
- Les enfants et le droit à l'éducation
- La protection des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays, migrants, requérants d'asile et des réfugiés
- L'accès à l'eau et l'assainissement

---

310 - « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. 2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer : a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ; b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ; c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies ; d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie ».

- La circulation des secours et la logistique humanitaire
- Les régimes de sanctions et d'autres mesures de restriction

### **La protection du personnel médical, des établissements et des moyens de transport sanitaires**

En France, la Croix-Rouge française a répondu à l'urgence sanitaire, sociale et médico-sociale, dans ses établissements, dans le renforcement des réseaux de secours pour aider les hôpitaux, et l'ouverture de centres d'hébergement pour les personnes sans abri exposées au virus. Ainsi, dans nos établissements, les personnels soignants ont pu poursuivre leur travail dans des conditions parfois très difficiles, pour protéger toutes les personnes en situation de vulnérabilité que nous accueillons : personnes âgées, personnes malades, personnes en situation de handicap...

Les équipes sur le terrain ont soutenu les structures hospitalières et les secours publics. Nos volontaires ont ainsi renforcé les équipes des centres « 15 » pour l'accueil et l'orientation des malades et participé aux secours d'urgence à la personne en collaboration avec les pompiers et les ambulanciers. En parallèle, afin de désengorger les hôpitaux saturés, notamment dans le Grand Est et en Île-de-France, les équipes de la Croix-Rouge française étaient mobilisées pour assurer l'évacuation sanitaire et le transport en TGV médicalisé des malades atteints de la Covid-19.

En tout temps, il est primordial de se doter des établissements médicaux et d'un personnel suffisant, bien équipés en appareils médicaux pour dispenser des soins à grande échelle. Le personnel médical, les unités et moyens de transport sanitaires exclusivement affectés à des fonctions sanitaires doivent être respectés et protégés en toutes circonstances et plus particulièrement en temps de guerre<sup>311</sup>.

#### **Un niveau croissant de violence à l'encontre des soins de santé dans le contexte de la pandémie**

La sécurité et la protection des personnels et des infrastructures sanitaires doit être assurées pendant cette pandémie. Une communauté d'intérêt qui rassemble 13 organisations médicales et humanitaires mondiales représentant plus de 30 millions de professionnels de la santé a publié une déclaration condamnant les attaques de plus en plus nombreuses dirigées contre des personnels et des établissements de santé. Cette communauté d'intérêt, dont font partie des personnalités de plus de 120 pays, dénonce les attaques liées à la pandémie de la Covid-19. Plus de 200 incidents ont été signalés.

L'ampleur que prend ce phénomène met en péril tant les soignants, acteurs essentiels de la riposte à la pandémie, que les communautés qu'ils servent. Le fait de veiller à ce que les soignants soient en sécurité et en capacité d'assumer leurs tâches contribue à assurer leur protection, la continuité des soins et la vie des patients touchés par l'infection.

Or, le personnel de santé est souvent amené à travailler auprès de familles et de communautés qui se trouvent en situation d'extrême vulnérabilité. Dès lors, repose sur lui, le poids du chagrin, de la détresse des familles, parfois sous la forme de harcèlement, de stigmatisation et d'ostracisme à l'encontre des soignants et des patients. Une pression de plus en plus forte pèse sur ce personnel qui travaille au sein de systèmes de santé fragiles. Dans certains contextes, la pandémie accroît encore la pression sur les personnels et les systèmes de santé déjà mis à rude épreuve par un conflit ou un manque d'investissements. Par exemple, dans des contextes où le système de santé fonctionne raisonnablement bien, le taux d'infection parmi le personnel soignant atteint 14 % du total des cas confirmés : ce pourcentage risque

311 - Article 3 commun aux CG I-IV ; articles 19, 23, 24, 25, 26 et 35, CG I ; article 36, CG II ; articles 14, al. 1, 15, 18, 20-21 et 56, CG IV ; articles 12, 15-16 et 21, PA I ; articles 10 et 11, PA II ; règles 25, 26, 28, 29 et 35 de l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier (DIHC)

d'être bien plus élevé si la pandémie frappe une population desservie par un système de santé déjà mis à mal par une guerre ou souffrant de longue date d'un manque d'investissements<sup>312</sup>.

Enfin, des attaques directes ont eu lieu dans des centres de quarantaine et de traitement, du fait de la résistance qui se manifeste au sein de la communauté. Certains professionnels de la santé ont même été tués ainsi que les patients dont ils s'occupaient. Pas moins de 208 incidents de ce type ont été signalés depuis le début de la pandémie<sup>313</sup>. **Dans un tel contexte, la mise à la disposition des soignants d'équipement de protection individuelle efficace est absolument essentielle, car elle permet de prévenir leur contamination et de protéger leurs familles.**

#### **Les cyberattaques contre les soins de santé**

L'ensemble du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, est particulièrement préoccupé par les cyberattaques dirigées contre les hôpitaux, les centres de santé, les instituts de recherche et les autorités internationales qui fournissent des soins et des conseils vitaux dans le contexte de la pandémie de la Covid-19.

Les attaques comprenaient notamment des demandes de rançon avec menace d'un blocage des réseaux de soins primaires et d'urgence. Les attaques pouvaient prendre la forme de campagnes de désinformation visant à saper et à perturber diverses composantes de la réponse à la pandémie, telles que des installations de dépistage et de recherche d'un vaccin. Certaines de ces attaques ont interrompu la fourniture de services de santé et entraîné des frais supplémentaires pour les prestataires de soins. Ces cyberattaques mettent en évidence la vulnérabilité de ce secteur à une période où les soins médicaux sont plus importants que jamais. Ces cyberattaques perpétrées contre des structures médicales font ressortir une préoccupation : la vulnérabilité particulière des structures médicales face à des cyber opérations hostiles ou malveillantes.

En France, dès le début du mois de mars, la Croix-Rouge française s'est fait le relais des messages d'information et de prévention. Sur le site national et les médias sociaux, les équipes de la communication ont relayé les gestes barrières afin de contrer les fausses informations et permettre à chacun de se protéger.

Les cyber opérations qui s'en prennent aux ordinateurs d'hôpitaux, aux chaînes d'approvisionnement médical ou aux appareils médicaux risquent d'interrompre la fourniture des soins de santé et mettent gravement en péril ceux qui en ont besoin. Si les hôpitaux ne fonctionnent plus, des malades mourront, faute de traitement disponible.

La protection des structures médicales en période de conflit armé est au cœur du droit international humanitaire. Les Conventions de Genève de 1949, ne laissent aucun doute à ce sujet : les établissements sanitaires et le personnel médical doivent être respectés et protégés. Les belligérants ne doivent pas endommager l'infrastructure médicale par des cyber opérations et doivent être très attentifs à éviter qu'elles ne causent des préjudices.

Les sociétés dépendent de plus en plus du numérique, et les cyber opérations dans les conflits armés sont désormais une réalité. Il faut s'attendre à ce qu'elles augmentent car un nombre croissant d'États se dotent de cyber capacités militaires. La menace qui vise le secteur de la santé pendant la pandémie actuelle doit être un appel à la vigilance et nous inciter à parer aux menaces que pourraient constituer les cyberattaques pour les structures sanitaires à l'avenir.

---

312 - <https://healthcareindanger.org/fr/>

313 - <https://healthcareindanger.org/fr/>

### **La protection des personnes particulièrement à risque**

Certains groupes de personnes, comme les personnes âgées, celles qui ont un système immunitaire affaibli ou qui présentent déjà des pathologies, risquent de tomber gravement malades si elles sont infectées par la Covid-19. D'autres, comme les personnes handicapées, peuvent se heurter à divers obstacles physiques ou à des difficultés de communication, qui les empêchent d'accéder aux services de santé dont elles ont besoin. Elles peuvent également éprouver des difficultés particulières à appliquer les mesures d'hygiène requises pour prévenir l'infection. Ainsi, la distance sociale peut être impossible à respecter quand on dépend d'autres personnes pour les tâches de la vie quotidienne.

Rappelons que **tout être humain peut se prévaloir des droits humains et a le droit de jouir de ces droits sans aucune distinction. Les instruments internationaux<sup>314</sup> et la législation française<sup>315</sup> s'appliquent de manière évidente aux personnes handicapées.** Cependant, pendant la période de pandémie et encore maintenant, les personnes handicapées ont été confronté à des difficultés. Le caractère universel, indivisible, interdépendant et indissociable des droits humains et des libertés fondamentales doit être garanti sans discrimination. La Croix-Rouge française souligne trois préoccupations majeures dans ce contexte :

#### **Télé soin et prise en charge en présentiel**

Le télé soin ne sera pas suffisant, il faudra reprendre les prises en charges en présentiel tout en continuant à pratiquer le télé soin pendant quelques mois. Les patients ne doivent pas renoncer aux soins déjà entrepris, par peur d'attraper le virus. Il faut aussi donner aux patients et aux professionnels les moyens d'être protégés et de mettre en place, les mesures sanitaires nécessaires.

#### **L'accès à l'information et aux droits**

Seulement 3,7 % des sites internet sont réputées accessibles<sup>316</sup>. Les internautes en situation de handicap se retrouvent en effet dans l'incapacité de maintenir une certaine forme d'autonomie, car l'accessibilité des interfaces sont inexistantes. Communiquer numériquement avec les services des collectivités, faire ses courses, se faire livrer, déclencher des procédures, suivre ou poursuivre des formations à distance, accéder à des biens et des services s'avèrent complexe.

#### **Le port du masque**

Sur la durée, le port du masque questionne sur les droits des personnes sourdes et malentendantes en situation de handicap. La recherche de solution mérite d'être soutenue. De nombreuses personnes en situation de surdité et des professionnels qui les accompagnent s'interrogent sur l'adaptation des dispositifs de protection de type masques à leurs besoins particuliers de communication. Il en va de même pour les personnes porteuses de déficiences cognitives qui n'ont pas accès à la communication non verbale pour décoder des situations.

Par ailleurs, la Croix-Rouge française a fait de l'aide aux personnes exclues sa priorité. Ainsi, elle a poursuivi et renforcé ses actions traditionnelles de maraude, d'aide alimentaire et un dispositif d'écoute et de conciergerie solidaire. Elle a mis en place 35 centres d'hébergement spécialisés pour personnes vulnérables afin de garantir les conditions d'isolement et de protection des sans-abri contaminés par la Covid-19, sans symptômes graves.

---

314 - Convention internationale sur la protection et la promotion des droits des personnes handicapées par l'Assemblée générale des Nations Unies : <https://www.un.org/development/desa/disabilities-fr/la-convention-en-bref-2/texte-integral-de-la-convention-relative-aux-droits-des-personnes-handicapees-13.html>

315 - La loi d'orientation du 30 juin 1975, la loi du 10 juillet 1987 et la loi pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées de février 2005.

316 - Étude BrailleNet 2014.

Pendant cette période, le gouvernement français a adopté des procédures simplifiées et dérogatoires en matière d'accès aux droits<sup>317</sup>. Dans la majorité des cas, le gouvernement a fait le choix de l'automatisme de ces mesures, afin de simplifier des démarches pour les organismes et les personnes. Ces mesures étaient accompagnées d'une communication soutenue assurant une meilleure connaissance auprès des publics concernés. Cependant, plusieurs contraintes ont ralenti l'accès effectif aux soins et donc au droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale<sup>318</sup>. Nous avons aussi constaté de nombreuses verbalisations de personnes sans domicile, ne disposant pas d'attestation de déplacement.

Nos équipes ont donc fait preuve d'innovation pour atteindre les personnes les plus éloignées des soins. En effet, les personnes vulnérables se sont abstenues et ont parfois renoncé aux soins, incitant les acteurs de la solidarité à développer des actions « d'aller vers la santé », en renforçant la coopération entre la veille sociale et sanitaire, en développant des outils incontournables de médiation et de promotion de la santé. Cette mobilité des acteurs va de pair avec une coopération accrue des partenaires. Par exemple, le modèle d'équipe sanitaire mobile mis en place par certaines ARS doit être étendu, tout comme les dispositifs de maraudes médicales et paramédicales. L'implication des acteurs de santé locaux est capitale pour répondre à cette pandémie<sup>319</sup>.

Pour conclure, dans le contexte d'une guerre, rappelons que le DIH oblige les parties à un conflit à respecter et à protéger les blessés, les malades et à prendre sans tarder, chaque fois que les circonstances le permettent, toutes les mesures possibles pour les rechercher, les recueillir et les évacuer, sans distinction de caractère défavorable. Ils doivent recevoir, dans toute la mesure possible et dans les délais les plus brefs, les soins médicaux qu'exige leur état. Aucune distinction fondée sur des critères autres que médicaux ne doit être faite entre eux. De plus, selon les dispositions du DIH, les personnes âgées, les invalides et les infirmes touchés par les conflits armés ont droit à un respect et à une protection particulière<sup>320</sup>.

### Les enfants et le droit à l'éducation<sup>321</sup>

De nombreuses écoles ont été temporairement fermées pour prévenir la propagation de la Covid-19. Bien que ce soit une mesure importante de prévention, cette décision rompt la continuité de l'enseignement. Ces interruptions de la scolarité ont des conséquences à long terme et il est important que les efforts pour en assurer la continuité n'apparaissent pas accessoires en temps de crise.

Les difficultés rencontrées par les différents acteurs du système éducatif français ont été soulignées par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, dans son avis « état d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19<sup>322</sup> ». La Croix-Rouge française soutient les recommandations proposées dans l'avis. Durant la pandémie, nos bénévoles ont pu apporter un accompagnement et un soutien scolaire permettant : une aide à la connexion aux interfaces numériques pour les familles qui

---

317 - Prolongation des droits CMU-C et CSS, prolongation automatique de l'ACS et autres contrats de complémentaire santé, prolongation des droits AME, suppression du délai de carence AME, envoi des primo demandes d'AME par courrier ou par mail, attribution de la PUMa sans condition d'activité professionnelle et sans délai de carence pour les français expatriés de retour sur le territoire.

318 - Maintien du délai de carence pour l'accès des demandeurs d'asile à la PUMa, baisse d'activité des PASS, suppression de l'accueil physique et mise en place de permanences téléphoniques CPAM (numéro surtaxé devenu gratuit à compter du 1er juillet), procédures par courrier et dématérialisées, couplées à la fermeture de nombreux services de domiciliation et la diminution des transports en commun.

319 - Établissements, associations, collectivités et instances de démocratie sanitaire notamment la Conférence Nationale de Santé, les commissions locales, la Conférence Régionale de la Santé et de l'Autonomie, le Conseil Territorial de Santé.

320 - Article commun 3 aux CG I-IV ; articles 12 et 15, CG I ; art. 16, CG IV ; art. 10, PA I ; art. 7, PA II ; règles 109, 110 et 138 de l'Étude du CICR sur le DIH.

321 - Le droit à l'éducation est un droit fondamental, indispensable à l'exercice de tous les autres droits de l'homme. Les instruments normatifs des Nations unies, sur le fondement de l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que « toute personne a droit à l'éducation », établissent des obligations légales en matière de droit à l'éducation pour les États parties. De même, le protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH), en son article 2, spécifie que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». Assurer l'accès pour tous à une éducation de qualité, sur un pied d'égalité, a par ailleurs été érigé au rang d'objectif mondial de développement durable par l'agenda 2030.

322 - <https://www.cncdh.fr/fr/actualite/adoption-de-lavis-etat-durgence-sanitaire-le-droit-leducation-laune-de-la-covid-19>

n'ont pas le matériel adapté, la compréhension des instructions données par le professeur à distance, une aide aux devoirs, à la préparation de cours et d'examens et au maintien d'un rythme sur la journée. Malheureusement, la Croix-Rouge française a aussi constaté que dans les hôtels et les structures de protection de l'enfance, le manque d'équipements numériques et de connexion Internet a favorisé un retard scolaire, un sentiment d'échec des enfants pris en charge par l'Aide Sociale à l'Enfance.

En temps de guerre, le DIH comporte des règles qui obligent les parties au conflit à faciliter l'accès à l'éducation. La pratique des États indique que l'accès à l'éducation fait partie du respect et de la protection particulière dus aux enfants dans le droit coutumier<sup>323</sup>. Il est donc urgent qu'ils prennent des mesures pour éviter que la scolarité ne soit interrompue et faire en sorte que les enfants puissent la poursuivre chez eux.

### **La protection des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays, migrants, requérants d'asile et réfugiés**

Les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays, migrants, requérants d'asile et réfugiés sont particulièrement exposés à l'épidémie de la Covid-19, à cause des conditions de vie rudes qui sont souvent les leurs et de leur accès limité aux services de base, notamment aux soins de santé. Ils ont le droit d'être accueillis dans des conditions satisfaisantes de logement, d'hygiène, de salubrité, de sécurité et d'alimentation.

La Croix-Rouge française souhaite par ailleurs, mettre en lumière l'impact de cette pandémie sur les droits des demandeurs d'asile. Elle a engendré une rupture de l'accès à la demande d'asile et aux conditions matérielles d'accueil, un retard dans l'accès aux soins du fait du délai de carence pour l'affiliation à la PUMA<sup>324</sup>, des interruptions dans l'instruction de la demande d'asile et une suspension des démarches d'intégration pour les bénéficiaires d'une protection internationale. La CRF souhaite mettre en évidence trois préoccupations majeures au regard des droits des mineurs non accompagnés (MNA) :

#### **L'allongement des délais dans la désignation du représentant légal**

Pendant le confinement, les désignations d'administrateurs ad hoc de MNA demandeurs d'asile, par l'Autorité de Justice ont été de facto suspendues dans plusieurs départements. Ces demandes étaient traitées tardivement par les personnes habilitées à exercer ce mandat de représentation légale. Or, durant cette période des jeunes sont devenus majeurs ou sont sur le point de le devenir. Cela a eu pour conséquence directe de mettre fin prématurément à la mission d'administrateur ad hoc, avant même qu'elle ait pu commencer. Dans le même temps, cette situation précipite le MNA dans l'accompagnement visant l'introduction de sa demande d'asile avant ses 18 ans.

#### **La suspension des demandes**

Les MNA comme les autres demandeurs n'ont pas pu accéder au guichet de l'asile. Les demandes de titre de séjour au titre de la régularisation administrative n'étaient pas traitées. La Croix-Rouge française est préoccupée par les situations ayant pour conséquence de compromettre ces demandes, lors du passage à la majorité.

