



**HAL**  
open science

# Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie? À propos de la valeur ajoutée de la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme

Maria Gudzenko

## ► To cite this version:

Maria Gudzenko. Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie? À propos de la valeur ajoutée de la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Confluence des droits\_La revue, 2020. halshs-02936625

**HAL Id: halshs-02936625**

**<https://shs.hal.science/halshs-02936625>**

Submitted on 11 Sep 2020

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

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

---

# Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie ?

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

Maria Gudzenko

---

### Edition électronique

URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1239>

ISSN : 2681-8302

### Editeur

Confluence des droits\_La revue

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

France

[contact@confluencedesdroits-larevue.com](mailto:contact@confluencedesdroits-larevue.com)

### Référence électronique

Maria Gudzenko, « Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie ? À propos de la valeur ajoutée de la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Confluence des droits\_La revue* [En ligne], 07 | 2020, mis en ligne le 22 juillet 2020.

URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1239>

**Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie ?  
À propos de la valeur ajoutée de la dérogation prévue à l'article 15  
de la Convention européenne des droits de l'homme**

Maria Gudzenko

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

La lutte mondiale contre la pandémie du Covid-19 met à l'épreuve l'ensemble des droits de l'homme, revisitant le sempiternel dilemme de la liberté confrontée à la sécurité. Les efforts entrepris pour contenir la propagation du nouveau coronavirus, impliquant de nombreuses restrictions des libertés individuelles, reviennent à interroger la valeur même que nous attachons à ces dernières. Le vocabulaire belliciste exploité par les responsables politiques<sup>1</sup> semble suggérer la relégation temporaire des droits et libertés au second plan. La renonciation partielle aux obligations de protection des droits de l'homme, constitue-t-elle toujours une réponse nécessaire à une pandémie ? Dans l'affirmative, jusqu'où l'État peut-il aller dans l'exercice de sa responsabilité légitime de protection de la santé publique ? Si les réponses à ces questions, relativement inspirées par les données épidémiologiques, relèvent de la décision politique discrétionnaire des États, elles doivent intervenir dans des limites posées par le droit. À cet effet, lorsqu'un consensus national se dégage en faveur de restrictions des droits et libertés, ralliant l'ensemble de branches du gouvernement<sup>2</sup>, le droit international et européen des droits de l'homme constitue un repère afin de retrouver les contours des limites à respecter.

Or, le droit international et européen des droits de l'homme<sup>3</sup> admet lui-même l'existence de situations critiques dans lesquelles l'État protecteur des droits et libertés ne serait plus capable de répondre efficacement à un danger le menaçant sans déroger à certaines garanties fondamentales. Il sépare alors le contexte « normal » de garantie des droits et libertés du contexte « exceptionnel », ce dernier pouvant justifier une diminution des limites imposées à l'État – sans pour autant remettre en cause l'existence même de ces limites<sup>4</sup>. Ainsi, l'article 15 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre un tel **droit de dérogation**, en disposant qu'« *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Les paragraphes suivants détaillent les contre-limites à son application (§ 2) ainsi que la procédure de sa mise en œuvre (§ 3). Sur le plan pratique, la dérogation permet à l'État s'en prévalant de disposer

---

<sup>1</sup> « [Coronavirus, Arcuri: 'Siamo in guerra, devo trovare armi'](#) », *Adnkronos*, 22 mars 2020. V. également C. Pietralunga, A. Lemarié, « ['Nous sommes en guerre': face au coronavirus, Emmanuel Macron sonne la 'mobilisation générale'](#) », *Le Monde*, 17 mars 2020. V. aussi le [Twitter officiel de Donald J. Trump](#), président des États-Unis.

<sup>2</sup> V. par exemple CC, décis. n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

<sup>3</sup> Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 27 de la Convention américaine des droits de l'homme ; article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme.

<sup>4</sup> V. pour une analyse détaillée de la philosophie de dédoublement du standard de protection des droits de l'homme, A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency : The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *German Law Journal*, Vol. 12, n° 10, October 1, 2011, spéc. p. 1768-1773.

d'une marge d'appréciation plus large – mais jamais illimitée<sup>5</sup> – dans le choix des moyens de lutte contre la menace par rapport au régime du droit commun.