#### **Un accompagnement inadapté et interrompu**

Dans le cadre d'un contrat jeune majeur, les jeunes étaient pris en charge par l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE). Ainsi, la sortie des dispositifs ASE est reportée à la fin de l'état d'urgence. La prolongation de cette prise en charge est souhaitable, toutefois, elle n'est pas suffisante pour préparer une sortie du dispositif. En effet, la formation des personnels s'agissant des MNA est insuffisante. De plus, cette période est

323 - Articles 13, 24, 50, al. 1, 94, 108 et 142, CG IV ; art. 4, par. 3, lettre a, PA II ; règle 135 de l'Étude du CICR sur le DIH

324 - Protection Universelle Maladie.

marquée par une surcharge d'activité des professionnels de la protection de l'enfance. La Croix-Rouge française est préoccupée par l'apparition de nouveaux jeunes se retrouvant sans solution, à la rue, lors de leur sortie du dispositif ASE dans le courant de l'été. Enfin, les MNA, placés dans des dispositifs « semi-autonome » n'ont pas bénéficié des visites des éducateurs remplacés par une communication à distance. Les activités éducatives, culturelles et sportives n'ont pas pu se maintenir dans des structures collectives de protection de l'enfance. La situation était particulièrement alarmante pour les jeunes pris en charge par l'ASE dans les hôtels. Dans un certain nombre de cas, ces jeunes étaient livrés à eux-mêmes, sans lien social, désemparés et sans accès à l'information. L'absence de connexion au réseau Internet dans les hôtels a contribué à renforcer l'isolement de ces jeunes. Parfois, le lien à distance avec leurs familles et proches a été interrompu, ayant pour conséquence de générer de l'anxiété dans un contexte déjà anxiogène.

### **L'accès à l'eau et l'assainissement**

Pour les populations vulnérables, l'inaccessibilité à l'eau et à l'hygiène (douches, sanitaires, eau, produits d'hygiène) rend impossible la mise en œuvre des mesures de prévention en contexte épidémique. Pour éviter la propagation du virus et garantir le respect de la dignité humaine ces services ne doivent pas être suspendus, altérés ou inaccessibles.

Les installations d'approvisionnement en eau sont d'une importance capitale en temps de paix et d'autant plus en période de guerre<sup>325</sup>. Dans les situations de conflit armé, beaucoup de ces installations ont été détruites par les combats au fil des années. Toute rupture d'approvisionnement implique que des milliers de civils ne seront plus en capacité d'appliquer les mesures de prévention essentielles, telles que le lavage fréquent des mains, ce qui peut entraîner une propagation plus importante du virus. En temps de guerre, le DIH interdit expressément d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile, notamment les installations et réserves d'eau. De plus, dans la conduite des opérations militaires, toutes les précautions doivent être prises pour épargner les biens de caractère civil, notamment les installations et réserves d'eau<sup>326</sup>.

### **La circulation des secours et la logistique humanitaire**

L'action humanitaire dans les pays touchés par les conflits armés est essentielle, car elle sauve des vies dans la crise actuelle. Selon le DIH<sup>327</sup>, il incombe au premier chef à chaque partie à un conflit armé de subvenir aux besoins essentiels de la population placée sous son contrôle.

Les organisations humanitaires impartiales comme la Croix-Rouge ont le droit d'offrir leurs services. Une fois que les parties concernées auront consenti aux actions de secours, les parties au conflit et les États tiers autoriseront et faciliteront le passage rapide et sans encombre des secours humanitaires, sous réserve de leur droit de contrôle.

L'un des enjeux pour la Croix-Rouge française est la logistique humanitaire dans ce contexte. Ayant une quinzaine de missions à l'étranger, la Croix-Rouge française a mené pendant deux mois une bataille importante pour acquérir et acheminer le matériel nécessaire pour faire face à la Covid-19. Il aura fallu des semaines de mobilisation pour permettre aux organisations d'envoyer du matériel par avion. L'un est celui du Programme alimentaire mondial (PAM) des Nations unies. L'autre est celui de l'Union européenne, qui a mis en place un pont aérien entre l'Europe et plusieurs pays. C'est dans ce contexte

325 - Articles 54, par. 2 et 57, par. 1, PA I ; articles 13, par. 1 et 14, PA II ; règles 15 et 54 de l'Étude du CICR sur le DIH.

326 - Nord-est de la Syrie : des millions de personnes privées d'un accès régulier à l'eau et aux services de santé : <https://www.icrc.org/fr/document/nord-est-de-la-syrie-des-millions-de-personnes-privees-dun-acces-regulier-leau-et-aux>

327 - Article commun 3 et articles 9/9/10, CG I-IV ; articles 70 et 71, PA I ; art. 18, par. 2, PA II ; règles 55-56 de l'Étude du CICR sur le DIH.

que la Croix-Rouge française avec les autres organisations du Réseau Logistique Humanitaire (RLH), qu'elle a pu envoyer du matériel et des personnels en République centrafricaine. Trois vols ont été effectués à destination de ce pays. Par ailleurs, outre la République centrafricaine, nous avons récemment envoyé des biens au Tchad, au Cameroun, au Niger, en République démocratique du Congo, en Guinée, en Mauritanie et au Mali. Pour ces pays, nous sommes passés par des vols commerciaux, c'est-à-dire payants, mais il était urgent que nous puissions y envoyer du matériel.

### **Les régimes de sanctions et d'autres mesures de restriction**

La crise actuelle oblige à mobiliser d'importantes ressources humanitaires, souvent rares dans les pays touchés par les crises et les situations de violences. Les sanctions et autres mesures de restriction actuellement en place peuvent faire obstacle à une action humanitaire impartiale dans ces pays, au détriment des plus vulnérables.

Les régimes de sanctions et les autres mesures de restriction qui empêchent les organisations humanitaires impartiales comme la Croix-Rouge française de conduire ses activités exclusivement humanitaires dans le respect de leurs principes sont incompatibles avec la lettre et l'esprit de notre Mouvement et du DIH<sup>328</sup>. Les États et les organisations internationales qui font appliquer ces mesures devraient s'assurer qu'elles ne sont pas en contradiction avec le DIH et n'ont pas de conséquences néfastes pour les ripostes humanitaires à la Covid-19 qui sont fondées sur des principes. Ils devraient concevoir des mesures efficaces d'atténuation, telles que des exemptions pour les organisations humanitaires impartiales.

---

328 - Article commun 3 et articles 9/9/9/10, CG I-IV ; articles 70 et 71, PA I ; art. 18, par. 2, PA II ; règles 31, 32, 55-56 et 109-110 de l'Étude du CICR sur le DIH.

## SIXIÈME PARTIE

---

**Autres informations fournies  
par le Rapport.**

## I. PRÉSENTATION DE L'IDHBP ET DE L'IDHAE.

→ En français



### L'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris

L'Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris a été créé en 1978, sous le haut patronage de l'Unesco et de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, à l'initiative de son Président Monsieur le Bâtonnier Louis-Edmond PETTITI<sup>1</sup>.

L'Institut s'est donné pour mission principale, dès sa création, la formation des praticiens du droit (notamment les avocats et les magistrats) au droit international des droits de l'homme et aux procédures internationales de protection des droits de l'homme. Cette formation est assurée dans les Barreaux, les écoles de formation, au sein de séminaires, colloques et conférences en France et à l'étranger. L'Institut développe d'autres activités et qui participent à cette volonté de promotion, de diffusion de la connaissance des droits fondamentaux, et de leur application effective. Il contribue chaque année activement à l'organisation et à la tenue de la remise du prix Ludovic TRARIEUX. L'Institut bénéficie du soutien financier du Fonds de dotation Barreau de Paris Solidarité.

<http://idhbp.org/>



### L'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européenne(s)

Créé sous l'égide de l'Union des avocats européens (UAE), en 2001, à Luxembourg, l'Institut des droits de l'homme des avocats européens a pour objet ; l'étude des droits de l'homme et plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et ses protocoles ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; la formation des avocats en droit international des droits de l'homme en vue de la défense devant les juridictions internationales ; la défense et les interventions en faveur des libertés et droits fondamentaux de l'avocat ; la gestion et l'animation de l'Observatoire mondial des droits de la défense et des violations des droits des avocats : « Avocat Urgente Alerte » ; l'organisation de manifestations, colloques, séminaires et participation à des publications relatives aux droits de l'homme.

L'IDHAE et ses instituts membres participent en outre à l'attribution annuelle du Prix international des droits de l'homme Ludovic TRARIEUX, décerné chaque année à « un avocat sans distinction de nationalité ou de Barreau, qui aura illustré par son œuvre, son activité ou ses souffrances, la défense du respect des droits de l'homme, des droits de la défense, la suprématie du droit, la lutte contre les racismes et l'intolérance sous toutes leurs formes ». Le Prix est remis aux lauréats alternativement dans une des villes où chacun des instituts exerce son activité. Il s'agit de la plus ancienne et de la plus prestigieuse des récompenses réservées à un avocat.

<http://idhae.fr>

<sup>1</sup> - Louis-Edmond PETTITI (1916-1998), Avocat au Barreau de Paris de 1935 à 1998, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris. Juge à la Cour européenne des droits de l'homme (en 1992). Il est l'auteur de nombreuses publications sur la Cour européenne, sa jurisprudence et plus généralement sur les droits fondamentaux.

→ In English



### **The Institute for Human Rights of Paris Bar**

the Institute of training in human rights of the Paris Bar was created in 1978 under the patronage of Unesco and the Paris Bar, on the initiative of the Chairman Mister Louis Edmond Petitti.

The principal mandate of the Institut since its establishment is the training of lawyers and judges on international human rights and international procedures for the protection of human rights.

This training is provided in Bars, training schools, seminars, conferences in France and abroad.

The Institute carries out activities in order to promote and increase knowledge of the human rights and their practical implementation.

The Institute participate actively each year at the effective organization of Ludovic TRARIEUX award.

The Institute receives financial support of « Barreau de Paris Solidarité ».

<http://idhbp.org/>



### **The Institute for Human Rights of European Lawyers**

Created under the aegis of the UNION of EUROPEAN AVOCATS (UAE), in 2001, in Luxembourg, the Institute for Human Rights of European Lawyers aims to ; the study of human rights and in particular the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 and its protocols and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, training of international human rights lawyers for defence before international courts, defence and interventions in favour of the fundamental freedoms and rights of the lawyer, the management and animation of the Global Observatory for Defence Rights and Violations of Lawyers' Rights : « Urgent Lawyer Alert », organizing events, seminars, seminars and participation in human rights publications, IDHAE and its member institutes also participate in the annual awarding of the Ludovic TRARIEUX International Human Rights Prize, awarded annually to « a lawyer regardless of nationality or bar, who has illustrated through his work, his work, his activity or its suffering, the defence of respect for human rights, defence rights, the supremacy of the law, the fight against racism and intolerance in all its forms. » The prize is presented to the winners alternately in one of the cities where each of the institutes operates.

It is the oldest and most prestigious of the awards reserved for a lawyer. It has its origin, in 1898, in the gesture made by Ludovic Trarieux (1840-1904), a lawyer who founded, in France, at the time of the Dreyfus Affair, the « League of Human and Citizen Rights ».

<http://idhae.fr>

## II. PRÉSENTATION DES AUTEUR(E)S DU RAPPORT (parties I à IV et VI).

(Par ordre alphabétique)

### **Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP).**

- **AZOUX BACRIE Laurence**

Avocate au Barreau de Paris.

Docteur en bioéthique.

Membre de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP).

Co-responsable de la Commission bioéthique et santé du Barreau de Paris.

- **CERF Emmanuelle**

Avocate au Barreau de Paris.

Membre de l'IDHBP depuis 2004.

Membre de la Commission droits fondamentaux de l'UJA de Paris, de 2000 à 2012.

Co-responsable de la Commission droits fondamentaux de l'UJA de Paris de 2008 à 2012.

Co-présidente de la Commission droits fondamentaux de la Fédération nationale des Unions des jeunes avocats (FNUJA) de 2009 à 2011.

Inscrite sur les listes des avocat(e)s du Barreau de Paris devant la CNDA.

Référente, pour le Barreau de Paris, pour la défense en droit des étrangers hors CNDA.

- **DEMETZ Anne**

Avocate au Barreau de Paris.

Membre de l'IDHBP depuis 2004.

Membre de la Commission droits fondamentaux de l'Union des jeunes avocats (UJA) de Paris, de 1995 à 1997.

Co-responsable de la Commission droits fondamentaux de l'UJA de Paris de 1998 à 2005.

Inscrite sur les listes des avocat(e)s du Barreau de Paris pour la défense en droit des étrangers hors CNDA.

- **HUET Isabelle**

Magistrate.

Membre de l'IDHBP.

- **PETTITI Christophe**

Avocat au Barreau de Paris.

Secrétaire général de l'IDHBP.

Vice-Président de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens (IDHAE).

Chargé d'enseignement, et membre du Comité de rédaction de la RTDH.

**Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(ne)s (IDHAE).****• FAVREAU Bertrand**

Avocat au Barreau de Bordeaux.

Président de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens (IDHAE).

Fondateur du prix Ludovic TRARIEUX.

Président d'honneur de l'Union des avocats européens (UAE).

**Avocat(e)s au Barreau de Paris.****• BARRIERE François**

Avocat au Barreau de Paris.

(French counsel - Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP).

Président de l'Alliance des avocats pour les droits de l'homme (AADH).

Professeur à l'université Lumière Lyon 2

**• NEGREA Alina**

Avocate au Barreau de Paris.

Inscrite à l'Antenne des mineurs et aux permanences pénales du Barreau de Paris.

Référente, pour le Barreau de Paris, pour la défense des étrangers devant le JLD.

**• ROTARU Natalia**

Avocat au Barreau de Paris.

(Collaboratrice - Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP).

Chargée d'enseignement à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Universitaires.****• COHEN-BACRIE Martine**

Médecin biologiste.

**• PLATON Sébastien**

Professeur en droit public.

Faculté de droit et de sciences politiques de l'université de Bordeaux.

### III. PRÉSENTATION DES CONTRIBUTEUR(E)S (partie V).

(Par institutions et ordre alphabétique)

#### Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP).

- **BRETON Clara**

Juriste en entreprise en Allemagne.  
Membre de l'IDHBP.

- **DECAUX Emmanuel**

Professeur émérite en Droit public (université Paris 2 Panthéon-Assas).  
Membre de l'IDHBP.

Ancien membre de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies (2002-2007) et du Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme (2008-2010), membre du groupe de travail sur les communications (2004-2010).

Membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), depuis 1992, ancien Vice-Président de cette Commission (2010-2012).

Membre du Comité scientifique de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*.

- **GOUTTES (de) Régis**

Ancien Vice-Président de l'IDHBP.

Avocat général puis Premier avocat général à la Cour de cassation de 1992 à 2009.

Membre élu du Comité directeur européen pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH), de 1990 à 1993.

Membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), depuis 1990.

Membre de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), du Conseil de l'Europe, depuis 2014.

- **PETTITI Laurent**

Avocat au Barreau de Paris, ancien membre du conseil de l'Ordre (AMCO).

Membre de l'IDHBP.

Président de la délégation permanente du Conseil des Barreaux européens (CCBE) auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

#### Avocat(e)s d'autres Barreaux français et européens.

- **KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS Sophia**

Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation helléniques.

Professeur à l'Université de Salerno.

Présidente de l'Unione forense per la tutela dei diritti umani.

- **LANA Anton**

Avocat au Barreau de Milan.

Professeur à l'université de Salerno.

Président de l'Unione forense per la tutela dei diritti umani.

- **PANAGIOTA Petrolou**

Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation helléniques.

- **ROUX STEINKÜHLER Marie-Avril**

Avocate aux Barreaux de Paris et de Berlin.

- **TZITZELKOVA Christina**

Avocate aux Barreaux de Sofia et de Paris.

**Magistrat(e)s (toutes juridictions nationales et internationales confondues).****• BERLOGEY Jean-Michel**

Député honoraire.

Président de section honoraire au Conseil d'État.

Juge et président de section à la Cour nationale du droit d'asile (CNDA).

Membre, Président, puis Rapporteur du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe, de 2001-2006, puis de 2007-2012.

**• COSTA Jean-Paul**

Non renseigné – sur demande de l'auteur.

**• KRIEF-SEMITKO Catherine**

Magistrate.

Docteur en droit HDR.

Professeur honoris causa de l'Académie publique de droit de l'Oural (Russie).

Professeur honoris causa de l'université des sciences humaines d'Ekaterinbourg (Russie).

**Universitaires.****• HERVIEU Nicolas**

Chargé d'enseignements à Sciences Po et l'université d'Evry.

Juriste en droit public et droit européen des droits fondamentaux, doctorant au Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) à l'université de Paris Ouest Nanterre.

**• KOBAYASHI Maki**

Professeur de droit à l'université Aichi (Japon).

**• LE BRIS Catherine**

Chargée de recherche au CNRS (spécialité : droit international et européen des droits fondamentaux).

Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne.

UMR 8103 CNRS/université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Docteur en droit, titulaire du CAPA.

**• NIVARD Carole**

Maîtresse de conférences en droit public à l'université de Rouen.

Membre du RACSE (réseau académique sur la Charte sociale européenne et les droits sociaux).

Docteur en droit public.

**• VERDUSSEN Marc**

Professeur à l'université de Louvain (Belgique).

Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution.

## Organisations non gouvernementales (ONG).

### Pour la France.

- **ATD Quart Monde**

Depuis plus de 60 ans, ATD Quart Monde rassemble celles et ceux qui veulent s'engager pour mettre fin à l'extrême pauvreté et construire une société plus juste, qui respecte les droits fondamentaux et l'égalité de dignité de toutes et tous. Fondé en 1957 par Joseph Wresinski et des habitants d'un bidonville de Noisy-le-Grand et aujourd'hui présent dans plus de 30 pays, ATD Quart Monde est un Mouvement international non gouvernemental et sans affiliation religieuse ou politique.

- **Croix-Rouge française**

La Croix-Rouge française, ce sont plus de 60 000 bénévoles et 16 000 salariés présents sur l'ensemble du territoire. Auxiliaire des pouvoirs publics dans ses missions humanitaires, la Croix-Rouge française mène un combat de tous les instants pour soulager la souffrance des hommes. Dans la tradition du Mouvement Croix-Rouge, la Croix-Rouge française est d'abord une association de bénévoles. Association loi 1901, elle est reconnue d'utilité publique depuis 1945.

- **Unapei**

L'Unapei est un mouvement associatif parental militant qui rassemble 900 000 familles, amis, personnes en situation de handicap, professionnels, soignants, aidants, bénévoles, sympathisants. Les associations membres du Mouvement Unapei innovent sur tous les territoires français et agissent avec et pour les personnes en situation de handicap intellectuel.

Depuis 1960, nous militons pour que les personnes, quelle que soit la nature et l'importance de leur handicap, accèdent aux mêmes droits que tout citoyen.

### Pour l'international.

- **CARDH**

Le Centre d'analyse et de recherche en droits de l'homme (CARDH) est une organisation de la société civile haïtienne à but non lucratif, qui a pour mission de contribuer au respect et à la promotion des droits et des principes postulés par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH).

- **UIA**

L'UIA-IROL (Institut pour l'État de droit de l'Union internationale des avocats) promeut l'État de droit et soutient et défend, en particulier, (1) les avocats, les juges et les défenseurs des droits de l'homme qui sont harcelés, menacés et/ou persécutés dans l'exercice de leur profession, (2) l'indépendance des professions juridiques et judiciaires, et (3) les Principes de base des Nations unies relatifs au rôle du Barreau, notamment en matière de défense des droits de l'homme.

## IV. BIBLIOGRAPHIE.

(par parties)

### A. PREMIÈRE PARTIE.

#### § 1 - Articles.

- « *L'indivisibilité des droits de l'homme* » CRDF, no 7, 2009, p. 75-86 Marie-Joëlle REDOR-FICHOT, Professeure de droit public à l'Université de Caen, Basse-Normandie, Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED).
- « *Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale* », Carole Nivard, *La Revue des droits de l'homme*, avril 2020.
- « *États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise* » par Nicolas Bonbled et Céline Romainville Aspirants du FNRS, Département de droit public, Université de Louvain (UCL). Persée © 2005-2020.
- « *Covid-19 : Qui osera demander des comptes au régime chinois ?* » Par Marie Holzman, Vincent Brossel et Alain Bouc - Le Figaro. Publié le 1<sup>er</sup> avril 2020 mis à jour le 2 avril 2020.
- « *Coronavirus : la relation France-Chine en question après la pandémie par Nathanaël Charbonnier* » France Inter publié le 10 mai 2020.
- Tribune. « *Le gouvernement chinois doit nous laisser accéder au Tibet* » Par Collectif – L'Obs - Publié le 15 juin 2020.
- « *Loi Avia, application StopCovid... la douce importation du despotisme chinois* » Par Laurent Gayard et Waldemar Brun-Theremin Le Figaro - Publié le 29 mai 2020.
- « *En Chine, la fête des morts remet en question le bilan officiel des victimes du coronavirus* » par Nathanaël Charbonnier, publié le 30 mars 2020.
- Entretien Claire Hédon : « *“L'égalité des personnes est la valeur clé” - Pour la présidente d'ATD Quart Monde, la finalité d'une démocratie est que chacun ait sa place et puisse participer aux décisions* » La Croix 06/07/2019. <https://www.la-croix.com/Economie/France/Claire-Hedon-Legale-dignite-personnes-valeur-cle-2019-07-06-1201033724>.

#### § 2 - Revues.

- « *Spécial Droits Fondamentaux* », Gazette du Palais - vendredi 17, samedi 18 mars 2006 126<sup>e</sup> année n° 76 à 77 - 57<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Par la Commission Droits fondamentaux de l'Union des jeunes avocats de Paris, sous la direction d'Anne Demetz, invitée permanente de l'UJA, chargée des droits fondamentaux, et la participation de Christophe Pettiti, secrétaire général de l'Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris.
- « *Les dérogations en cas de circonstances exceptionnelles* », V. Souty, Rev. Tr. dr.h. janvier 2017, n° 109, p. 89.
- « *La France sous état d'urgence* » S. Hennette Vauchez, Rev. Tr. dr.h. janvier 2018, n° 114, p. 347.
- « *Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudences* », Christine Noiville - Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem 2009/1 (n° 3), pages 73 à 89.
- « *L'actualité de l'œuvre de René Cassin : les leçons européennes*, Sébastien Touzet, RTDH 2017, p. 811.
- « *Brève histoire juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme* », Emmanuel Decaux, RTDH 2018, p. 837.
- « *La justice pénale à l'heure du coronavirus : l'urgence ou le miroir de notre procédure pénale* », Sébastien Pellé, Recueil Dalloz, 16 avril 2020, n° 14.

- « *Constitutionnalité du délit de violation réitérée du confinement* », Cons. Constit ; 26 juin 2020, Carole Anne Vaz-Fernandez, Dalloz AJ Pénal juillet/août 2020, n° 7.
- « *Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire* », Adeline Hazan, Dalloz AJ Pénal avril 2020, n° 4.
- « *Conseil constitutionnel et ordonnances : l'in vraisemblable revirement* », Anne Levade, La Semaine juridique, Éd. Gén. 29 juin 2020, n° 26.
- « *Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 - Conseil d'État et le Covid-19* », Patrick Wachsmann, La Semaine juridique, Éd. Gén. 18 mai 2020, n° 20-21.
- « *Le risque du Far West* », Nicolas Molfessis, La Semaine juridique, Éd. Gén. 13 avril 2020, n° 15.
- « *L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid 19 ou l'ombre d'un doute* », par Gérard GONZALES, Revuedlf.com sept 2020.

### § 3 - Ouvrages.

- « *René Cassin 1887-1976 Prix Nobel de la paix - Père de la Déclaration universelle des droits de l'homme* », Marc Agi, Éd. Perrin, 1998.
- « *Traité de droit européen des droits de l'homme* », Jean-François Renucci, LGDJ.
- « *La Jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies* », ss la dir. de Ludovic Hennebel, Éd. Bruylant, coll. Droit et Justice n° 77, 2007.
- « *La Cour européenne des droits de l'homme* », J.-P. Margénaud, Connaissance du droit, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd.
- « *Le Manuel de droit européen en matière de non-discrimination* », FRA, Office des publications, juillet 2010.
- « *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, bilan d'application* », ss. la dir. de Laurence Burgogue-Larsen, Éd. Bruylant, coll. Droit et Justice n° 117, 2018.
- « *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* », ss. la dir. de F. Sudre, Éd. Thémis droit, PUF.
- « *Traité de droit international des droits de l'homme* », L. Hennebel et H. Tigroudja, Éd. Pedone, 2<sup>e</sup> éd.
- « *Sans la liberté* », François Suraud, Éd. Tracts Gallimard n° 8, septembre 2019.
- « *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après de la Traité de Lisbonne* », ss. la dir. de Bertrand Favreau, collection IDHAE, Éd. Bruylant 2010.
- « *Droit international public* », Emmanuel Decaux, Olivier de Frouville, Éd. Dalloz, 11<sup>e</sup> éd.
- Les grands textes internationaux des droits de l'homme présentés par Emmanuel Decaux et Noémie Bienvenu, La documentation française 2016.
- « *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence en 2009 et 2010* », ss. la dir. de Paul Tavernier et Christophe Pettiti, collection Droit et Justice, n° 106, Éd. Nemesis.
- « *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article* », ss. la dir. de Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre Henri Imbert, Éd. Economica.
- « *Aspects européens des droits fondamentaux, liberté et droits fondamentaux* », Gérard Cohen-Jonathan, Éd. Montchrestien.
- « *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* », ss la dir. de Laurence Burgogue-Larsen, Éd. Bruylant 2005.
- « *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », Vincent Berger, Éd. Sirey.
- « *la Guerre hors la loi avec De Gaulle, les droits de l'homme* », René Cassin, Gérard Israël, collection Droit et Justice n° 71, Éd. Bruylant 2007.
- « *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la CEDH* », Marie-Aude Beernaert et Frédéric Krenc, Éd. Antémis 2019.

- « *À la recherche du sens perdu : Le Covid-19 et après ?* », Patrick de Fontbressin, Éd. Anthemis, Bruxelles, 2020.
- Sous la direction de Dominique Rousseau, « *La question prioritaire de constitutionnalité* » Guide pratique 2<sup>e</sup> éd. Éd. Gazette du Palais et Lextenso éditions.

#### § 4 - Rapports et études.

- « *Rapport explicatif à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* », Direction des Affaires Juridiques du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, paragraphe 22, p. 9.
- Discours 17 mars 2017 « *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés* », Intervention de Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, vendredi 17 mars 2017 - Site du Conseil d'État (discours et interventions).
- « *Droits, droits de l'homme et libertés fondamentales en Chine* », Christel Thibault, Docteur en Géographie, université de Paris-Sorbonne (Paris IV), In. B. Owen (dir.), *La Société civile*, 2012 : 229-260. Publié le 15 janvier 2017 par cece-owen.

## B. SECONDE PARTIE.

### I. Aspects généraux

#### § 1 - Articles.

- Jean Barthélemy et Louis Boré, « *Constitution et procès équitable* », *Constitutions*, n° 1, 2010, p. 67 et s.
- « *Ce n'est pas à l'Ordre des avocats de pallier l'insuffisance ou la carence de l'État* », Entretien avec Olivier Cousi, Bâtonnier de Paris - Revue Le club des juristes (14 avril 2020) - Édition numérique.
- Emmanuel Tawil, « *Lutte contre le Covid-19 : les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement* », *Gazette du Palais*, 24 mars 2020, p. 12.
- Actualités, Laurence Garnerie, *Gazette du Palais*, 24 mars 2020.
- « *La force obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* », P. Gillaux, *Rev. Tr. dr.h.* avril 2020, n° 122, p. 69.
- « *La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli* », Frédéric Krenc et Françoise Tulkens, in *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann*, Éd. WLP 2015, p. 289.

#### § 2 - Revues.

- « *La protection de la santé et de l'environnement au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, peut-on établir un parallèle ?* », Paul Tavernier, in *mélanges en l'honneur de Dean Spielmann* Éd. WLP 2015.
- « *La loi du 11 mai 2020 validée en urgence par le Conseil constitutionnel* », Jean-Eric Gicquel, *Gaz. Pal.* 2 juin 2020, n° 20.
- « *Les états d'urgence en droit français : quelles différences entre les régimes de 1995 et 2020 ?* », Patrick Lingibé, *Gaz. Pal.* 19 mai 2020, n° 19.
- « *Couvre-feu municipal en période de confinement national : le contrôle rigoureux du juge administratif* », Thibaut Leleu, *Gaz. Pal.* 5 mai 2020, n° 17.
- « *La validité des règles de confinement prises dans le cadre de la campagne de lutte contre la propagation du coronavirus* », Jacques Fialaire, *LPA* n° 153, p. 121.
- « *Lutte contre le Covid-19 : les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement* », *Gaz. Pal.* 24 mars 2020, n° 12.
- « *Les drones et le Conseil d'État : le contrôle des mesures de police administrative par le juge administratif* », Patrick Lingibé, *Gaz. Pal.* 30 juin 2020, n° 24.

- « *L'honneur de l'équilibriste, la chambre criminelle face à la prolongation de la détention provisoire* », note sous Crim 26 mai 2020, Jean-Baptiste Perrier, Recueil Dalloz 18 juin 2020, n° 22.
- « *Privation de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental ?* », Serge Slama, Dalloz AJ Pénal mai 2020, n° 5.
- « *La fin des "prolongations de plein droit" des détentions provisoires intervenues dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire* », Haritini Mastopoulou, La Semaine juridique, Éd. Gén. 22 juin 2020, n° 25.
- « *Les principes directeurs du procès pénal à l'épreuve de l'épidémie de Covid-19* », Haritini Mastopoulou, La Semaine juridique, Éd. Gén. 8 juin 2020, n° 24.
- « *Atteintes aux libertés : phénomène conjoncturel ou tendance de fond ?* », Entretien avec Guillaume Tusseau et Thomas Bidnic, Gaz. Pal. 28 juillet 2020, n° 28, p. 9
- « *Le droit pénitentiaire à l'épreuve du Covid-19* », Jean-Paul Cere, , Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> septembre 2020, n° 29, p. 88.
- « *Délit de violations réitérées du confinement* » Jean-Marie Brigant , Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> septembre 2020, n° 29, p. 74.

### § 2 - Ouvrages.

- « *Droits de l'homme et libertés fondamentales* », J.-J. Robert, J. Dufar, 8<sup>e</sup> éd. Montchrestien.
- « *Droit des libertés fondamentales* », P.-H. Prétot, Hachette, 2<sup>e</sup> éd., 2010.
- « *Mélanges* », François Julien-Laferrière, Éd. Bruylant, 2011.
- « *Traité de droit européen des droits de l'homme* », Jean-François Renucci, LGDJ, Éd. 2007.

## II. Sur la liberté de religion.

### § 1 - Articles.

- « *Réunion publique, réunion privée : qui peut se rassembler pendant le déconfinement ?* », par Laura Andrieu et Étienne Jacob - Le Figaro - Publié le 18 mai 2020 mis à jour le 21 mai 2020.
- « *Liberté de culte, une controverse française* » La Vie - Publié le 28/05/2020 - Laurence Desjoyaux, avec Sixtine Chartier et Marie-Lucile Kubacki.

### § 2 - Revues.

- Emmanuel Tawil, « *La liberté de culte, liberté fondamentale de valeur constitutionnelle ?* » (JCP A, 2004 p 285-287).
- Louis Edmond Pettiti, « *Liberté de religion, textes internationaux et Cour européenne des droits de l'homme* », Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles, Bruylant 1992.
- Brigitte Gaudemet-Basdevant, « *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France* », Rapport du Conseil d'État français, XI<sup>e</sup> conférence des cours institutionnelles européennes, novembre 1998.
- « *La liberté de religion à l'épreuve de la Cour de Justice de l'Union européenne* », G. Gonzalez, Rev. Tr. dr.h. avril 2020, n° 122, p. 103.

### § 3 - Ouvrages.

- Emmanuel Tawil, « *Justice et religion, la laïcité à l'épreuve des faits, questions judiciaires* », PUF, 2004.
- Jacques Robert, Jean Duffar, « *Droits de l'homme et libertés fondamentales* », Montchrestien.
- Anne Demetz, Commentaires sur la loi de 1905 du « *Dictionnaire de la Laïcité* », publié (éd. Mai 2011) chez Armand Colin, sous la direction de Martine Cerf et de Marc Horwitz.

- Jean-Pierre Schouppe, « *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », publications de l'Institut international des droits de l'homme, Institut René Cassin de Strasbourg, édition Pedone, 2015.
- Jacques Robert, Jean Duffar, « *Droits de l'homme et libertés fondamentales* », Montchrestien.
- Laurent Eck, « *Constitution et libertés religieuses* ».
- Emmanuel Tawil, « *L'autonomie des collectivités religieuses* ».
- Jean Dhommeaux, « *L'ONU et la liberté religieuse* ».
- Paul Lemmens, « *Quelques réflexions sur la liberté de religion et la Cour européenne des droits de l'homme* ».
- Thierry Massis, Christophe Pettiti « *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme* », Droit et justice n° 58, édition Bruylant, 2004.
- Emmanuel Tawil, « *Justice et religion, la laïcité à l'épreuve des faits, questions judiciaires* », PUF, 2004.

#### § 4 - Rapports et études.

- Jean-François Renucci, « *L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, la liberté de pensée, de conscience et de religion* », Conseil de l'Europe, Strasbourg, collection Dossiers sur les droits de l'homme n° 20. 2005.
- Emmanuel Decaux, « *René Cassin et la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme* », journée d'étude de la CNCDH et de l'Institut Cassin au Conseil d'État, de la France libre aux droits de l'homme, l'héritage de René Cassin, la Documentation française 2008.
- Anne Demetz: « *Les arrêts Témoins de Jéhovah c France: une condamnation "prévisible"* », Commentaire des arrêts CourEDH Association les Témoins de Jéhovah c. France des 30 juin 2011 (au principal) et 5 juillet 2012 (satisfaction équitable), requête n° 8916/05 lors du séminaire sur « La France et la CEDH », organisé, par (IDHBP), Le Centre de Recherche et d'Études sur les Droits de l'Homme et le droit humanitaire CREDHO, l'Institut international des droits de l'homme René Cassin, avec le soutien de l'IDHAE, le 4 avril 2014 <http://idhbp.org/print.php?id=12>
- Jean-Marc Sauvé, « *Liberté de conscience et liberté religieuse en droit public français* », contribution à l'étude collective à l'occasion du 15<sup>e</sup> anniversaire de la Cour administrative suprême de Lituanie, 11 octobre 2017.
- « *Religion et Cour européenne des droits de l'homme* », Actes du colloque de l'Association de promotion interuniversitaire des droits de l'homme 4 et 5 mai 2013.
- Jean-Pierre Schouppe, « *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », publications de l'Institut international des droits de l'homme, Institut René Cassin de Strasbourg, édition Pedone, 2015.

### III. Sur le droit du travail.

#### § 1 - Articles.

- « *La Charte sociale du conseil de l'Europe et son œuvre de régulation (1961-2011) le Comité européen des droits sociaux: esquisse d'un bilan* », Belorgey J.-M., RTDH, 2011, p. 787.
- J.-P. Marguénaud, « *Big boss is watching you - Alertes sur le contrôle des activités électroniques des salariés* », RTDH, 2017/1017.
- « *Existe-t-il une liberté de ne pas travailler ?* », par R. Encinas de Munagorri, Dr Soc. Mai 2020, p. 416.
- « *Le droit social à l'épreuve du Covid-19* », par Sophie Sereno, Gazette du palais 2 juin 2020.
- « *Actualité de la Charte sociale européenne, chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives* », Jean-François Jakandji-Kombé, RTDH 2012, p. 547.

- « *Ombre et lumière du Comité européen des droits sociaux* », Manuela Brillat, RTDH 2016, p. 1 007.
- « *La Charte sociale européenne révisée* », Christophe Pettiti, RTDH 1997, p. 4.
- « *La liberté d'expression syndicale* », Steve Gilson et France Lambinet, RTDH 2013, p. 351.
- « *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question* », Muriel Murino, RTDH 2007, p. 463.

### § 2 - Revues.

- « *Le droit social à l'épreuve du Covid-19* », Droit Social, juillet-août 2020, n° 7/8.

### § 3 - Ouvrages.

- Bernard Teyssié « *Droit européen du travail* », Lexis Nexis, 6<sup>e</sup> édition.