Traditionnellement invoqué en temps de conflit armé<sup>6</sup> ou face à des menaces à la sécurité nationale<sup>7</sup>, l'article 15 de la Convention EDH a reçu une attention inédite depuis mars 2020. À la date du 11 mai 2020, dix États membres du Conseil de l'Europe ont notifié, conformément à la procédure prévue à l'article 15 § 3 CESDH, au Secrétaire général du Conseil de l'Europe leur intention d'exercer leur droit de dérogation en raison de la crise sanitaire. Il s'agit de l'Albanie<sup>8</sup>, l'Arménie<sup>9</sup>, l'Estonie<sup>10</sup>, la Géorgie<sup>11</sup>, la Lettonie<sup>12</sup>, la Macédoine du Nord<sup>13</sup>, la Moldavie<sup>14</sup>, la Roumanie<sup>15</sup>, Saint-Marin<sup>16</sup> et la Serbie<sup>17</sup>. Cela vise des mesures potentiellement attentatoires à certains droits et libertés prises afin de contenir la propagation du COVID-19 sur leurs territoires respectifs.

Le recours à la dérogation par ces États paraît paradoxal dans la mesure où il ne s'agit pas des États membres du Conseil de l'Europe les plus touchés par la pandémie<sup>18</sup>. Ces derniers n'ont pas, à ce jour, formulé de pareille notification concernant les mesures anti-pandémie. De plus, les restrictions aux libertés individuelles introduites en Italie ou en France paraissent plus importantes que celles mises en œuvre en Lettonie et en Estonie à la date de dépôt des notifications par celles-ci<sup>19</sup>. Enfin, l'État ayant adopté le dispositif le plus attentatoire<sup>20</sup> aux

---

<sup>5</sup> V. *infra*.

<sup>6</sup> Le conflit armé couvert par la disposition peut être international ou non international. V. les dérogations de l'Ukraine, notamment *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Ukraine*, en date du 5 juin 2015, enregistrée au Secrétariat Général le 9 juin 2015 et les déclarations subséquentes.

<sup>7</sup> V. par exemple la dérogation de la Turquie après une tentative de coup d'État par la *Communication de la Représentation Permanente de la Turquie*, enregistrée auprès du Secrétariat Général le 24 juillet 2016 et les communications subséquentes. V. aussi la notification du Royaume-Uni du 18 décembre 2001 introduite suite aux attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, retirée par la note de *Retrait de dérogation consigné dans une Note verbale de la Représentation Permanente du Royaume-Uni*, en date du 16 mars 2005, enregistrée au Secrétariat Général le 16 mars 2005.

<sup>8</sup> *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe*, datée du 31 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 31 mars 2020.

<sup>9</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie*, datée du 19 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 19 mars 2020.

<sup>10</sup> *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Estonie auprès du Conseil de l'Europe*, datée du 20 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 20 mars 2020.

<sup>11</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Géorgie*, datée du 21 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 23 mars 2020.

<sup>12</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Lettonie*, datée du 15 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 16 mars 2020.

<sup>13</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Macédoine du Nord*, datée du 1er avril 2020, enregistrée auprès du Secrétariat Général le 1er avril 2020.

<sup>14</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République de Moldova*, datée du 18 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 19 mars 2020.

<sup>15</sup> *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe*, datée du 17 mars 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 17 mars 2020.

<sup>16</sup> *Dérogation consignée dans une Note Verbale du Ministère des Affaires étrangères de Saint-Marin*, datée du 10 avril 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 10 avril 2020.

<sup>17</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale du Ministère des Affaires étrangères de la République de Serbie*, datée du 6 avril 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 6 avril 2020.

<sup>18</sup> V. [Coronavirus COVID-19 Global Cases by the Center for Systems Science and Engineering \(CSSE\) at John Hopkins University](#).

<sup>19</sup> Par exemple, aux dates du 15 et du 20 mars, pour la Lettonie et l'Estonie respectivement, aucun de ces deux États n'avait encore recouru aux mesures de confinement généralisées, en vigueur depuis le 9 mars pour l'Italie, le 15 mars pour l'Espagne et le 17 mars pour la France.

<sup>20</sup> V. pour une analyse détaillée du pouvoir de légiférer par décrets exécutifs conféré au Premier ministre Viktor Orbán par le Parlement pour une durée indéterminée pour motif de lutte contre la propagation d'épidémie de

droits de l'homme dans les présentes circonstances, la Hongrie, n'a pas déposé une telle notification.