## IV. Sur l'interdiction des discriminations.

### § 1 - Articles.

- *La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale* », Édouard Dubout, RTDH 2010, p. 987.
- *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution* », Édouard Dubout, RTDH 2008, p. 821.
- *La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire, une avancée décisive sur le plan des principes* », Florence Benoit-Rohmer, RTDH 2001, p. 999.
- *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* », ss la dir. de Frédéric Sudre et Hélène Surel, collection Droit et Justice n° 81, Éd. Bruylant 2008.
- Claire Hédon, présidente d'ATD Quart Monde jusqu'à mi-juillet 2020, avant d'être nommée Défenseure des Droits a insisté également sur « *les conséquences dramatiques de la crise sanitaire et le fait que cette dernière avait non seulement mis en lumière les inégalités mais qu'elle les avait également creusées fortement* » : <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/claire-hedon-defenseure-des-droits-cette-institution-doit-defendre-tous-les>

### § 2 - Ouvrages.

- *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Éd. FRA, 2011, la jurisprudence des comités des droits de l'homme des Nations Unies, Ludovic Hennebel, collection Droit et Justice, n° 77, E. Bruylant 2007.

## C. TROISIÈME PARTIE.

### § 1 - Articles.

- Claire Saunier, « *La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire* », blog.juspoliticum.com, 11 avril 2020.
- Jean-Baptiste Jacquin, « *Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge* », lemonde.fr, 4 avril 2020.
- Paul Cassia, « *Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution* », Mediapart blog de Paul Cassia, 27 mars 2020.
- Dominique Rousseau, « *Municipales : dissocier les deux tours est inconstitutionnel* », Challenges, 18 mars 2020.
- « *Les classes pauvres et les femmes ont le plus pâti du confinement, souligne l'Insee* ». Ouest France avec AFP. Publié le 19/06/2020.
- « *Baisse de motivation des étudiants, interactions "au point mort" avec les enseignants : le ras-le-bol des cours en ligne* », par Alice Raybaud – Le Monde - Publié le 16 juin 2020. Mis à jour le 17 juin 2020.

## § 2 - Revues.

- « *Le Conseil d'État et le Covid-19 - Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules...* », Baptiste, La Semaine juridique, Éd. Gén. 1<sup>er</sup> juin 2020, n° 23.
- « *Le législateur foudroyé par les juges constitutionnels* », par Jean Pradel, Dalloz n°33, 1<sup>er</sup> octobre 2020.

## D. QUATRIÈME PARTIE.

### § 1 - Articles.

- Dominique Rousseau : « *Maintenir l'état d'urgence, c'est permettre de réprimer les manifestations* », propos recueillis par Rebecca Fitoussi Public Sénat, le 7 juin 2020.
- Lettre ouverte aux parlementaires de la LDH - « *Projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire le 16 juin 2020* », <https://www.ldh-france.org/projet-de-loi-organisant-la-fin-de-letat-durgence-sanitaire/>
- *Coronavirus. « Pouvait-on éviter le confinement ? »*, Alexis Boisselier. Ouest France. Publié le 10/06/2020.
- « *Le Sénat vote le projet de loi pour sortir de l'état d'urgence sanitaire mais... Les sénateurs ont limité les pouvoirs octroyés au Premier ministre par le projet de loi, reprochant au gouvernement de vouloir reprendre « exactement » ceux de l'état d'urgence.* », Le HuffPost avec AFP 23/06/2020.
- « *Le confinement "ne s'imposait pas nécessairement" dans tout le pays, estime un ancien DGS* », Ouest France avec AFP. Publié le 23/06/2020.
- « *Est-il vrai que Bill Gates est "propriétaire d'une partie" de l'OMS ?* », Le Monde. Publié le 24 juin 2020.
- « *Coronavirus : le nombre de morts par pays* », – Wikinews (Wikimedias).
- « *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés* », Jean-Marc Sauvé, publication Conseil d'État, discours 17 mars 2017.
- « *Ces élections législatives qui ont transformé notre histoire politique* », par Chloé Leprince France culture. Publié 09/06/2017 (mis à jour le 18/06/2017).
- « *LITTÉRATURE - L'écrivain et avocat François Sureau dénonce le grignotage des libertés* », par AFP JDD - 25 sept. 2019.
- « *Confinement, masques et chloroquine, un médecin accuse le professeur Perronne dénonce les agissements de l'État* » publié les 12 et 13 juin 2020 - Le Figaro magazine.
- « *Confinement : le délit de non-respect est validé par le Conseil constitutionnel* » Quatre violations du confinement en trente jours étaient passibles de six mois de prison et 3 750 euros d'amende, selon la loi du 23 mars. Par Jean-Baptiste Jacquin - Le Monde Publié le 26 juin 2020.

### § 2 - Revues.

- « *L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises* », J.-P. Marguénaud, Rev. Tr. dr.h. avril 2020, n° 122, p. 139.
- « *Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe* », Philippe Frumer, RTDH 2005, p. 799.
- « *Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme, bilan, questions critiques et défis* », Françoise Tulkens, RTDH 2014, p. 333.
- « *Dire le droit, rendre la justice, quelle Cour européenne des droits de l'homme* », Frédéric Krenc, RTDH 2018, p. 311.

- « *Quelle stratégie contentieuse de protection des droits fondamentaux devant le juge national en période de crise : réflexe constitutionnel et réflex européen ?* », Hélène Gaudin, *Revue général du droit* 2020, n° 52207.
- « *Le vaccin contre le Covid-19 : un bien public mondial de l'humanité !* », Nadège Reboul-Maupin, *Recueil Dalloz* 4 juin 2020, n° 20.
- « *Stop Covid : la santé au prix de nos libertés* », Ludovic Pailler, *Recueil Dalloz* 7 mai 2020, n° 17.
- « *Masques et... mascarades A propos de la crise de la Covid* », Gilles Paisant, *La Semaine juridique*, Éd. Gén. 13 juillet 2020, n° 28.
- « *Traçage des données mobiles : ne sacrifions pas la protection de nos données sur l'autel de la crise sanitaire* », Guillaume Desgens-Pasanau, *La Semaine juridique*, Éd. Gén. 4 mai 2020, n° 18.
- « *La responsabilité de l'État et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de Covid-19* », par Thierry Dal Farra *AJDA* n° 26, 2020.
- « *La France en enfance* », par Pierre Vermeren, *La revue des deux mondes*, septembre 2020, p. 78.
- « *De guerre lasse* », Valérie Tranian, *La revue des deux mondes*, septembre 2020, p. 78
- « *L'Italie, pays cible de la propagande chinoise à l'heure du Covid-19* », par Philippe Le Corre, *Fondation pour la recherche stratégique*, 6 avril 2020, n° 16/20.
- Entretien avec Jean-Paul Costa, juge à la Cour européenne des droits de l'homme - Nicolas Hervieu 18 | 2020 *Revue des droits de l'homme* - N° 18, <https://doi.org/10.4000/revdh.10392>

### § 3 - Ouvrages.

- « *La défense des requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme* », ss la dir. de Magdalena Forowicz, Elisabeth Lambert, Inan Sevinc, collection *Droit et Justice*, n° 104, Éd. Nemesis.
- « *La requête individuelle en vertu de la convention européenne des droits de l'homme* », Linos Alexandre Sicilianos et Maria Andriani Kostopoulo, guide procédural, Edition du Conseil de l'Europe, 2019.
- « *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé* », ss la dir. de Emmanuel Decaux et Christophe Pettiti, collection *Droit et Justice*, n° 84, Éd. Bruylant.
- « *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme* », Sandrine Wathée, collection *Droit et Justice*, n° 107, Éd. Bruylant.

### § 4 - Rapports et études.

- « *Coronavirus et état d'urgence sanitaire : la Convention européenne continue de s'appliquer* », Olivier Baillet, *Dalloz actualité*, 17.04.2020 - <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/coronavirus-et-etat-d-urgence-sanitaire-convention-europeenne-continue-de-s-appliquer>

## V. PARTENAIRES ET SOUTIENS.

### A. PRÉSENTATION DU RAPPORT DE L'IDHBP ET DE L'IDHAE

Dès le 17 mars 2020, certain(e)s d'entre nous ont commencé à faire l'inventaire des droits fondamentaux atteints par le confinement forcé généralisé (CFG), qui venait d'être décrété la veille par le gouvernement français. La prise de conscience progressive de l'ampleur des droits atteints, aggravée et confirmée par la loi n° 2020-290 d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 et ses mesures d'accompagnement, les a amenés à conclure que, de leur vivant, la pérennité de la démocratie en France n'avait jamais connu un tel enjeu.

Leur constat a trouvé un écho, auprès des juristes de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris et de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, et au-delà, avec lesquels, ces personnes s'efforcent depuis longtemps de promouvoir et de défendre les droits fondamentaux.

Tout(e)s très attaché(e)s à ces droits, ont donc décidé de rassembler leur énergie et connaissances pour évaluer l'atteinte qui leur était faite et questionner sa compatibilité avec les obligations de la France au regard principe de proportionnalité consacré tant par sa Constitution, que par les conventions internationales qui limitent et contrôlent le pouvoir des États, lorsqu'au motif d'un péril, ils veulent réduire les libertés individuelles.

En l'absence d'expertise préalable par le gouvernement et le Parlement sur les risques juridiques d'atteintes à ces libertés, causés par la promulgation de mesures y dérogeant, il leur est, en effet, apparu indispensable de mener une réflexion globale sur les dispositifs pris, et de mettre à disposition des citoyens pour leur information un rapport sur les garanties attachées au plein exercice de ces droits.

Le travail des auteur(e)s du Rapport qui sont pour la plupart membres des deux Instituts comporte une analyse de l'ensemble des dispositifs adoptés en France par rapport aux instruments internationaux des droits fondamentaux. Elle a une vocation éducative recherchée, non seulement pour le grand public et la presse, mais aussi pour les juristes, et les praticiens des droits fondamentaux. Elle n'est évidemment pas exhaustive, mais permet de donner les bases de la réflexion nécessaire. Le travail a été réalisé par thèmes en comparant dans chaque domaine (droit à l'éducation, liberté religieuse, droit au travail...) les mesures prises par le gouvernement français dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et la sortie de celui-ci avec les instruments internationaux de droits fondamentaux. Cette méthodologie permet de pouvoir mieux comprendre les enjeux des dispositifs pris dans des situations d'urgence, sans nécessairement être juriste ou spécialiste des droits fondamentaux.

Il s'agit d'une œuvre de collaboration émanant d'auteur(e)s qui ont des parcours et fonctions professionnelles différents. Le Rapport présente les auteur(e)s et le travail réalisé par chacun. Le Rapport est donc un ensemble sous l'égide des deux Instituts, sans que les auteur(e)s aient tout(e)s participé à chaque partie, et ils auraient pu d'ailleurs individuellement aborder chaque thème de manière différente.

Dans une partie distincte (partie V), des contributions extérieures plus techniques ou plus spécialisées sont réunies émanant d'universitaires, avocat(e)s, magistrat(e)s, ONG. Elle permet d'illustrer des problématiques spécifiques, en France et dans le monde. Les contributeurs n'ont donc pas participé au travail d'analyse tel qu'il est présenté dans les parties I à IV. Ils ont accepté d'apporter un éclairage particulier à cette situation exceptionnelle créée par les mesures prises dans le cadre de cet état d'urgence sanitaire consécutif au Covid-19.

La partie VI comporte un ensemble d'éléments bibliographiques sur les droits fondamentaux et sur les mesures prises depuis mars 2020. Elle est complétée, en partie VII, par des annexes regroupant les principales mesures prises sur le plan législatif, les avis des différentes institutions nationales et européennes, les premières décisions des tribunaux, quelques textes internationaux pertinents, et des chroniques juridiques et articles de presse.

Nous avons publié librement dans un premier temps un **pré-Rapport, le 3 mai 2020** avant la sortie du confinement. Il permettait de faire un premier état des lieux sur les dispositifs pris par le gouvernement dans le cadre des mesures liées au confinement forcé généralisé. Un communiqué de presse a été publié à cette date préconisant de mettre fin au confinement généralisé contraint, et à adopter d'autres mesures pour répondre au Covid-19 (voir communiqué de presse dans les annexes). De même, vous trouverez ci-après en page 4 du Rapport, l'abstract (en français et en anglais) du pré-Rapport qui a été réalisé le 3 mai 2020 et qui alertait le gouvernement sur les atteintes aux libertés.

Le présent ouvrage est le **Rapport définitif**, lui-même enrichi par les contributions qui nous ont été apportées. Il est à jour globalement à fin du mois de septembre 2020, mais on ne peut exclure une évolution de la situation en termes de questionnement des droits fondamentaux. Le gouvernement a fait adopter une loi « organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire » contenant elle-même des mesures dérogatoires en matière de libertés qui ont vocation à s'appliquer jusqu'à fin octobre 2020. Le projet de loi adopté le 2 octobre 2020 par l'Assemblée nationale prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence conduit désormais à maintenir l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021, puis il a été abandonné avec l'adoption d'un décret déclarant l'état d'urgence sanitaire le 14 octobre 2020. En outre, de nombreux textes d'application sont encore adoptés par le gouvernement pour encadrer la sortie du confinement généralisé, et répondre à l'actualité sanitaire. Depuis la sortie de ce confinement, les juridictions ont été saisies de manière plus importante pour statuer sur la conformité des mesures adoptées par rapport aux droits fondamentaux. Le Rapport ne pouvait tenir compte que des décisions les plus importantes. L'histoire juridique de cette crise n'est pas terminée, mais il est apparu nécessaire de publier maintenant ce Rapport, pour permettre de mesurer l'impact des mesures prises sur les droits fondamentaux, et alerter nos gouvernants sur la nécessaire réflexion juridique qui doit être menée en matière de droits fondamentaux dans cette lutte complexe contre le virus.

Ainsi, nous mettrons en application cette réflexion de René Cassin, Prix Nobel de la Paix :

*« Le droit à la vie, oui, mais pas à n'importe quelle vie ! ».*

## B. LE BARREAU DE PARIS.



Les Instituts ont bénéficié du soutien du **Barreau de Paris**, à l'initiative de Monsieur le Bâtonnier **Olivier COUSI** et Madame la Vice-Bâtonnière **Nathalie RORET** permettant de publier le Rapport définitif. Les auteur(e)s les en remercient. Ainsi, le travail de l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris créé sous l'initiative du Barreau de Paris, permet d'enrichir les travaux réalisés par le Barreau dans le cadre de l'initiative « Sentinelles des libertés » créée à l'occasion du confinement généralisé, et qui s'est poursuivi à la sortie de l'état d'urgence sanitaire. Le Barreau de Paris a toujours apporté un soutien important à la promotion des droits fondamentaux, et à la défense des libertés dans le monde, et des avocats en danger. Le rapport réalisé par l'IDHBP est ainsi publié dans la version définitive sous l'égide du Barreau de Paris. <http://www.avocatparis.org/>

## C. LE FONDS DE DOTATION BARREAU DE PARIS SOLIDARITÉ.



L'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris bénéficie du soutien du Fonds de dotation du Barreau de Paris Solidarité, notamment cette année pour la réalisation du rapport définitif. L'IDHBP remercie le Conseil d'administration du Fonds.

<https://www.barreausolidarite.org/>

## D. SOUTIENS EXTERNES.

L'IDHBP a décidé de faire un appel aux dons, pour permettre de financer, pour partie, certaines dépenses.

### § 1 - Coordination.

La répartition du travail de tous(te)s les auteur(e)s, sa structuration et sa mise en cohérence, est déjà un investissement. S'y ajoutent l'organisation du Rapport, l'intégration des contributions de celles et ceux qui décidé d'y participer, dans sa phase complémentaire. Sans compter une relecture attentive, tant sur la forme que sur le fond, de tous les contenus, laquelle a demandé, vu la thématique qui les fédèrent, très liée à une actualité mouvementée, des réadaptations constantes.

### § 2 - Maquette.

Les prestations de la maquettiste, qui nous a rejoint avec célérité et détermination en raison de l'intérêt porté à notre projet, sont conséquentes tant pour le pré-Rapport que pour le Rapport définitif.

### § 3 - Traductions.

Notre projet, comme les droits et libertés qu'il défend a une portée universelle.

Son contenu au-delà des spécificités propres à la réaction de l'État français face à la pandémie, intéresse les citoyen(ne)s et les juristes de bien d'autres pays (hors la France nous avons déjà une contribution d'Haïti, d'autres viennent).

Partout les droits fondamentaux ont été remis en cause, au motif du Covid 19. Particulièrement là où les démocraties sont inexistantes ou fragiles. Partout, il faut donc les défendre. Aussi même si le Rapport est publié en français, il a été tenté et sera encore tenté d'en traduire des extraits dans d'autres langues.

### § 4 - Diffusion.

Pour la publication du Rapport définitif nous allons recourir à un éditeur en ligne, qui se chargera de toutes les formalités inhérentes à cette prestation, dont les IDH n'ont pas habituellement la pratique. Ceci afin de le rendre plus accessible, en termes de support comme de coût, par comparaison avec une édition classique. Là encore vos dons peuvent être utiles.

Pour conclure, nous avons pleinement conscience que l'époque ne vous épargne pas non plus.

Ce pourquoi nous tenons à rappeler que le plus important pour nous, ce ne sont pas vos dons, aussi précieux soient-ils mais que chacun(e) puisse trouver à la lecture du Rapport des armes pour affirmer sa dignité face aux crises, présentes ou à venir, qui secouent la planète.

Nos destinées nous appartiennent.

## E. DONS.

(non admissibles, pour le moment à la déduction prévue à l'article 200 CGI)

### § 1 - Modalités.

Pour faire un don à l'IDHBP, il vous suffit de retourner le formulaire de reçu ci-dessous, rempli, à l'IDHBP, par courriel ou courrier au moment où vous effectuez votre don, par virement ou chèque.

Il vous sera ensuite renvoyé, signé, par l'IDHBP.

Le formulaire de reçu peut également être téléchargé sur le site de l'IDHBP : <http://idhbp.org/>

### § 2 - Contacts et coordonnées bancaires pour l'IDHBP.

Les adresses courriel et courrier de l'IDHBP figurent sur le formulaire de contact ci-dessous.

Toutefois, pour rappel les voici ;

Courriel : [contact@idhbp.org](mailto:contact@idhbp.org)

Courrier : 57, avenue Bugeaud 75116 Paris - France.



## Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris

Sous le haut patronage de l'Unesco et de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris

### – ATTESTATION DE DON <sup>2</sup> –

(à remplir et renvoyer à l'IDHBP, qui vous la retournera signée).

Avertissement : les dons faits à l'IDHBP ne sont pas encore éligibles à la déduction fiscale prévue aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôt (demande en cours).

#### ■ NUMÉRO D'ORDRE :

année / mois [2 chiffres] / jour [2 chiffres] / heure [2 chiffres]<sup>3</sup>

Année		Mois		Jour		Heure	

#### ■ DATE :

Année		Mois		Jour	

#### ■ DON REÇU DE :

Civilité et adresse	Nom	Prénom
Madame		
Monsieur		
Adresse :		

#### ■ MONTANT :

EUROS	
-------	--

#### ■ MODE :

Dons en numéraire	Banque
Virement	
Chèque	
Espèces	

**IBAN IDHBP : FR76 3000 4019 6000 0005 3799 155**

*[bien spécifier avec l'ordre de virement donné à la banque DON IDHBP, comme motif]*

#### ■ MENTIONS LÉGALES :

Les informations recueillies sur ce formulaire sont enregistrées dans un fichier informatisé par l'IDHBP, sa qualité de responsable de traitement à des fins de gestion des dons. Les données collectées sont réservées au seul usage du service concerné. Les données sont conservées pendant le temps nécessaire à la gestion des dons.

Conformément au Règlement européen 2016/679 sur la protection des données personnelles du RGPD et à la loi française n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, du 6 janvier 1978, vous pouvez accéder aux données vous concernant, les rectifier, demander leur effacement ou exercer votre droit à la limitation du traitement de vos données.

Vous bénéficiez également, pour des motifs légitimes, au droit de vous opposer au traitement des données vous concernant, sauf dans les cas où le traitement présente un caractère obligatoire.

Vous pouvez exercer ces droits par courrier électronique à contact@idhbp.org ou par courrier postal à l'adresse de l'IDHBP.

Vous remerciant, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sincères salutations.

FAIT À PARIS LE

la Trésorière de L'IDHBP.

Signature

2 - PDF non interactif : vous pouvez aller à l'onglet « Édition » et cliquer sur l'option « Ajouter du texte » (ou aller à l'onglet « Markup » et cliquer sur « Text Box »), et puis double-cliquez sur un champ pour saisir des données ou des textes.

3 - Exemple : 2000.20.01.12.00.

## VI. REMERCIEMENTS.

Les remerciements de l'IDHBP et de l'IDHAE vont particulièrement à (par ordre alphabétique) :

### ILLUSTRATIONS

- **Noëlle HERRENSCHMIDT**

Aquarelliste reporter.

*« Mon métier, c'est de raconter, par des aquarelles faites sur le vif, par des témoignages recueillis sur place, le fonctionnement des institutions qui fondent notre société et les hommes et les femmes qui y travaillent : la justice, la santé, la religion, aujourd'hui, la politique. Les dessins, mine de plomb et aquarelles, sont toujours faits en direct, au plus près de la vérité quotidienne de ceux que je rencontre. C'est cette vérité humaine que je continue de chercher et de découvrir avec passion. »*

<http://www.noelle-herrenschmidt.fr/>

Pour nous avoir autorisé à reproduire au Rapport toutes les illustrations y figurant.

Elles sont issues de ;

*« À la vie, à la mort, l'hôpital »* - Éditions Gallimard, 2003

*Naître, grandir, vivre, vieillir, mourir. Trois ans de plongée dans le monde hospitalier.*

### MISE EN PAGES

- **Valérie KLEIN**

Maquettiste.

[valerie.domino.pao@free.fr](mailto:valerie.domino.pao@free.fr)

Pour avoir accepté de commencer à revoir la maquette du projet de pré-Rapport, avec enthousiasme et créativité, avant même d'être sûre que les IDH seraient à même de recourir à ses services à titre définitif.

### TRADUCTIONS

- **Virginio ARCAIO**

Étudiant en droit, français et italien.

Pour avoir assuré la traduction en italien de certaines parties du Rapport.

- **Mme Nora BERKOU**

Médecin allergologue.

Pour avoir assuré la traduction en espagnol de certaines parties du Rapport.

- **Mme Clarisse FARIA-FORTECOËF**

Docteur en Sciences de l'Éducation, Chargée de projets européens au Cnam (Conservatoire national des arts et métiers).

Pour avoir assuré la traduction en portugais du communiqué de presse du Rapport.

- **Mme Marie Avril ROUX**

Avocate aux Barreaux de Berlin et de Paris (cabinet M.AR.S-IP).

Spécialisée en droit de la propriété intellectuelle, des communications et des nouvelles technologies.

Pour avoir assuré la traduction en anglais et en allemand de certaines parties du Rapport.

**AUTRES PARTICIPATIONS****• Ndiogou Pape MBAYE**

Docteur en droit privé.

Avocat au Barreau de Paris.

Pour ses avis éclairés sur certaines parties du rapport et l'aide apportée à la publication d'une contribution.

**• Monsieur le Bâtonnier Olivier COUSI et Madame la Vice-Bâtonnière Nathalie RORET**

Pour le soutien apporté à la publication du Rapport définitif et sa diffusion.

• **L'ensemble des contributeurs** qui ont accepté d'apporter leurs connaissances et expertises des droits fondamentaux pour enrichir le Rapport des Instituts.

## VII. DIFFUSION DU PRÉ-RAPPORT.

### COMMUNIQUÉS DE PRESSE DU 3 MAI 2020

Communiqué en français, anglais, allemand, espagnol, italien et portugais.

#### PERSONNES POLITIQUES

Députés

Sénateurs

#### MÉDIAS

##### • Presse nationale

###### a) Juridique

Dalloz

Gazette du palais

Village de la Justice

Le journal des Sociétés

Droit et Patrimoine

Le Monde du Droit

###### b) Générale

L'AFP

Le Monde

Le Figaro

Libération

Marianne

##### • Presse régionale

Sud-Ouest

##### • Autres médias

Europe n° 1

France Culture

#### INSTITUTIONS

##### • Nationales

CNCDH

Défenseur des droits

Sénat

Assemblée Nationale

##### • Internationales

Conseil de l'Europe

Commissaire aux droits de l'homme  
du Conseil de l'Europe

Cour européenne des droits de l'homme

## VIII. RÉPARTITION ET DESCRIPTIF DU TRAVAIL DES CO-AUTEUR(E)S.

Pour le Rapport et le pré-Rapport.

### Laurence AZOUX-BACRIE

#### PREMIÈRE PARTIE

##### TITRE II. LE CONTRÔLE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.

###### Chap III. Les contrôles en droit international.

C. Les lois et conventions européennes et internationales sur la bioéthique.

D. Les prescriptions de l'OMS.

#### SECONDE PARTIE

##### TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.

###### Chap II. Les droits économiques, sociaux et culturels.

B. Droit à la santé.

#### QUATRIÈME PARTIE

##### TITRE I. CONNAISSANCE DU VIRUS ET MOYENS POUR LE COMBATTRE (avec Martine COHEN).

###### Chap I. Les moyens mis en œuvre pour combattre la mortalité due au virus.

###### Chap II. Les personnes qui risquent de mourir du virus.

A. Les causes répertoriées.

B. Garantir une protection complète aux personnes menacées de mort.

§ 1 - Les personnes à risques de surexposition professionnelle.

###### Chap III. Les moyens médicaux mis en œuvre.

#### AUTRES TRAVAUX

– Participation à la vidéo pour les trophées pro Bono 2020 du Barreau de Paris.

– Contact pour une contributrice et deux auteurs, diffusion du pré-Rapport.

### François BARRIERE et Natalia ROTARU

#### SECONDE PARTIE

##### TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.

###### Chap II. Les droits économiques, sociaux et culturels.

D. Le droit à l'éducation.

### Emmanuelle CERF

#### PREMIÈRE PARTIE

##### TITRE II. LE CONTRÔLE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.

###### Chap II. Les contrôles en droit européen.

A. Le Conseil de l'Europe.

§ 2 - La Cour européenne des droits fondamentaux.

§ 3 - Autres modalités de contrôle et de sanction du respect des droits fondamentaux.

###### Chap III. Les contrôles en droit international.

A. Le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP du 16 décembre 1966).

B. Les Principes de Syracuse du 28 septembre 1984.

**SECONDE PARTIE****TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.****Chap I. Les droits civils et politiques.**

- A. Les instruments de protection de ces droits.
- B. Droit à un procès équitable.
- C. Droit à la vie privée et familiale.
- F. Droit à la liberté de réunion ou d'association.
- G. Droit à la liberté de circulation.

**§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.**

- a) Cas des réfugiés.
- b) Cas des SDF et des associations caritatives.

**Chap II. Les droits économiques, sociaux et culturels.**

- F. Droit à la liberté d'entreprendre.

**TROISIÈME PARTIE****TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI.****Chap II. Les nouvelles atteintes aux libertés.**

- A. Droits civils et politiques.

**§ 1 - Droit à des élections libres.****§ 2 - Droit à la liberté et à la sûreté.****QUATRIÈME PARTIE****TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D'UNE PROPORTIONNALITÉ.****Chap I. La recherche d'une réponse proportionnée.**

- A. Les dérogations prévues par les articles 4 PIDCP, 15 CEDH et 52 CDFUE.
- B. Les restrictions prévues aux articles 6, 7, 8, 9, 10, 11 CEDH.
- C. Ce que pourrait être des mesures proportionnées.

**AUTRES TRAVAUX**

Pour le pré-Rapport :

– Centralisation des contenus hors contributions, participation aux traductions, relecture approfondie, diffusion du pré-Rapport.

Pour tout le Rapport :

- Recherche de la maquettiste et mise en contact.
- Participation à la vidéo pour les trophées pro Bono 2020 du Barreau de Paris.

**Martine COHEN****QUATRIÈME PARTIE****TITRE I. CONNAISSANCE DU VIRUS ET MOYENS POUR LE COMBATTRE (avec Laurence AZOUX BACRIE).****Chap I. Les moyens mis en œuvre pour combattre la mortalité due au virus.****Chap II. Les personnes qui risquent de mourir du virus.**

- A. Les causes répertoriées.
- B. Garantir une protection complète aux personnes menacées de mort.

**§ 1 - Les personnes à risques de surexposition professionnelle.**

Chap. III. Les moyens médicaux mis en œuvre.

**Anne DEMETZ**

Abstract en français : « Au regard des conventions internationales, le confinement forcé général est-il légal ? ». Pour le pré-Rapport.

**PREMIÈRE PARTIE****TITRE I. LES CONDITIONS DU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.****Chap I. Présentation : l'urgence sanitaire en France au regard du principe de proportionnalité.****Chap II. L'urgence ne dispense pas d'un contrôle de proportionnalité effectif.****Chap III. Sociétés démocratiques et non démocratiques : les risques de contamination.**

A. Les libertés individuelles sont le fondement d'une société démocratique.

B. Une société non démocratique ne repose pas sur les libertés individuelles.

§ 1 - La non-reconnaissance des principes d'universalité et d'indivisibilité des droits.

**SECONDE PARTIE****TITRE I. LA GENÈSE DE LA LOI SUR L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE DE 2020.****Chap II. L'urgence sanitaire : les premiers textes restrictifs des libertés.****TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.****Chap I. Les droits civils et politiques.**

D. Droit à manifestation des libertés de pensée, de conscience et de religion.

Notes sur la loi de 1905 et complément de références.

**TROISIÈME PARTIE****TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI.****Chap II. Les nouvelles atteintes aux libertés.**

A. Droits civils et politiques.

§ 2 - Droit à la liberté. et à la sureté.

e) Le droit à la sureté de sa personne hors détentions arbitraires.

**Chap III. Le risque que l'état d'urgence génère l'état d'urgence.**

B. L'état de la France après le confinement forcé généralisé (CFG).

C. Le risque que l'état d'urgence génère l'état d'urgence.

**QUATRIÈME PARTIE****TITRE I. CONNAISSANCES SUR LE VIRUS ET MOYENS POUR LE COMBATTRE.****Chap I. Les personnes qui risquent de mourir du virus.**

B. Garantir une protection complète aux personnes menacées de mort.

§ 2 - Les personnes vulnérables ou l'impérieuse nécessité de solidarité.

**TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D'UNE PROPORTIONNALITÉ.****Chap II. La nécessité qu'un contrôle de proportionnalité intervienne *a posteriori*.**

A. « Déconfinement » et « reconfinement ».

B. Le contrôle de conventionnalité du CFG en droit interne.

Au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés.

C. Le contrôle de conventionnalité du CFG en droit international a « brefs » délais.

Au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés.

F. Statistiques de la surmortalité pour certains pays d'Europe.

**SIXIÈME PARTIE** Pour le pré-Rapport.

**I. PRÉSENTATION DE L'IDHBP ET DE L'IDHAE.**

**II. PRÉSENTATION DES AUTEUR(E)S.**

Institut des droits de l'homme du barreau de Paris (IDHBP).

Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(ne)s (IDHBP).

Avocat(e)s au barreau de Paris.

**III. PRÉSENTATION DES CONTRIBUTEUR(E)S.**

Institut des droits de l'homme du barreau de Paris (IDHBP).

Magistrat(e)s (toutes juridictions nationales et internationales confondues).

Avocat(e)s d'autres barreaux français et européens.

Universitaires.

Organisations non gouvernementales (ONG).

**IV. BIBLIOGRAPHIE.**

Pré-Rapport et Rapport, pour les parties rédigées et saisie pour la liberté de religion.

**V. PARTENAIRES ET SOUTIENS.**

Présentation du projet de Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE.

Ce qui est nécessaire pour sa publication complète.

Dons.

**VI. REMERCIEMENTS.** Pré-Rapport et Rapport.

**VII. DIFFUSION DU PRE-RAPPORT.**

**VIII. RÉPARTITION ET DESCRIPTIF DU TRAVAIL DES CO-AUTEUR(E)S.** Pré-Rapport et Rapport, pour les 2/3.

**IX. TABLE DES MATIÈRES.** Pour toutes les parties du Rapport.

**X. ANNEXES.** Choix regroupement, saisie avec répartition en catégorie, (pré-Rapport et Rapport, pour les 2/3).

**AUTRES TRAVAUX**

Pour tout le Rapport :

- Conception (table des matières, prémaquette).
- Recherche de quatre contributeur(e)s, d'un auteur et de l'illustratrice et mise en contact.
- Recherche des traducteurs et traductrices.
- Préparation à recherche de financements.

Pour le pré-Rapport :

- Coordination, mise en cohérence, remise en forme et compléments des contenus.
- Participation à la rédaction du communiqué de presse.
- Diffusion.

**Bertrand FAVREAU**

**PREMIÈRE PARTIE**

**TITRE I. LE CONTRÔLE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.**

**Chap I. Les contrôles en droit interne.**

**A. Le Conseil constitutionnel.**

**SECONDE PARTIE**

**TITRE I. LA GENÈSE DE LA LOI SUR L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE DE 2020.**

**Chap I. État d'urgence, les précédents français.**

**TROISIÈME PARTIE****TITRE I. L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE POURRAIT DEVENIR UN ÉTAT D'URGENCE STATUTAIRE.****TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI.****Chap I. Les atteintes aux libertés reconduites, voire amplifiées.****A. Droits civils et politiques.**

§ 1 - Droit à un procès équitable.

§ 2 - Droit à la vie privée sous l'angle de la protection des données.

**Chap II. les nouvelles atteintes aux libertés.****A. Droits civils et politiques.**

§ 1 - Droit à des élections libres.

§ 2 - Droit à la liberté et à la sûreté.

a) Droit interne.

b) Droit international.

c) Textes y portant atteinte.

d) Conséquences de l'atteinte aux droits.

**C. Le risque que l'état d'urgence génère l'état d'urgence.**

§ 1 - L'état d'urgence sanitaire peut-il devenir un état d'urgence statutaire ?

**AUTRES TRAVAUX**

Pour le pré-Rapport :

– Participation à la rédaction du communiqué de presse.

– Diffusion.

**Isabelle HUET****SECONDE PARTIE****TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.****Chap I. Les droits civils et politiques.****D. Droit à manifestation des libertés de pensée, de conscience et de religion.****Alina NEGREA****SECONDE PARTIE****TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.****Chap I. Les droits civils et politiques.****B. Droit à un procès équitable.**

§ 3 - Textes y portant atteinte.

§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.

**AUTRES TRAVAUX**

Pour le pré-Rapport :

– Participation à la rédaction du communiqué de presse.

– Diffusion.

**Christophe PETTITI****SECONDE PARTIE****TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.****A. Droits civils et politiques.**

**Chap I. Les droits civils et politiques.**

A. Les instruments de protection internationaux des droits économiques et sociaux.

**Chap II. Les droits économiques, sociaux et culturels.**

C. Le droit au travail.

**TROISIÈME PARTIE****TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI.****Chap I. Les atteintes aux libertés reconduites, voire amplifiées.**

B. Droits économiques sociaux et culturels.

§ 1 - Droit au travail.

**Chap II. les nouvelles atteintes aux libertés.**

A. Droits civils et politiques.

§ 3 - L'interdiction des discriminations.

B. Droits économiques sociaux et culturels.

§ 1 - Droit au travail.

**QUATRIÈME PARTIE****TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D'UNE PROPORTIONNALITÉ.****Chap II. La nécessité qu'un contrôle de proportionnalité intervienne *a posteriori*.**

D. Précisions sur le déconfinement et le contrôle de proportionnalité.

E. L'intervention des institutions européennes.

§ 1 - La Cour européenne de Strasbourg.

**SIXIÈME PARTIE**

Bibliographie au 15 juillet 2020 et 15 septembre, et annexes, pour ces mêmes dates.

**AUTRES TRAVAUX**

Pour le pré-Rapport :

– Relecture approfondie, diffusion du pré-Rapport, dont mise en ligne sur les sites de l'IDHBP et l'IDHAE.

Pour tout le Rapport :

– Contact pour la majorité des contributeur(e)s.

– Recherche de soutiens logistiques et financiers.

– Participation à la mini-vidéo pour les trophées pro Bono 2020 du Barreau de Paris.