Le nombre inédit – tant pour le Conseil de l'Europe que pour l'ensemble des mécanismes de protection des droits de l'homme – de déclarations de dérogation formulées simultanément<sup>21</sup> a provoqué une controverse quant à leur opportunité. En réaction à ces notifications, le porte-parole du Conseil de l'Europe, Daniel Holtgen, a exprimé son inquiétude quant à l'utilisation du droit de dérogation, déconseillant aux États d'invoquer l'article 15 CESDH en temps de crise épidémiologique<sup>22</sup>. La suggestion qui avait été formulée était de rester dans les limites posées par le régime du droit commun de protection des droits de l'homme, notamment en vue d'empêcher les dérives<sup>23</sup>. Cette prise de position s'insère dans le contexte général de menace d'instrumentalisation des mesures de crise pour revoir le niveau national de protection à la baisse, et ce, non seulement pour la durée de la situation d'exception, mais aussi sur le long terme<sup>24</sup>. Ainsi, le document d'information du Secrétaire général du Conseil de l'Europe exhorte les États à faire preuve d'une diligence accrue dans la prise de décision de déroger à la CESDH<sup>25</sup>. En même temps, une partie de la doctrine maintient la nécessité de dérogation. Ces auteurs mettent en avant le nombre et l'ampleur des restrictions nouvelles<sup>26</sup>, ainsi que la meilleure garantie de ce que ces restrictions resteront « confinées » à la période de pandémie grâce à la notification formelle et transparente<sup>27</sup> de la dérogation<sup>28</sup>.

L'absence de pratique uniforme des États membres du Conseil de l'Europe, ainsi que les opinions contrastées concernant la perspective de mise en œuvre des dérogations en temps de crise, soulèvent la question de savoir **quelle peut être la valeur ajoutée de la procédure prévue à l'article 15 CESDH pour l'adoption de mesures efficaces de lutte contre la propagation du COVID-19**. En vue d'y apporter des éléments de réponse, la présente contribution procédera en trois temps. Ainsi, bien que le mécanisme de l'article 15 soit pleinement applicable à la pandémie du COVID-19 (I), la dérogation n'est pas juridiquement nécessaire pour rendre acceptables la majorité de mesures prises par les États européens (II). L'analyse critique de la portée symbolique du recours à l'article 15 CESDH confirme sa valeur ajoutée limitée en temps de crise sanitaire, à la différence des conflits armés et menaces à la sécurité nationale (III).

## **I. Le mécanisme conventionnel d'exercice du droit de dérogation applicable à la pandémie de COVID-19**

Le droit de dérogation en situation critique, prévu à l'article 15 CESDH, permet l'assouplissement du contrôle européen lorsque sont en jeu des mesures d'ordre exceptionnel.

---

COVID-19, R. Uitz, « [Pandemic as Constitutional Moment. Hungarian Government Seeks Unlimited Powers](#) », *Verfassungsblog*, 24 mars 2020.

<sup>21</sup> M. Scheinin, « [COVID-19 Symposium : To Derogate or Not to Derogate?](#) », *Opinio Juris*, 6 avril 2020.

<sup>22</sup> V. Maksimov, « [Coronavirus derogations from human rights send wrong signal, say MEPs](#) », *EURACTIV.com*, 24 mars 2020.

<sup>23</sup> V. en même sens, S. Touzé, « [La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation...](#) », *Le Club des Juristes*, 22 avril 2020.

<sup>24</sup> *Ibid.* V. aussi Y. N. Harari, « [Yuval Noah Harari : the world after coronavirus](#) », *Financial Times*, 20 mars 2020..

<sup>25</sup> Conseil de l'Europe, [Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres](#), Documents d'information, SG/Inf(2020)11, 7 avril 2020.

<sup>26</sup> J.-P. Costa, « [Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme](#) », *Le Club des Juristes*, 27 avril 2020.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> A. Greene, « [States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic](#) », *Strasbourg Observers*, 1 avril 2020. V. aussi F. Sudre, « [La Convention EDH face au Covid-19 : dépasser les apparences](#) », *Le Club des Juristes*, 27 avril 2020.

Il n'en reste pas moins que la Cour européenne des droits de l'homme continue à avoir la juridiction sur l'ensemble des actes adoptés pendant que la dérogation déploie ses effets, en vérifiant le respect des conditions d'applicabilité de fond et de forme (A), des contre-limites (B), ainsi qu'en opérant le contrôle de la proportionnalité des mesures prises par rapport à l'objectif poursuivi (II). L'ensemble des États membres ayant invoqué l'article 15 semble, pour l'heure, suivre au moins les deux premières exigences européennes à cet égard.

### A) Les conditions d'applicabilité pleinement respectées

De prime abord, l'État partie à la Convention demeure souverain dans sa décision d'invoquer ou non le droit de dérogation « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* ». La validité de son invocation repose sur l'existence effective d'une situation suffisamment grave, de façon à l'empêcher de remplir ses obligations conventionnelles pendant sa durée<sup>29</sup>. En l'occurrence, l'ensemble des mesures dérogatoires prises afin de contenir la propagation de l'épidémie pourraient être considérées comme visant à remplir l'obligation positive de l'État de protéger la vie des personnes relevant de sa juridiction. Si l'État dispose alors de la faculté d'opter pour de telles mesures dérogatoires, il peut également y renoncer en privilégiant les moyens de protection de la vie qui seraient conformes à ses obligations conventionnelles. En d'autres termes, l'omission de prendre les mesures dérogatoires ne saurait pas constituer le fondement de l'engagement de la responsabilité de l'État devant la Cour de Strasbourg<sup>30</sup>.

La Cour EDH se reconnaît compétente pour contrôler la validité de la dérogation, en vérifiant s'il est question d'« *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* »<sup>31</sup>. Ce contrôle laisse cependant une marge d'appréciation importante à l'État<sup>32</sup>, de sorte qu'il paraît actuellement assez superficiel<sup>33</sup>. Ainsi, la dérogation du Royaume-Uni avait été reconnue comme valable en raison de soupçons de menace terroriste après les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis<sup>34</sup>. Cette validité n'a pas été contestée par la Cour, même en l'absence d'attentats sur le sol britannique et malgré le fait que le Royaume-Uni était le seul État européen l'ayant invoquée<sup>35</sup>. De même, la Cour de Strasbourg avait admis le bien-fondé de la dérogation turque postérieurement à une tentative de coup d'État militaire, sans pour autant examiner en détail en quoi son maintien aurait été impérieux deux ans après les événements à l'origine de son invocation<sup>36</sup>.

Au vu de ces éléments, il est difficile de soutenir que la Cour refuserait la validité des dérogations visant à contenir l'épidémie de Covid-19. En considération du nombre de décès causés par le nouveau coronavirus ainsi que de l'ampleur de sa propagation, la pandémie constitue sans aucun doute un « *danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la*

---

<sup>29</sup> L. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2016, p. 713.

<sup>30</sup> V. en ce sens, *Opinion on The Protection of Human Rights in Emergency Situations*, Adopted by the Venice Commission at its 66th Plenary Session (Venice, 17-18 March 2006), § 29.

<sup>31</sup> CEDH, *Lawless c. Irlande (n° 3)*, n° 332/57, Arrêt, 1 juillet 1961, § 28.

<sup>32</sup> CEDH [GC], *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, Arrêt, 19 février 2009, § 173.

<sup>33</sup> V. les critiques dans A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency... », *op. cit.* ; v. aussi T. Marinello, « Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System », *German Law Journal*, Vol. 20, n° 1, 2019, p. 46-71.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 181.

<sup>35</sup> *Ibid.*, §§ 179-180.

<sup>36</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, n° 13237/17, Arrêt, 20 mars 2018, § 93.

*population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État*». La Moldavie mise à part, l'ensemble des notifications se réfèrent à l'annonce de l'OMS confirmant l'existence d'une pandémie, seules la Géorgie et l'Arménie font état du nombre quelque peu considérable de personnes infectées. Malgré cela, pour la Cour de Strasbourg, cela rentrerait dans la compétence de l'État de prendre des mesures préventives pour protéger sa population<sup>37</sup>. De plus, la Cour n'exigeant pas de pratiques étatiques uniformes face à une situation critique<sup>38</sup>, le fait que ce ne soient pas les États les plus touchés par l'épidémie qui invoquent l'article 15 n'aurait aucune incidence sur son appréciation.

En ce qui concerne le dépôt de sa notification, l'État n'est limité que par les conditions de forme assez permissives de l'article 15 § 3 de tenir « *le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées* ». Le principe directeur sous-tendant l'obligation posée par l'article 15 § 3 est celui de publicité, visant à informer l'ensemble des États membres, lesquels participent collectivement à la garantie des droits de l'homme sur le continent européen. Or, la lettre de l'article 15 § 3 CESDH suggère que ce principe n'est guère exigeant. La Convention n'exige ainsi ni de faire état d'une liste exhaustive des droits dont la protection peut être suspendue ni d'indiquer la durée des mesures prises<sup>39</sup>. La Cour contrôlant l'obligation d'information de manière assez souple<sup>40</sup>, les documents assez détaillés joints par les États notificateurs ne sont pas susceptibles de soulever des interrogations sur ce point<sup>41</sup>. En pratique, certains États notificateurs sont allés au-delà de ce strict minimum, en précisant par exemple la fin projetée de leurs états d'urgence au niveau national<sup>42</sup>, en listant les dispositions conventionnelles auxquelles il pourrait être dérogé<sup>43</sup> et en fournissant les mises à jour contenant des informations relatives à des nouvelles mesures<sup>44</sup> ou à la levée de certaines restrictions<sup>45</sup>. La jurisprudence exige enfin que la notification soit suffisamment prompte<sup>46</sup>, ne dépassant pas plusieurs mois. Or, aucune des dérogations invoquées depuis mars 2020 n'est intervenue plus de deux semaines après l'entrée en vigueur des mesures restrictives concernées, délai qui ne serait pas de nature à les invalider.