**Sébastien PLATON****PREMIÈRE PARTIE****Chap II. Les contrôles en droit européen.**

B. Les mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux propres à l'Union européenne.

C. Le choix de saisine entre la CEDH et la CJCE.

**QUATRIÈME PARTIE****TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D'UNE PROPORTIONNALITÉ.****Chap II. La nécessité qu'un contrôle de proportionnalité intervienne *a posteriori*.**

E. L'intervention des institutions européennes.

§ 2 - La mise œuvre des mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux propres à l'UE.

## IX. TABLE DES MATIÈRES.

<b>Présentation du Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE...</b>	2
<b>Abstract en français</b>	
<b>AU REGARD DES CONVENTIONS INTERNATIONALES, LE CONFINEMENT FORCÉ GÉNÉRAL EST-IL LÉGAL ?</b>	4
<b>L'URGENCE SANITAIRE ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.</b>	4
La connaissance des droits fondamentaux et de leurs garanties est indispensable.	4
La suprématie de tous les droits fondamentaux est le support du droit à la vie.	5
<b>L'URGENCE NE DISPENSE PAS D'UN CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EFFECTIF.</b>	5
L'évaluation quasi-inexistante des risques juridiques.	5
L'évaluation du risque sanitaire.	6
Sur la définition du risque.	6
Les mesures proposées, hors CFG.	6
La position du Conseil scientifique sur le CFG.	6
La position du Conseil scientifique sur les élections municipales.	7
<b>LES MESURES GOUVERNEMENTALES.</b>	7
Les premières mesures.	7
La loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020.	7
Elle met en œuvre un « état d'urgence sanitaire », plus sévère que l'état d'urgence issu de la loi de 1955, qui le précédait.	7
Le contrôle de constitutionnalité a été neutralisé.	8
Les effets des mesures gouvernementales sur les droits fondamentaux.	8
Un but légitime impose des moyens légitimes.	8
Sociétés démocratiques et non démocratiques : prévenir les risques de contamination.	9
Pour rappel.	10
Art. 15 al. 1 et al. 3 CEDH - Dérogation en cas d'état d'urgence.	10
Article 52 al. 1 CDFUE - Portée et interprétation des droits et des principes.	10
Article 4 al. 1, 2 et 3 PIDCP.	10
<b>Abstract en anglais</b>	
<b>WITH REGARD TO INTERNATIONAL CONVENTIONS, IS GENERAL FORCED CONFINEMENT LEGAL?</b>	11
<b>HEALTH EMERGENCY AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY.</b>	11
The importance of publicising fundamental rights and their guarantees.	11
The supremacy of all fundamental rights is the basis of the right to life.	12
<b>URGENCY DOES NOT DISPENSE WITH AN EFFECTIVE PROPORTIONALITY CHECK.</b>	12
The virtually non-existent assessment of legal risks.	12
Health risk assessment.	13
On the definition of risk.	13
The proposed measures, outside the GFC.	13

The Scientific Council's position on the GFC.	13
The position of the Scientific Council on the municipal elections.	14
<b>GOVERNMENT ACTION.</b>	14
Initial measures.	14
The health emergency law of 23 march 2020.	14
It implements a "state of health emergency", which is more severe than the state of emergency resulting from the law of 1955, which preceded it.	14
The constitutionality review has been neutralised.	15
The effects of government measures on fundamental rights.	15
A legitimate purpose requires legitimate means.	15
Democratic and non-democratic societies: preventing the risks of contamination.	16
For reminder.	17
Article 15 ECHR - Derogation in time of emergency	17
Article 52 CFREU - Scope of guaranteed rights	17
Article 4 ICCPR	17

## Première partie

<b>L'urgence sanitaire ne peut porter atteinte aux droits fondamentaux que dans la stricte mesure où la situation l'exige.</b>	28
--	----

## TITRE I. LES CONDITIONS DU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ. .... 29

## Chap I. Présentation : l'urgence sanitaire en France au regard du principe de proportionnalité. .... 29

A. L'importance de faire connaître les droits fondamentaux et les garanties qui s'y attachent.	29
B. La suprématie de tous les droits fondamentaux est le support du droit à la vie.	29

## Chap II. L'urgence ne dispense pas d'un contrôle de proportionnalité effectif. .... 30

A. La proportionnalité requiert de rapprocher les risques sanitaires des risques juridiques.	30
B. L'évaluation des risques sanitaires.	31
§ 1 - Le Haut Conseil de la santé publique (HCSP).	31
a) Composition.	31
b) Missions.	31
c) Rôle relatif à la crise sanitaire provoquée par le Covid-19.	32
§ 2 - La création et la composition du Conseil scientifique.	32
§ 3 - Les positions du Conseil scientifique Covid-19, créée le 11 mars 2020.	32
a) La définition du risque.	32
b) Les mesures proposées, hors CFG.	33
c) La position du Conseil scientifique sur le CFG.	33

d) La position du Conseil scientifique sur les élections municipales. ....	33
<b>§ 4 - Relation entre les avis du Conseil scientifique et les mesures gouvernementales</b> .....	33
<b>§ 5 - La création du Comité analyse, recherche et expertise « CARE », le 24 mars 2020.</b> .....	34
a) Composition. ....	34
b) Mission. ....	35
<b>C. L'évaluation quasi inexistante des risques juridiques.</b> ..	35
<b>§ 1 - Une bonne connaissance des droits fondamentaux et de leur garantie est essentielle.</b> ..	35
a) Les instruments protecteurs des droits fondamentaux. ....	35
b) Le principe d'indivisibilité des droits. ....	35
<b>§ 2 - Aucune autorité compétente en matière de protection des droits fondamentaux n'a été consultée.</b> .....	35
a) Les autorités indépendantes mais non spécialisées en droits fondamentaux. ....	35
■ Le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE). ....	35
■ Le Comité économique, social et environnemental (CESE). ....	36
b) Les autorités indépendantes spécialisées en droits fondamentaux. ....	36
■ La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH). ....	36
■ Le Défenseur des droits. ....	36
■ Les experts. ....	37
<b>Chap III. Sociétés démocratiques et non démocratiques : les risques de contamination.</b> .....	37
<b>A. Les libertés individuelles sont le fondement d'une société démocratique.</b> .....	37
<b>§ 1 - L'avènement des déclarations de droits.</b> .....	37
<b>§ 2 - L'avènement de la DUDH.</b> .....	38
a) Une réaction aux atteintes à la dignité humaine et à la démocratie perpétrées pendant la Seconde Guerre mondiale. ....	38
b) Des dispositions reprises dans des Conventions internationales contraignantes. ....	39
<b>B. Une société non démocratique ne repose pas sur les libertés individuelles.</b> .....	40
<b>§ 1 - La non-reconnaissance des principes d'universalité et d'indivisibilité des droits.</b> .....	40
<b>TITRE II. LE CONTRÔLE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.</b> .....	41
<b>Chap I. Les contrôles en droit interne.</b> .....	41
<b>A. Le Conseil Constitutionnel.</b> .....	41
<b>§ 1 - Histoire.</b> .....	41

<b>§ 2 - Composition.</b> .....	41
<b>§ 3 - Le contrôle de constitutionnalité.</b> .....	42
a) Le bloc de constitutionnalité. ....	42
b) La saisine du conseil Constitutionnel. ....	42
■ Avant la promulgation d'une loi définitivement adoptée par le Parlement. ....	42
<i>Le contrôle de constitutionnalité systématique.</i> .....	42
<i>Le contrôle de constitutionnalité facultatif.</i> .....	43
■ Après la promulgation d'une loi : les QPC. ....	43
c) La sanction de l'inconstitutionnalité. ....	43
■ Le contrôle <i>a priori</i> . ....	43
■ Le contrôle <i>a posteriori</i> . ....	43
<b>§ 4 - Le contrôle de proportionnalité.</b> .....	43
a) Le contrôle de l'adéquation. ....	44
b) Le contrôle restreint de la nécessité. ....	44
c) Le contrôle de proportionnalité. ....	44
<b>Chap II. Les contrôles en droit européen.</b> .....	44
<b>A. Le Conseil de l'Europe.</b> .....	44
<b>§ 2 - La Cour européenne des droits fondamentaux.</b> ..	44
a) Rôle et compétences de la Cour. ....	44
b) L'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (dites CEDH) du 4 novembre 1950. ....	45
■ Énoncé. ....	45
■ Jurisprudence. ....	46
<i>Danger public menaçant la vie de la nation.</i> .....	46
<i>Les mesures prises ne doivent pas aller au-delà de la stricte mesure où la situation l'exige.</i> .....	46
<i>Des mesures qui ne contrarient pas les autres obligations de l'État découlant du droit international.</i> ....	47
c) Modalités de saisine de la Cour européenne. ....	48
■ Procédure ordinaire et appel. ....	48
■ Mesures provisoires (article 39 du règlement de la Cour). ....	48
<b>§ 3 - Autres modalités de contrôle et de sanction du respect des droits fondamentaux.</b> .....	49
a) Le Commissaire aux droits fondamentaux du Conseil de l'Europe. ....	49
b) Le Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949. ...	49
■ L'article 3 du Statut : obligation pour les Membres d'assurer la jouissance des droits et libertés fondamentales. ....	49
■ Les articles 8 et 9 du Statut : la suspension et l'exclusion. ....	49
<i>Aucune exclusion n'a encore été prononcée.</i> .....	49
<i>La Grèce, la Turquie et la Russie ont été déjà suspendues.</i> ..	49
<b>B. Les mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux propres à l'Union européenne (UE).</b> ...	50
<b>§ 1 - La Cour de Justice de l'union européenne (CJUE) et les droits fondamentaux.</b> .....	50
a) Rappel sur le rôle et les compétences de la CJUE. ....	50

b) L'article 6 du traité sur l'Union européenne (TUE). . . . .	50	§ 5 - Ce qui n'est pas une menace pour la nation. . . . .	71
c) L'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE). . . . .	51	a) Un conflit ou agitation interne qui ne constitue pas une menace grave ou imminente à l'existence de la nation. . . . .	71
d) Les voies de droit. . . . .	53	b) Les détournements de la procédure de dérogation ne sont pas admis. . . . .	71
<b>§ 2 - Autres mécanismes de protection des droits fondamentaux.</b> . . . . .	58	<b>C. Lois et Conventions internationales sur la bioéthique.</b> . . . . .	72
a) L'article 2 du Traité sur l'Union européenne. . . . .	58	<b>§ 1 - Rappel sur le principe de proportionnalité en droit interne.</b> . . . . .	72
b) L'article 7 du TUE. . . . .	59	a) Cadre juridique de la bioéthique en France. . . . .	72
c) Les précédents de la Pologne et de la Hongrie. . . . .	59	b) Le principe de précaution ne s'oppose pas au principe de proportionnalité. . . . .	72
<b>§ 3 - L'expulsion de l'UE.</b> . . . . .	62	■ L'articulation des deux principes de précaution et de proportionnalité. . . . .	73
<b>C. Le choix entre la saisine de la Cour EDH et la CJUE.</b> . . . . .	65	■ Le principe juridique de précaution. . . . .	73
<b>Chap III. Les contrôles en droit international.</b> . . . . .	67	<b>§ 2 - Le principe de proportionnalité en droit international.</b> . . . . .	73
<b>A. Le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP du 16 décembre 1966).</b> . . . . .	67	a) La Convention d'Oviedo. . . . .	73
<b>§ 1 - Les dispositions des articles 30 de la DUDH et 4 du PIDCP.</b> . . . . .	67	■ Le cadre juridique européen de la Convention d'Oviedo. . . . .	74
a) L'article 30 de la DUDH. . . . .	67	■ Le contenu de la Convention. . . . .	74
b) L'article 4 PIDCP. . . . .	67	<i>Le Préambule.</i> . . . . .	74
<b>§ 2 - Le contrôle du Comité des droits de l'homme de l'ONU.</b> . . . . .	67	<i>La Convention elle-même.</i> . . . . .	74
a) L'existence d'un danger public menaçant la nation. . . . .	67	<i>Le principe de proportionnalité dans la Convention d'Oviedo.</i> . . . . .	75
b) Les limites internationales « matérielles » aux réactions des États. . . . .	68	b) La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits fondamentaux. . . . .	75
■ Le principe de temporalité. . . . .	68	c) Bioéthique et jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg. . . . .	76
■ Le principe de proportionnalité. . . . .	68	d) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE). . . . .	76
■ Le principe de compatibilité avec le droit international. . . . .	68	<b>D. Les prescriptions de l'OMS pour le respect du principe de proportionnalité.</b> . . . . .	77
■ Le principe de non-discrimination. . . . .	68	<b>§ 1 - Rôle de l'OMS en cas de crise sanitaire.</b> . . . . .	77
■ Le principe d'intangibilité. . . . .	68	<b>§ 2 - Recommandations de l'OMS en cas de conflits entre le droit à la santé et les autres droits fondamentaux.</b> . . . . .	77
<b>§ 3 - La déclaration de la dérogation au Secrétaire général de l'ONU.</b> . . . . .	69	a) Les mesures générales à l'ensemble des pays. . . . .	77
a) Modalités. . . . .	69	b) Recommandations actualisées de l'OMS concernant le trafic international. . . . .	77
b) Sanctions. . . . .	69	■ Les restrictions aux déplacements des personnes et de biens sont souvent inefficaces et contre-productives. . . . .	77
<b>B. Les Principes de Syracuse du 28 septembre 1984.</b> . . . . .	69	■ Ces restrictions doivent être proportionnées aux risques. . . . .	78
<b>§ 1 - Historique.</b> . . . . .	69	■ Le Règlement sanitaire international (2005). . . . .	78
<b>§ 2 - Présentation.</b> . . . . .	70	<i>Des mesures en rapport avec la menace pour la santé publique et ne dépassant pas ce cadre.</i> . . . . .	78
<b>§ 3 - La définition d'un danger public.</b> . . . . .	70		
a) Une menace pour l'intégrité physique de la population. . . . .	70		
b) Définition du mot danger. . . . .	70		
c) L'intégrité physique de la population. . . . .	70		
<b>§ 4 - La définition d'une menace de la nation.</b> . . . . .	71		
a) Une menace pour l'indépendance politique ou l'intégrité territoriale de l'État. . . . .	71		
b) Une menace pour l'existence ou les fonctions essentielles des institutions qui sont indispensables pour assurer le respect et protéger les droits reconnus par le Pacte. . . . .	71		

## Seconde partie

**Une atteinte massive aux droits fondamentaux fait courir un grave péril à la France.** ..... 79**TITRE I. LA GENÈSE DE LA LOI SUR L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE DE 2020.**..... 80**Chap I. État d'urgence, les précédents français.** ..... 80**A. Chronologie et fondements des précédents sous la V<sup>e</sup> République.** ..... 80

## § 1 - La loi sur l'état d'urgence est née de la guerre. ... 80

## § 2 - L'état d'urgence après 1958. .... 81

**B. La loi du 20 novembre 2015 - De l'urgence née de la guerre à l'urgence sécuritaire.** ..... 81

## § 1 - Prolongation de l'état d'urgence et intégration dans le droit commun. .... 82

## § 2 - Les critiques de l'application de l'état d'urgence au niveau européen. .... 84

**Chap II. L'urgence sanitaire : les premiers textes restrictifs des libertés.** ..... 84**A. L'arrêté du 14 mars 2020 NOR : SSAZ2007749A (JORF n° 0064 du 15 mars 2020).** ..... 84**B. Le décret du 16 mars 2020 n° 2020-260 : PRMX2007858D (JO du 17.03.2020).** ..... 84**TITRE II. UNE ATTEINTE MASSIVE AUX DROITS FONDAMENTAUX.** ..... 85**Chap I. Les droits civils et politiques.** ..... 85**A. Les instruments de protection de ces droits.** ..... 85

## § 1 - Droit interne, la Constitution et la déclaration de 1789. .... 85

## § 2 - Droit européen. .... 85

## a) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950. .... 85

## b) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), du 7 décembre 2000. .... 85

## § 3 - Droit international. .... 86

**B. Droit à un procès équitable.** ..... 87

## § 1 - Droit interne. .... 87

## a) La Constitution. .... 87

## b) Autres sources. .... 87

## § 2 - Droit international. .... 87

## a) L'article 2 du PIDCP le droit à un recours utile. .... 87

## b) L'article 14 du PIDCP : le droit à ce que sa cause soit entendue. .... 88

## c) L'article 6 de la CEDH. .... 88

## d) L'article 47 de la CDFUE. .... 89

## § 3 - Textes y portant atteinte. .... 89

## § 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits. .... 91

## a) Accès au juge judiciaire réduit (juridictions fermées, affaires renvoyées). .... 91

## b) Entraves aux droits de la Défense. .... 91

## c) Impossibilité de recevoir ses client(e)s. .... 91

## d) Impossibilité de défendre ses client(e)s devant les juridictions. .... 91

## e) Indépendance de l'avocat atteinte par manque de moyens matériels. .... 91

**C. Droit à la vie privée et familiale.** ..... 92

## § 1 - Droit interne. .... 92

## a) La Constitution. .... 92

## b) Autres sources. .... 92

## § 2 - Droit international. .... 93

## a) L'article 17 du PIDCP. .... 93

## b) L'article 8 CEDH. .... 93

## c) L'article 7 CDFUE. .... 93

## ■ Vie familiale. .... 93

## ■ Protection des données. .... 93

## § 3 - Textes y portant atteinte. .... 93

## § 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits. .... 94

## a) Enterrements, mariage, réunions de famille. .... 94

## b) Impossibilité de rencontrer ses proches. .... 95

## ■ Les EPHAD. .... 95

## ■ Les foyers où sont placés les mineurs. .... 95

**D. Droit à manifestation des libertés de pensée, de conscience et de religion.** ..... 95

## § 1 - Droit interne. .... 95

## a) La Constitution. .... 95

## b) Autres sources. .... 96

## § 2 - Droit international. .... 97

## a) L'article 18 de la DUDH. .... 97

## b) L'article 18 PIDCP. .... 97

## § 3 - Droit européen. .... 98

## a) L'article 9 CEDH. .... 98

## b) L'article 10 de la CDFUE. .... 99

## § 4 - Textes restreignant la manifestation de ces droits. .... 99

## L'état d'urgence sanitaire et les restrictions au principe de la liberté de culte. .... 99

## § 5 - Conséquences de l'atteinte aux droits. .... 100

**E. La liberté d'expression et d'opinion.** ..... 102

## § 1 - Droit interne. .... 102

## a) La Constitution. .... 102

## b) Autres sources du droit national. .... 103

## § 2 - Droit européen. .... 103

## a) L'article 10 CEDH. .... 103

## b) L'article 11 du CDFUE. .... 103

## § 3 - Droit international. .... 103

## a) L'article 19 de la DUDH. .... 103

b) L'article 19 du PIDCP. ....	103	b) Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995. ....	113
<b>§ 4 - Des atteintes à la liberté d'expression pendant l'état d'urgence sanitaire.</b> ....	104	c) La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. ....	113
<b>§ 5 - Effets indirects de l'état d'urgence sanitaire sur la liberté d'expression.</b> ....	104	d) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. ....	113
<b>F. Droit à la liberté de réunion ou d'association.</b> ....	104	<b>§ 2 - Droit international.</b> ....	113
<b>§ 1 - Droit interne.</b> ....	104	a) Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) du 16 décembre 1966. ....	113
a) La Constitution. ....	104	<b>B. Droit à la santé.</b> ....	113
b) Autres sources. ....	104	<b>§ 1 - Droit européen.</b> ....	113
<b>§ 2 - Droit international.</b> ....	104	a) Les articles 11 à 15 de la Charte sociale européenne (CSE - version révisée du 03.05.1996), prévoient. ....	113
a) Les articles 21 et 22 PIDCP. ....	104	■ Article 11- Droit à la protection de la santé. ....	113
b) L'article 11 CEDH. ....	105	■ Article 12 - Droit à la sécurité sociale. ....	114
c) L'article 12 CDFUE. ....	106	■ Article 13 - Droit à l'assistance sociale et médicale. ....	114
<b>§ 3 - Textes y portant atteinte.</b> ....	106	■ Article 14 - Droit au bénéfice des services sociaux. ....	114
<b>§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.</b> ....	106	■ Article 15 - Droit des personnes handicapées à l'autonomie à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté. ....	114
a) Impossibilité de tenir des réunions militantes. ....	106	b) Les articles 35 et 26 de la CDFUE. ....	114
b) Syndicats et associations professionnelles. ....	107	■ Article 35 - Protection de la santé. ....	114
c) Société civile. ....	107	■ Article 26 - Intégration des personnes handicapées. ....	114
d) Impossibilité de manifester. ....	107	<b>§ 2 - Droit international.</b> ....	114
<b>G. Droit à la liberté de circulation.</b> ....	107	a) L'article 25 de la DUDH. ....	114
<b>§ 1 - Droit interne.</b> ....	107	b) L'article 12 du PIDESC. ....	115
a) La Constitution. ....	107	<b>§ 3 - Textes y portant atteinte : la loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020.</b> ....	115
b) Autres sources. ....	107	a) Étendue et sanction de la mesure. ....	115
<b>§ 2 - Droit international.</b> ....	107	■ Durée. ....	115
a) L'article 12 PIDCP. ....	107	■ Limites géographiques. ....	115
b) L'article 2 du protocole n° 4 de la CEDH et CDFUE. ....	108	■ Sanctions. ....	116
<b>§ 3 - Textes y portant atteinte.</b> ....	108	b) Le processus de décision. ....	116
a) L'arrêt du 14 mars 2020, ....	108	<b>§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits à la santé.</b> ....	116
b) 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. ....	108	a) Restriction à l'accès aux soins, pour l'ensemble de la population. ....	116
<b>§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.</b> ....	109	b) Effets des procédures filtrantes et des limitations de sorties. ....	117
a) Cas des réfugiés. ....	109	c) Dégradations de l'état de santé liées à l'inactivité, l'isolement social et/ou la promiscuité. ....	117
b) Cas des SDF et des associations caritatives. ....	110	■ Traumas et décompensations. ....	117
c) Violences familiales (conjugales, contre les enfants), violences entre voisin(e)s. ....	111	■ Addictions. ....	117
d) Incivisme (délations, stigmatisations actives). ....	111	d) Autres effets concernant les personnes à risques. ....	118
e) Risques d'altercations entre citoyens et entre forces de l'ordre et population, voire d'émeutes. ....	112	e) Discrimination des plus pauvres pour l'exercice du droit à la santé. ....	118
f) Les arrêtés instituant un couvre-feu pris dans certains départements et certaines villes. ....	112		
<b>Chap II. Les droits économiques, sociaux et culturels.</b> ....	113		
<b>A. Les instruments de protection de ces droits.</b> ....	113		
<b>§ 1 - Droit européen.</b> ....	113		
a) La Charte sociale européenne révisée, du 3 mai 1966. ....	113		

<b>C. Droit au travail.</b> .....	118
<b>§ 1 - Droit interne.</b> .....	118
a) La Constitution. ....	118
■ Le préambule de 1946 de la Constitution. ....	118
■ Exemples de contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel. ....	119
b) Autres sources nationales du droit à l'emploi. ....	120
<b>§ 2 - Droit européen.</b> .....	120
a) La Charte sociale européenne révisée. ....	120
■ L'article 1 de Partie II garantit le droit au travail. ..	120
■ Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par la CSE. ....	120
b) La Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et le droit au travail. .	121
■ Elle ne garantit pas le droit à l'accès à un emploi. ..	121
■ Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par la Convention. ....	121
c) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. ....	122
■ L'article 15 de la Charte prévoit la Liberté professionnelle et droit de travailler. ....	122
■ La Charte prévoit également une garantie contre la perte de l'emploi, en son article 30. ....	122
■ Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par la CDFUE. .	122
<b>§ 3 - Droit international.</b> .....	122
a) L'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). ....	122
b) Les autres droits relevant du droit du travail et de la protection sociale garantis par le Pacte. ..	123
c) Les autres textes des Nations unies : les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). ....	123
■ La Convention n° 122 de l'OIT, concernant la politique de l'emploi (1964). ....	123
■ La Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement (1982). ....	123
<b>§ 4 - Les mesures prises par le gouvernement portant atteinte au droit du travail.</b> .....	124
a) L'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (JORF n° 0064 du 15/03/2020), et ses modifications ultérieures. ....	124
b) 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. ....	124
■ L'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 (JORF n° 0064 du 15/03/2020), et ses modifications ultérieures. ....	124
■ 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. ..	124
■ Le décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle (JO 26/03/2020) et ses modifications et compléments ultérieurs (Ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle). ....	125
■ Le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèce pour les personnes exposées au coronavirus (JO 26/03/2020) et ses modifications ultérieures. ....	126
■ L'Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos (JO 26/03/2020). ....	126
■ L'Ordonnance n° 2020-389 du 1 <sup>er</sup> avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel (JO 2/04/2020). ....	126
<b>§ 5 - Les mesures prises par le gouvernement à compter du mois d'avril 2020.</b> .....	127
a) La loi du 11 mai 2020, n° 2020-546, prolongeant l'état d'urgence jusqu'au 10 juillet 2020. ....	127
b) L'ordonnance du 13 mai 2020, n° 2020-560, a raccourci le délai de suspension ou de report des élections professionnelles. ....	127
c) Les mesures de prévention inadaptées au sein des entreprises. ....	127
d) Service de santé au travail. ....	128
e) Consultation du CSE. ....	128
f) Sur le déplacement des représentants. ....	128
g) les contrats à durée déterminée. ....	128
h) Les conséquences globales des mesures prises. .	128
<b>D. Droit à l'éducation.</b> .....	129
<b>§ 1 - Droit interne.</b> .....	129
a) La Constitution. ....	129
b) Autres sources. ....	129
<b>§ 2 - Droit européen.</b> .....	130
a) L'article 2 du premier protocole additionnel de la CEDH. ....	130
b) L'article 14 de la CDFUE. ....	130
c) L'article 10 de la Charte sociale européenne révisée (CFE) le droit à la à la formation professionnelle. ....	130
<b>§ 3 - Droit international.</b> .....	131
a) L'article 26 de la DUDH. ....	131
b) Les articles 13 et 14 du PIDESC. ....	131
c) Les articles de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE). ....	132
<b>§ 4 - Textes portant atteinte au droit à l'éducation.</b> ..	132
a) Fermeture des établissements. ....	132
b) Réouverture partielle des établissements. ....	134
c) Aménagements des examens et concours. ....	135

§ 5 - Conséquences de l'atteinte au droit à l'éducation.	136
a) Formation initiale : écoles et universités fermées.	136
■ La fracture numérique.	136
■ Les limites de la continuité pédagogique à distance.	137
■ L'exacerbation des inégalités sociales.	138
■ Les difficultés liées à l'aménagement des concours et examens.	138
■ L'augmentation du taux de décrochage scolaire.	139
■ Autres conséquences.	139
b) Formation continue : organismes de formation fermés.	140
c) Initiatives d'éducation populaire impossibles.	140
E. Droit de prendre part librement à la vie culturelle.	141
§ 1 - Droit européen.	141
§ 2 - Droit international.	141
a) L'article 27 DUDH.	141
b) L'article 15 du PIDESC.	141
F. Droit à la liberté d'entreprendre.	142
§ 1 - Droit interne.	142
a) La Constitution.	142
b) Autres sources.	142
§ 2 - Droit international.	142
§ 3 - Textes y portant atteinte.	142
§ 4 - Conséquences de l'atteinte aux droits.	143
a) Difficultés économiques, licenciements, faillites.	143

### Troisième partie

#### Une atteinte durable aux droits fondamentaux ? La loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire.

#### TITRE I. LA LOI N° 2020-290 DU 23 MARS 2020 - DE L'URGENCE SÉCURITAIRE À L'URGENCE SANITAIRE.

##### Chap I. La loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 - NOR : PRMX2007883L.

##### Chap II. Absence de saisine du Conseil constitutionnel.

##### Chap III. La loi organique du 30 mars 2020, pour faire face à l'épidémie de Covid-19, et saisine du Conseil constitutionnel.

§ 1 - Suspension des transmissions de QPC au Conseil constitutionnel.	146
a) Une loi inconstitutionnelle quant à la forme.	146
b) Une loi inconstitutionnelle quant au fond.	146
§ 2 - Validation de la loi organique d'urgence par le Conseil constitutionnel.	146
a) La décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 du Conseil constitutionnel.	146
b) Une décision inconstitutionnelle.	147

TITRE II. CE QUE PRÉVOIT LA LOI.	147
Chap I. Les atteintes aux libertés reconduites, voire amplifiées.	147
A. Droits civils et politiques.	148
§ 1 - Droit à un procès équitable.	148
a) Textes y portant atteinte.	148
■ Les mesures d'adaptation judiciaire.	148
■ Les sanctions pénales.	148
b) Conséquences.	149
■ Limitation du pouvoir judiciaire et à l'accès au juge.	149
<i>La fermeture des tribunaux.</i>	149
<i>La possibilité de supprimer l'audience.</i>	149
■ Entraves aux droits de la défense.	150
<i>Impossibilité pour l'avocat de rencontrer ses client(e)s.</i>	150
<i>Possibilité de supprimer le caractère public des débats.</i>	150
■ Limitation des recours effectifs.	150
<i>Qu'en est-il de ce contrôle ?</i>	151
<i>Le « juge administratif, protecteur des libertés »         a ainsi rejeté :</i>	151
■ Le recours systématisé à la visio-conférence.	152
<i>Les outils numériques non sécurisés.</i>	153
<i>L'entretien avec l'avocat(e) en garde à vue, de manière         dématérialisée.</i>	153
§ 2 - Droit à la vie privée sous l'angle de la protection des données.	153
a) Le projet de tracking StopCovid.	153
b) Le vote de la loi.	154
c) Le Barreau de Paris appelle à ne pas utiliser StopCovid.	154
d) Autres critiques sur la sécurité des données.	154
B. Droits économiques sociaux et culturels.	154
§ 1 - Droit au travail.	154
a) Textes y portant atteinte.	154
b) Conséquences.	154
Chap II. Les nouvelles atteintes aux libertés.	154
A. Droits civils et politiques.	154
§ 1 - Droit à des élections libres.	154
a) Droit interne.	154
■ La Constitution.	154
■ Autres sources.	154
b) Droit international.	155
■ L'article 25 du PIDCP.	155
■ L'article 3 du protocole n° 1 CEDH.	155
c) Textes y portant atteinte.	155
■ Restriction à l'activité des partis politiques (cf. supra : liberté de réunion et d'association).	155
■ Suppression du 2 <sup>nd</sup> tour des élections municipales.	156
■ Les atteintes au droit.	156
§ 2 - Droit à la liberté et à la sûreté.	157
a) Droit interne.	157
■ La Constitution (article 2 de la Déclaration de 1789).	157

b) Droit international. . . . .	157	A. Les prescriptions de l'OMS quant au respect du principe de proportionnalité. . . . .	169
■ L'article 9 du PIDCP. . . . .	157	§ 1 - Recommandations actualisées de l'OMS concernant le trafic international en rapport avec la flambée épidémique de Covid-19 du 29 février 2020. . . . .	169
■ L'article 5 de la CEDH. . . . .	157	a) L'inefficacité des restrictions à la circulation de personnes. . . . .	169
■ L'article 6 de la CDFUE. . . . .	159	b) Recommandations générales à l'ensemble des pays. . . . .	170
c) Textes y portant atteinte. . . . .	159	§ 2 - Le Règlement sanitaire international (2005). . . . .	170
■ Les mesures d'adaptation judiciaire. . . . .	159	B. Origine du virus et caractéristiques. . . . .	170
■ Extension du système de la visio-conférence. . . . .	159	§ 1 - Origine Covid-19: le virus et l'infection. . . . .	170
d) Conséquences de l'atteinte aux droits. . . . .	159	a) Le virus. . . . .	171
■ Pas de présence d'avocat en garde à vue. . . . .	159	■ La famille des coronavirus comprend quatre groupes. . . . .	171
■ Allongement de la durée maximale de détention provisoire. . . . .	159	■ Protéines codées par les virus SARS-CoV. . . . .	171
■ Délais de détention prolongés de deux mois, en matière correctionnelle. . . . .	159	b) Infection. . . . .	172
■ Allongement des délais pour statuer en matière de détention. . . . .	159	■ Entrée du virus dans les cellules et cycle infectieux. . . . .	172
e) Le droit à la sûreté de sa personne hors détentions arbitraires. . . . .	159	■ Le récepteur ACE2. . . . .	172
■ L'article 3 de la Déclaration universelle des droits. . . . .	159	■ Endocytose et cycle infectieux jusqu'à la production de virions. . . . .	172
■ Mobilisation des forces de l'ordre pour l'application du CFG. . . . .	160	§ 2 - La maladie: définition et caractéristiques connues. . . . .	172
■ Aux dépens des missions de maintien de l'ordre public? . . . . .	160	a) La maladie. . . . .	172
■ Nécessité de désengorger les prisons. . . . .	160	b) Évolution et physiopathologie de l'infection. . . . .	172
§ 3 - L'interdiction des discriminations. . . . .	161	c) Paramètres de la maladie: R0, contagiosité, taux de mortalité. . . . .	173
a) Droit interne. . . . .	161	d) Porteurs sains et super-propagateurs. . . . .	173
■ La Constitution. . . . .	161	e) Mesures de protection. . . . .	173
■ Autres sources. . . . .	161	<b>Chap II. Les personnes qui risquent de mourir du virus. . . . .</b>	174
b) Droit européen. . . . .	162	A. Les causes répertoriées. . . . .	174
■ L'article 14 de la CEDH. . . . .	162	§ 1 - Les personnes âgées sans autres facteurs de comorbidité. . . . .	174
■ L'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention du 4 novembre 2000. . . . .	162	§ 2 - Les personnes présentant un facteur de comorbidité, quel que soit l'âge. . . . .	174
■ L'article 21 de la CDFUE. . . . .	163	§ 3 - Autres causes aggravantes. . . . .	175
c) Droit international. . . . .	164	a) ALD, surpoids. . . . .	175
■ L'article 7 de la DUDH. . . . .	164	b) Quid de la nicotine (majoration ou minoration du risque). . . . .	175
■ Les articles 4 et 24 du PIDCP. . . . .	164	§ 4 - Le pourcentage des personnes à risques rapporté à la population totale. . . . .	176
d) Le confinement forcé généralisé au regard des règles d'égalité et de non-discrimination. . . . .	165	B. Garantir une protection complète aux personnes menacées de mort. . . . .	176
<b>Chap III. Le risque que l'état d'urgence génère l'état d'urgence. . . . .</b>	166	§ 1 - Les personnes à risques de surexposition professionnelle. . . . .	176
A. L'état d'urgence sanitaire peut-il devenir un état d'urgence statutaire? . . . . .	166	a) Les professions médicales disposent de masques et de gel. . . . .	176
B. L'état de la France après le confinement forcé généralisé (CFG). . . . .	167	b) Les autres professions subissent la pénurie. . . . .	176
<b>Quatrième partie</b>		§ 2 - Les personnes vulnérables ou l'impérieuse nécessité de solidarité. . . . .	176
<b>La question de la proportionnalité reste posée. . . . .</b>	168	a) La vulnérabilité touche particulièrement les plus	
<b>TITRE I. CONNAISSANCES SUR LE VIRUS ET MOYENS POUR LE COMBATTRE. . . . .</b>	169		
<b>Chap I. Les moyens mis en œuvre pour combattre la mortalité due au virus. . . . .</b>	169		