---

<sup>37</sup> CEDH [GC], *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, Arrêt, 19 février 2009, § 177.

<sup>38</sup> *Ibid.*, § 180.

<sup>39</sup> L. Hennebel, H. Tigroudja, *op. cit.*, p. 711-712.

<sup>40</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, n° 13237/17, Arrêt, 20 mars 2018, § 89.

<sup>41</sup> Hormis les deux déclarations les plus récentes. La déclaration serbe ne fait que renvoyer au site officiel du Gouvernement pour renseignement. Le site n'est disponible qu'en langue serbe. La déclaration de Saint-Marin n'expose pas de façon exhaustive les mesures prises mais renvoie à une loi nationale, laquelle n'est pas disponible sur le site du Conseil de l'Europe. Le principe de publicité des mesures dérogatoires ne semble guère être respecté.

<sup>42</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Lettonie, op. cit.*

<sup>43</sup> V. par exemple *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Géorgie, op. cit.* ; *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe, op. cit.*

<sup>44</sup> *Communication consignée dans la Note verbale n° 671 de la Représentation Permanente de la Roumanie*, datée du 21 avril 2020, enregistrée au Secrétariat Général le 21 avril 2020 ; *Communication consignée dans la Note verbale n° 699 de la Représentation Permanente de la Roumanie*, datée du 24 avril 2020, reçue et enregistrée au Secrétariat Général le 27 avril 2020 ; *Communication consignée dans la Note verbale n° 723 de la Représentation Permanente de la Roumanie*, datée du 29 avril 2020, reçue et enregistrée au Secrétariat Général le 30 avril 2020.

<sup>45</sup> *Communication consignée dans la Note verbale n° 39208/2020 du Ministère des Affaires étrangères de Saint-Marin*, datée du 8 mai 2020, reçue et enregistrée au Secrétariat Général le 11 mai 2020.

<sup>46</sup> *Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Mis à jour au 31 décembre 2019, § 36.

## B) Les contre-limites substantielles généralement observées

En plus de conditions d'applicabilité de l'article 15 CESDH à une situation critique, celui-ci énonce les contre-limites au pouvoir de l'État de déroger aux droits de l'homme. Il s'agit de prévoir des droits indérogeables dont le plein respect doit continuer à être assuré même en temps de crise. L'article 15 § 2 CESDH y inclut notamment le droit à la vie « *sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre* » (article 2 CESDH), l'interdiction de la torture et de mauvais traitements (article 3 CESDH), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4 § 1 CESDH) et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale (article 7 CESDH). S'y ajoutent le principe *ne bis in idem* (article 4 du Protocole 7) et l'abolition de la peine de mort (Protocoles 6 pour le temps de paix et 13 pour l'abolition complète). La jurisprudence européenne sur les droits indérogeables est suffisamment protectrice, y incorporant non seulement des garanties substantielles découlant des dispositions susmentionnées, mais aussi des garanties procédurales<sup>47</sup>.

Il est sans doute concevable que des actions ou des omissions des États parties à la Convention EDH puissent avoir pour effet des violations de certains de ces droits indérogeables<sup>48</sup>. Un contentieux de garanties afférentes à l'« *obligation de protéger le droit à la vie* »<sup>49</sup>, du fait de carences éventuelles des États à prévenir la mort de nombreuses personnes, sera à attendre devant la Cour de Strasbourg. Il n'en demeure pas moins qu'aucune des mesures contenues dans les déclarations des États ayant invoqué l'article 15 ne remet directement en cause ces droits indérogeables. Même la déclaration du Parlement moldave, visant à « *interdire la démission des travailleurs, sauf dans les cas prévus par les actes normatifs, pendant cette période* » et à « *appeler les citoyens à fournir des services dans l'intérêt public conformément à la loi* »<sup>50</sup>, ne tombe pas dans la catégorie d'esclavage ni de servitude. Ces mesures sont plutôt concevables comme « *tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté* », exception à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire prévue à l'article 4 § 3 c) de la Convention, dans sa partie « dérogeable »<sup>51</sup>.

Cependant, l'équation du droit de dérogation contient deux variables : la présence d'une situation de crise ou d'un danger exceptionnel et des mesures attentatoires des droits et libertés qui seraient insusceptibles, de par leur degré, d'être tolérées sous le régime du droit commun. Dans le cadre du contentieux « couvert » par la dérogation, le contrôle de proportionnalité de la Cour s'assouplit, mais reste toutefois effectif. C'est là que repose l'utilité de l'exercice du droit de dérogation. Du point de vue juridique, il serait alors inutile d'invoquer l'article 15 CESDH si les restrictions aux droits et libertés sont acceptables au regard du contentieux européen des droits de l'homme de droit commun. En l'occurrence, malgré l'applicabilité de l'article 15 à la pandémie du COVID-19 (I), sa valeur ajoutée reste limitée pour la plupart des mesures envisagées par les États en vue de la gestion de la crise épidémiologique (II).

---

<sup>47</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, Arrêt, 18 décembre 1996, §§ 98-99 ; CEDH, *Kaya c. Turquie*, n° 158/1996/777/978, Arrêt, 19 février 1998, § 86.

<sup>48</sup> C. Nivard, « Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale », *La Revue des Droits de l'Homme*, avril 2020, § 9.

<sup>49</sup> CEDH, *Kaya c. Turquie*, n° 158/1996/777/978, Arrêt, 19 février 1998, § 86.

<sup>50</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République de Moldova, op. cit.*

<sup>51</sup> Pour une analyse plus détaillée v. J. McBride, « [An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements](#) », *ECHR Blog*, 27 mars 2020.



## II. Une utilité limitée sur le plan juridique

La position officielle des représentants du Conseil de l'Europe, largement partagée par certaines contributions doctrinales<sup>52</sup>, consiste à rappeler l'élasticité de la plupart des droits garantis par la Convention EDH face aux mesures restrictives qui s'imposent durant la pandémie. Nous souscrivons en général à ce point de vue. Sans prétendre analyser l'ensemble des mesures envisagées dans les déclarations des États, nous en analyserons les plus fréquentes. Certaines de ces restrictions n'engagent pas la responsabilité de l'État à l'égard du contrôle de proportionnalité réservé aux situations « normales » (A) ; d'autres, en revanche, seront fort probablement jugées excessives même à l'issue du contrôle de proportionnalité assoupli (B).

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

#### 1. Le confinement généralisé : privation ou restriction de liberté ?

Il est peu probable que les restrictions du mouvement des résidents des pays européens les plus courantes, à savoir par le biais d'imposition du couvre-feu<sup>53</sup> et des listes exhaustives de motifs de sortie du domicile<sup>54</sup>, tombent sous le coup de l'article 5 § 1 CESDH protégeant les personnes des privations de liberté arbitraires. Même si la différence entre la privation de liberté et sa restriction est celle de « *degré ou d'intensité et non de nature ou d'essence* »<sup>55</sup>, la jurisprudence en la matière implique que les mesures de confinement général soient examinées en tant que « *simples restrictions à la liberté de circuler, lesquelles obéissent à l'article 2 du Protocole n° 4* »<sup>56</sup>, ne pouvant pas s'apparenter à l'assignation à résidence<sup>57</sup>. Or, la liberté de circulation est assujettie à des restrictions prévues par la loi, visant à protéger la santé publique, et nécessaires dans une société démocratique. Il est alors fort probable que le confinement généralisé, à condition que les actes législatifs et réglementaires soient jugés suffisamment clairs et prévisibles<sup>58</sup> et que leur ampleur et leur durée répondent au besoin de contenir la propagation du nouveau coronavirus, n'aura pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État<sup>59</sup>. Il en sera de même pour ce qui concerne les restrictions de l'entrée et de sortie du territoire, dans la mesure où l'ensemble des déclarations – sauf celle de la Géorgie – prévoit explicitement la possibilité pour les citoyens et résidents réguliers de retourner dans le pays.