précaires. ....	176	<b>le cadre des soins.</b> ....	189
b) La situation des personnes les plus vulnérables après le déconfinement. ....	178	a) L'arrêt du 18 mars 1975 de la Cour de cassation. .	189
■ Description. ....	178	b) L'arrêt du 14 novembre 2019 de la Cour de cassation. ....	189
■ Préconisations du Conseil scientifique. ....	179	<b>§ 4 - Perte de chance de survie et de guérison dans la recherche biomédicale en temps de pandémie.</b> . .	190
■ Les mesures gouvernementales ayant pour conséquence une protection relative des personnes vulnérables. .	181	a) En temps de pandémie, l'éthique de la recherche est sous pression. ....	190
c) La nécessité de concentrer les moyens humains et matériels au profit des personnes les plus vulnérables. ....	182	b) La question de la perte de chance est au centre du conflit d'intérêt entre éthique de la recherche et démarche scientifique. ....	190
d) La création d'un « statut provisoire de vulnérabilité ». ....	182	c) Il faut distinguer la question éthique de la question technique et scientifique. ....	190
■ Un statut sans critère d'âge, facultatif et respectueux du consentement. ....	182	<b>TITRE II. LA RECHERCHE EFFECTIVE D'UNE PROPORTIONNALITÉ.</b> ....	190
■ Un statut protecteur de la santé des personnes concernées. ....	183	<b>Chap I. La recherche d'une réponse proportionnée.</b> ....	190
■ Un statut compensatoire et incitatif. ....	183	<b>A. Les dérogations prévues par les articles 4 PIDCP, 15 CEDH et 52 CDFUE.</b> ....	191
■ Un statut à temporalité adaptée qui continue de s'appliquer dans toutes ses composantes, pendant la durée de la pandémie. ....	184	<b>§ 1 - L'urgence sanitaire ne constitue pas un danger menaçant la nation : aucune dérogation n'est admise.</b> .....	191
■ Un statut garantissant l'emploi, les revenus, le logement et les liens familiaux. ....	184	<b>§ 2 - L'urgence sanitaire constitue un danger menaçant la nation et elle a été notifiée.</b> .....	191
Concernant l'emploi et les revenus. ....	184	a) La légitimité de l'objectif. ....	192
Concernant le logement et les liens familiaux. ....	184	■ L'objectif posé par le Conseil scientifique Covid-19. . .	192
<b>Chap III. Les moyens médicaux mis en œuvre (À jour au 20/07/2020).</b> ....	185	■ La nécessité de définir un objectif conforme au principe de proportionnalité. ....	193
<b>A. Médicaments chimiques et autres.</b> ....	185	b) La légitimité des mesures dérogatoires. ....	193
<b>B. Les recherches sur de nouveaux médicaments.</b> ....	185	■ Le CFG n'entre pas dans les critères autorisant une dérogation. ....	193
<b>C. Tests de détection du virus lui-même.</b> ....	186	<b>B. Les restrictions prévues aux articles 6, 7, 8, 9, 10 CEDH.</b> .	193
<b>§ 1 - Détection de l'ARN génomique viral par RT-PCR.</b> . .	186	<b>§ 1 - Critères d'applications.</b> ....	193
<b>§ 2 - Détection par LAMP (loop-mediated isothermal amplification).</b> ....	186	a) Des mesures nécessaires. ....	193
<b>§ 3 - Tests sérologiques c'est-à-dire la détection d'anticorps produits par le patient contre le virus : le sérodiagnostic.</b> ....	186	b) Dans une société démocratique. ....	194
<b>D. Le délai de découverte et de validation d'un vaccin.</b> . .	187	c) La sauvegarde d'objectifs légitimes dont la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui. ....	194
<b>§ 1 - Le projet britannique.</b> ....	187	d) Les articles 14 et 18 de la CEDH. ....	194
<b>§ 2 - Le projet chinois.</b> ....	187	<b>§ 2 - Mesures incompatibles avec ces critères : le CFG.</b> . . .	195
<b>E. Les aspects pluridisciplinaires et critiques.</b> ....	187	a) Maintien impossible dans un État démocratique. . .	195
<b>§ 1 - Les conflits d'intérêts entre associations médicales et industrie se renforcent.</b> ....	187	b) Nécessité non démontrée. ....	195
<b>§ 2 - Quel crédit accorder aux plus grandes revues médicales mondiales alors que deux études sur le Covid-19 ont été rétractées ?</b> ....	188	<b>§ 3 – Autres mesures.</b> ....	196
<b>§ 3 - Des avis divergents.</b> ....	188	a) Mesures barrières et tests. ....	196
<b>Chap IV. Crise du coronavirus et aspect juridique de la perte de chance.</b> ....	189	b) Regroupements limités à certains seuils. ....	196
<b>§ 1 - Définition.</b> ....	189	c) Fermeture de lieux ouverts au public. ....	197
<b>§ 2 - À titre d'exemple.</b> ....	189	<b>C. Ce que pourraient être des mesures proportionnées.</b> . .	197
<b>§ 3 - La perte de chance et la responsabilité médicale dans</b>		<b>§ 1 - Les prérequis.</b> ....	197

a) Le CFG doit être complètement abandonné, dans les délais les plus brefs et banni comme méthode à l'avenir. ....	197	b) L'obligation du port du masque après la « fin » de l'EUS. ....	210
b) Une protection efficace doit être assurée pour les personnes à risque dans le strict respect de leurs droits (priorité au consentement, risque certifié médicalement sans critère d'âge). ....	197	■ Les obligations du port du masque prévues au décret du 31 mai 2020. ....	210
c) La loi d'urgence sanitaire doit être abrogée, car inutile (si nécessaire, la CEDH permet des restrictions aux droits fondamentaux, pour atteindre des buts légitimes et proportionnés, sans y recourir). ....	197	■ Les extensions de l'obligation de port du masque. ...	210
d) Les mesures prises en application de l'état d'urgence doivent être toutes supprimées, au besoin, au profit d'autres mesures, prises par les voies légales ordinaires. ....	198	<i>L'obligation de port du masque dans les lieux clos.</i> ....	210
<b>Chap II. La nécessité qu'un contrôle de proportionnalité intervienne a posteriori.</b> ....	199	<i>L'obligation de port du masque dans certains lieux non clos.</i> ....	210
<b>A. « Déconfinement » et « reconfinement ».</b> ....	199	<i>L'obligation de port du masque dans les établissements scolaires.</i> ....	210
<b>§ 1 - Le confinement forcé ne diminue pas le nombre de morts.</b> ....	199	c) Les libertés restreintes par le port du masque. ...	211
a) Seul un tiers des États de l'UE a appliqué un confinement forcé général (CFG). ....	199	<b>B. Le contrôle de conventionnalité du CFG en droit interne.</b> ....	212
b) Les États ayant la surmortalité la plus forte, en Europe, rapportée à leur population sont ceux de CFG. ....	200	<b>§ 1 - La validation du CFG par le Conseil constitutionnel.</b> ....	212
■ Statistiques au 2 juin 2020. ....	200	<b>§ 2 - Les juridictions internes, dernier rempart des libertés ?</b> ....	213
■ Statistiques au 23 juillet 2020, puis au 9 septembre 2020. ....	200	a) Le rôle primordial du pouvoir judiciaire, des citoyen(ne)s justiciables et de leurs défenseur(e)s. ....	213
c) Les effets néfastes du CFG en France. ....	201	b) Le contrôle de la conventionnalité du CFG par les juridictions administratives. ....	214
<b>§ 2 - Le recours à un reconfinement forcé n'est pas écarté.</b> ....	201	■ Dans le cadre des référés-libertés. ....	214
a) Les déclarations du Président de la République et du gouvernement. ....	201	■ Dans le cadre des QPC. ....	214
b) L'état des hôpitaux à l'automne 2020. ....	203	<i>Selon le Conseil d'État, le confinement n'est pas une privation arbitraire de liberté.</i> ....	214
■ Le « Ségur de la santé ». ....	203	<i>Réponse des requérants hors procédure.</i> ....	215
■ Le manque persistant de moyens humains. ....	204	<i>Interprétation a posteriori du Conseil constitutionnel, par simple courrier, du délai de suspension de 3 mois des QPC.</i> ....	216
c) Le manque de moyens humains des hôpitaux, n'autorise pas des mesures disproportionnées et arbitraires. ....	204	c) Le contrôle de la conventionnalité du CFG par les juridictions judiciaires. ....	216
d) Avant de prendre des mesures coercitives, il faut d'abord rechercher le soutien des citoyen(ne)s et des élu(e)s locaux. ....	205	■ Compétence et CFG. ....	216
<b>§ 3 - Des mesures dérogatoires peuvent être appliquées à tout moment sans contrôle parlementaire.</b> ....	206	■ CFG et Cour de cassation. ....	216
a) L'absence de contrôle parlementaire. ....	206	<b>C. Le contrôle de conventionnalité du CFG en droit international à « brefs » délais.</b> ....	217
b) Lettre du 23 septembre 2020, de la Défenseure des droits. ....	207	<b>§ 1 - Un « référé état d'urgence » nécessaire.</b> ....	217
<b>§ 4 - Les sanctions pénales applicables.</b> ....	208	<b>§ 2 - Les mesures provisoires devant la Cour.</b> ....	218
<b>§ 5 - La généralisation de l'obligation, sanctionnée pénalement, de porter le masque.</b> ....	209	a) La violation de l'article 5 CESDHLF. ....	218
a) L'obligation du port du masque prévue à la sortie du confinement. ....	209	b) L'article 3 CESDHLF. ....	218
		c) L'article 8 CESDHLF. ....	220
		<b>§ 3 - Le protocole n° 16 CESDHLF : la demande d'avis consultatif à la Cour.</b> ....	220
		<b>D. Autres précisions sur le déconfinement et le contrôle de proportionnalité.</b> ....	221
		<b>§ 1 - Les textes sur le déconfinement.</b> ....	221
		a) La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020. ....	221
		b) La loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire du 17 juin 2020, et les décrets pris pour la sortie de l'état d'urgence. ....	221
		■ Le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020. ....	222
		■ Le décret n° 2020-884 du 17 juillet 2020 modifiant le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020. ....	222

§ 2 - Les contrôles de constitutionnalité et conventionnalité des juridictions françaises à l'occasion du « déconfinement » . . . . .	222
a) Les juridictions de l'ordre judiciaire. . . . .	222
b) Les juridictions de l'ordre administratif. . . . .	223
c) Les réactions du Conseil constitutionnel. . . . .	223
<b>E. L'intervention des institutions européennes. . . . .</b>	<b>224</b>
§ 1 - La Cour européenne de Strasbourg. . . . .	224
a) La requête individuelle (article 35 CEDH). . . . .	224
■ Les conditions de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme. . . . .	224
■ La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme. . . . .	225
b) La requête simultanée visant l'article 39 du règlement de la Cour. . . . .	226
c) La saisine de la Cour européenne au titre des mesures prises par le gouvernement français dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire la sortie de celui-ci. . . . .	226
§ 2 - La mise œuvre des mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux propres à l'UE. . . . .	227
a) La Cour de Justice de l'Union européenne (cf. supra Part. I, T II, Ch. III). . . . .	227
b) Autres mécanismes de contrôle et de sanction applicables à la France par le Parlement, la Commission, et le Conseil européen. . . . .	227
<b>F. Statistiques de la surmortalité pour certains pays d'Europe. . . . .</b>	<b>228</b>
§ 1 - Tableau de statistiques publié par le Conseil scientifique, dans son avis n° 7 du 2 juin 2020. . . . .	228
§ 2 - Tableau d'après les statistiques publiés par Statista au 23 juillet 2020. . . . .	229
a) Pays appliquant le confinement forcé général (CFG). . . . .	229
b) Pays appliquant d'autres mesures que le confinement forcé général. . . . .	229

## CINQUIÈME PARTIE

<b>Les contributions au Rapport. . . . .</b>	<b>230</b>
<b>TITRE I. LES PERSONNES PHYSIQUES. . . . .</b>	<b>233</b>
<b>A. Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. . . . .</b>	<b>233</b>
Par Jean-Paul COSTA . . . . .	233
<b>B. Le droit à l'épreuve de la pandémie. . . . .</b>	<b>236</b>
Par Nicolas HERVIEU . . . . .	236
<b>C. La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le Coronavirus. . . . .</b>	<b>237</b>
Par Catherine LE BRIS . . . . .	237
<b>D. Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale. . . . .</b>	<b>249</b>
Par Carole NIVARD . . . . .	249

<b>E. La portée de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la création d'un « état d'urgence sanitaire » par la loi du 23 mars 2020, en France. . . . .</b>	<b>253</b>
Par le Professeur Emmanuel DECAUX . . . . .	253
<b>F. Coronavirus : Liberté Égalité Fraternité ? Loi d'urgence et réfugiés. . . . .</b>	<b>256</b>
Par Jean-Michel BELORGEY . . . . .	256
<b>G. Faut-il notifier l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe ? . . . . .</b>	<b>261</b>
Par Laurent PETTITI . . . . .	261
<b>H. Pour le 70<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. . . . .</b>	<b>264</b>
Par Régis de GOUTTES . . . . .	264
<b>I. Et la Bulgarie face au coronavirus Covid-19. . . . .</b>	<b>267</b>
Par Christina TZITZELKOVA . . . . .	267
<b>J. Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie « Covid-19 ». . . . .</b>	<b>271</b>
Par Catherine KRIEF-SEMITKO . . . . .	271
<b>K. La crise du coronavirus et la menace sur les droits fondamentaux en Belgique. . . . .</b>	<b>278</b>
Par Marc VERDUSSEN . . . . .	278
<b>L. Grèce : les mesures visant à faire face à la pandémie risquent-elles d'avoir des effets préjudiciables durables ? Le cas des conditions de travail. . . . .</b>	<b>291</b>
Par Sophia KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS et Panagiota PETROGLOU avocates au Conseil d'État et à la Cour de cassation helléniques . . . . .	291
<b>M. Le coronavirus aujourd'hui, demain, après-demain. . . . .</b>	<b>303</b>
Par Jean-Michel BELORGEY . . . . .	303
<b>N. Petites observations au sujet de la liberté confinée de circuler. . . . .</b>	<b>306</b>
Par Jérôme BENZIMRA-HAZAN . . . . .	306
<b>O. Compatibilité des mesures prises pour la prévention du Covid-19 avec la Convention européenne des droits de l'homme. . . . .</b>	<b>312</b>
Par Anton LANA . . . . .	312
<b>P. Après le Covid-19, un vaccin pour protéger la démocratie. . . . .</b>	<b>315</b>
Par Patrick de FONTBRESSIN . . . . .	315
<b>Q. La liberté de religion en Allemagne face au Covid-19 et la décision du 10 avril 2020 la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (1 BvQ 28/20). . . . .</b>	<b>318</b>
Par Clara BRETON . . . . .	318
<b>R. Confinement souple à la japonaise face au coronavirus. . . . .</b>	<b>320</b>
Par Maki KOBAYASHI . . . . .	320
<b>S. La gestion de la crise sanitaire par l'Allemagne. . . . .</b>	<b>327</b>
Par Marie-Avril ROUX STEINKÜHLER . . . . .	327

<b>TITRE II. LES PERSONNES MORALES.</b>	329
<b>A. Rapport sur la situation à Haïti au regard des engagements internationaux.</b>	
Par le CARDH	329
<b>B. Comprendre quelles sont les conséquences du Coronavirus et des mesures prises pour lutter contre l'épidémie sur les personnes et les familles les plus pauvres.</b>	
Par ATD Quart Monde	330
<b>C. Les personnes en situation de handicap et leurs familles : oubliées d'une crise ou d'un système ?</b>	
Par UNAPEI	336
<b>D. La liberté d'expression à l'épreuve des réponses gouvernementales au Covid-19.</b>	
Par UIA-IROL	341
<b>E. L'impact de la pandémie dans les activités internationales de la Croix-Rouge.</b>	
Par La Croix-Rouge française	347
<b>SIXIÈME PARTIE</b>	
Autres informations fournies par le Rapport.	355
<b>I. PRÉSENTATION DE L'IDHBP ET DE L'IDHAE.</b>	356
L'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris	356
L'Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européenne(s)	356
The Institute for Human Rights of Paris Bar	357
The Institute for Human Rights of European Lawyers	357
<b>II. PRÉSENTATION DES AUTEUR(E)S DU RAPPORT (PARTIES I À IV ET VI).</b>	358
Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP).	358
Institut des droits de l'homme des avocat(e)s européen(ne)s (IDHAE).	359
Avocat(e)s au Barreau de Paris.	359
Universitaires.	359
<b>III. PRÉSENTATION DES CONTRIBUTEUR(E)S (PARTIE V).</b>	360
Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris (IDHBP).	360
Avocat(e)s d'autres Barreaux français et européens.	360
Magistrat(e)s (toutes juridictions nationales et internationales confondues).	361
Universitaires.	361

<b>Organisations non gouvernementales (ONG).</b>	362
Pour la France.	362
Pour l'international.	362
<b>IV. BIBLIOGRAPHIE.</b>	363
<b>A. PREMIÈRE PARTIE.</b>	363
§ 1 - Articles.	363
§ 2 - Revues.	363
§ 3 - Ouvrages.	364
§ 4 - Rapports et études.	365
<b>B. SECONDE PARTIE.</b>	365
<b>I. Aspects généraux</b>	365
§ 1 - Articles.	365
§ 2 - Revues.	365
§ 2 - Ouvrages.	366
<b>II. Sur la liberté de religion.</b>	366
§ 1 - Articles.	366
§ 2 - Revues.	366
§ 3 - Ouvrages.	366
§ 4 - Rapports et études.	367
<b>III. Sur le droit du travail.</b>	367
§ 1 - Articles.	367
§ 2 - Revues.	368
§ 3 - Ouvrages.	368
<b>IV. Sur l'interdiction des discriminations.</b>	368
§ 1 - Articles.	368
§ 2 - Ouvrages.	368
<b>C. TROISIÈME PARTIE.</b>	368
§ 1 - Articles.	368
§ 2 - Revues.	369
<b>D. QUATRIÈME PARTIE.</b>	369
§ 1 - Articles.	369
§ 2 - Revues.	369
§ 3 - Ouvrages.	370
§ 4 - Rapports et études.	370
<b>V. PARTENAIRES ET SOUTIENS.</b>	371
<b>A. Présentation du Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE</b>	371
<b>B. Le Barreau de Paris.</b>	373
<b>C. Le Fonds de dotation Barreau de Paris solidarité.</b>	373
<b>D. Soutiens externes.</b>	374
§ 1 - Coordination.	374
§ 2 - Maquette.	374
§ 3 - Traductions.	374
§ 4 - Diffusion.	374

<b>E. Dons.</b> .....	374	<b>VII. DIFFUSION DU PRÉ-RAPPORT.</b> .....	378
<b>§ 1 - Modalités.</b> .....	374	Communiqués de presse du 3 mai 2020 .....	378
<b>§ 2 - Contacts et coordonnées bancaires</b>		Personnes politiques .....	378
<b>pour l'IDHBP.</b> .....	374	Médias .....	378
<b>VI. REMERCIEMENTS.</b> .....	376	Institutions .....	378
Illustrations .....	376	<b>VIII. RÉPARTITION ET DESCRIPTIF DU TRAVAIL</b>	
Mise en pages .....	376	<b>DES CO-AUTEUR(E)S.</b> .....	379
Traductions .....	376	<b>IX. TABLE DES MATIÈRES.</b> .....	385
Autres participations .....	377		