La privation de liberté peut cependant être établie dans le cas du confinement strict des personnes atteintes du COVID-19, que ce soit à domicile ou dans les locaux dédiés aux personnes infectées, dans lesquels ces dernières peuvent être transférées en cas de non-

---

<sup>52</sup> V. J. McBride, *op. cit.* ; C. Nivard, *op. cit.* ; K. Dzehtsiarou, « [COVID-19 and the European Convention on Human Rights](#) », *Strasbourg Observers*, 27 mars 2020 ; M. Scheinin, *op. cit.* ; S. Touzé, *op. cit.*

<sup>53</sup> V. par exemple *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe*, *op. cit.* ; *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*

<sup>54</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie*, *op. cit.*

<sup>55</sup> CEDH [GC], *De Tommaso c. Italie*, no 43395/09, Arrêt, 23 février 2017, § 80.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, § 83 à propos de circonstances dans lesquelles une restriction de liberté impliquant une assignation à résidence peut être considérée comme privation de liberté tombant sous le coup de l'article 5 § 1 CESDH.

<sup>58</sup> CEDH, *Amuur c. France*, n° 19776/92, Arrêt, 25 juin 1996, § 50. Il convient d'observer que les informations plus ou moins sommaires communiquées par les États au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ne permettent pas d'apporter une réponse définitive à cette question.

<sup>59</sup> V. J. McBride, *op. cit.* ; K. Dzehtsiarou, *op. cit.*

respect des règles du confinement à domicile<sup>60</sup>. Or, celle-ci demeure possible si elle est prévue par la loi<sup>61</sup>, « *s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse* » (article 5 § 1 e) CESDH) et qu'elle n'intervient que lorsque « *d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention* »<sup>62</sup>. Le confinement strict des personnes effectivement atteintes du COVID-19 est susceptible de passer le test établi par la Cour comme dans l'une des rares affaires appliquant l'article 5 § 1 e)<sup>63</sup>, tout comme les mesures de placement dans les locaux dédiés, à condition que celles-ci n'interviennent qu'en cas d'insuffisance de la détention à domicile.

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

## **2. La plupart des autres droits conditionnels ne posent pas d'obstacles à la lutte contre la propagation du virus.**

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

De même, du point de vue de la protection de la propriété (article 1 du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel), la fermeture de certains commerces<sup>64</sup>, les réquisitions de certains biens afin de faire face à une éventuelle pénurie d'aliments<sup>65</sup> et l'interdiction d'exportation du matériel médical rentrent dans « *le droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* ». Les États disposent d'une marge d'appréciation assez importante afin de déterminer ce dernier

---

<sup>60</sup> Comme prévu par exemple par les réglementations arménienne (*Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie, op. cit.*), géorgienne (*Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Géorgie, op. cit.*) et du Macédoine du Nord (*Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Macédoine du Nord, op. cit.*).

<sup>61</sup> V. *supra* par rapport à l'exigence de sa qualité. En tout état de cause, les mesures prises par les États européens n'interviennent pas en absence complète de base légale, une réglementation dérogatoire régissant les mesures de privation de liberté commentées.

<sup>62</sup> CEDH, *Enhorn c. Suède*, n° 56529/00, Arrêt, 25 janvier 2005, § 36.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de l'Albanie auprès du Conseil de l'Europe, op. cit.* ; *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la Macédoine du Nord, op. cit.*

<sup>65</sup> *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie, op. cit.* ; *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République de Moldova, op. cit.*

critère<sup>66</sup>. Cependant, que l'article 15 soit invoqué ou non, de telles restrictions donneront lieu à un contentieux d'indemnisation intéressant<sup>67</sup>, les États devant respecter le principe de « *juste équilibre* » entre l'intérêt public et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu<sup>68</sup>.

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

### 1. Restrictions de la liberté d'expression pour lutter contre les « fake news » autour de la pandémie.

Les notifications de l'Arménie et de la Roumanie contiennent des dispositions limitant la liberté d'expression sur le sujet de l'épidémie du COVID-19. Ainsi, la décision du Gouvernement arménien impose aux personnes physiques et morales qu'elles se réfèrent « *exclusivement* » aux « *informations officielles* » dans toute sorte de publication sur le sujet<sup>69</sup> – ou qu'elles ne rentrent pas au moins en contradiction avec celles-ci. La sanction prévue est le retrait immédiat de la publication contredisant les « *informations officielles* ». L'ordonnance d'urgence n° 28 adoptée par le Gouvernement de la Roumanie va encore plus loin, prévoyant la peine d'emprisonnement allant de six mois jusqu'à deux ans, ou une amende, pour des « *affirmations fausses* » (*False Statements*) faites par des personnes physiques ou morales et destinées à dissimuler l'existence du risque d'infection<sup>70</sup>. À la différence de la décision du Gouvernement arménien, l'ordonnance du Gouvernement roumain ne détaille pas le type d'énoncés ni le support de leur publication qui est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale.

Certes, bien que la Cour de Strasbourg insiste sur le rôle de « *chien de garde* » de la presse dans la société démocratique et lui accorde par conséquent une protection accrue, celle-ci peut toutefois se voir « *subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique* »<sup>71</sup>. Toutefois, la censure des propos contredisant les « *informations officielles* », tout comme la criminalisation excessive des « *affirmations fausses* » dans le cadre du débat sur le COVID-19, si elles étaient appliquées à la lettre et de façon indiscriminée, paraissent outrepasser la marge nationale d'appréciation de l'État qui lui est normalement reconnue, surtout lorsqu'il est question des publications faites par des personnes physiques<sup>72</sup>. En l'occurrence, il incomberait à l'État de démontrer en quoi la sanction d'une « *affirmation fausse* » répond à un « *besoin social impérieux* », de telle sorte que la Cour puisse « *se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10, et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents* »<sup>73</sup>. De plus, la Cour de Strasbourg, en exerçant le contrôle de proportionnalité dans le cadre du contentieux de l'article 15 CESDH, exige que « *les États contractants doivent garder à l'esprit que les mesures à prendre doivent viser la défense de l'ordre démocratique menacé et ils doivent tout faire pour protéger les valeurs d'une société démocratique, comme*

---

<sup>66</sup> CEDH, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, n° 17849/91, Arrêt, 20 novembre 1995, §§ 36-37.

<sup>67</sup> J. McBride, *op. cit.*

<sup>68</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>69</sup> La liste exhaustive des questions susceptibles d'être réglementées est également précisée dans la décision, v. *Dérogation consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la République d'Arménie*, *op. cit.*

<sup>70</sup> Ordonnance gouvernementale d'urgence n° 28, annexée à la *Dérogation consignée dans une Note Verbale de la Représentation Permanente de la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*

<sup>71</sup> CEDH, *Harlanova c. Lettonie*, n° 57313/00, Décision finale sur la recevabilité, 3 avril 2003.

<sup>72</sup> CEDH, *Savva Terentyev c. Russie*, n° 10692/09, Arrêt, 28 août 2018, §§ 63-64. V. aussi J. McBride, *op. cit.*

<sup>73</sup> CEDH [GC], *Perinçek c. Suisse*, n° 27510/08, Arrêt, 15 octobre 2015, § 196.

*le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture* »<sup>74</sup>. Ainsi, bien que ce test de proportionnalité soit moins strict, il serait probable que des mesures manifestement liberticides prises sous couvert de la lutte contre les « *affirmations fausses* » ne seront pas jugées comme adoptées « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* »<sup>75</sup>.

## **2. Absence d'enseignement à distance, atteinte au droit à l'instruction ?**

L'ensemble des notifications évoque les dérogations possibles par rapport au droit à l'instruction, consacré à l'article 2 du Protocole additionnel. L'ensemble des établissements d'enseignement – public et privé – est ainsi clos dans les États ayant invoqué la dérogation. Assujettie aux « *limitations implicites* » de la part de l'État, la mise en œuvre du droit à l'instruction implique une importante marge nationale d'appréciation. La tâche de la Cour sera de veiller à ce que les mesures prises n'atteignent pas l'essence même du droit protégé. La jurisprudence antérieure avait déjà reconnu le but légitime dans la « *nécessité pour les autorités chargées de la protection de la santé publique de prendre les mesures appropriées afin de s'assurer qu'une maladie aussi grave et infectieuse que celle en cause en l'espèce cesse de produire ses effets et d'éviter ainsi tout risque de contamination* »<sup>76</sup>. En même temps, au vu de l'impact que la suspension temporaire de l'instruction peut avoir sur la vie des élèves, notamment en ce qui concerne le passage au niveau supérieur, la Cour pourrait exiger des autorités nationales de « *faire preuve de diligence et de célérité dans la gestion de ces mesures* »<sup>77</sup>. Il se pourrait alors que, indépendamment de l'existence d'une dérogation, la Cour soit amenée à engager la responsabilité des États n'ayant entrepris aucun effort afin de mettre en place un quelconque dispositif d'instruction à distance, pourvu que la césure soit suffisamment importante et qu'elle affecte le passage au niveau supérieur. En d'autres termes, même si la marge d'appréciation reconnue à l'État est ample en l'occurrence, une preuve de *due diligence* pourrait être requise. À cet égard, il importe de rappeler que les notifications de l'Albanie, de la Moldavie et de la Roumanie ne contiennent aucune précision sur l'organisation de l'instruction à distance.

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

## **III. Une valeur ajoutée incertaine sur le plan symbolique**

Si l'on s'accorde sur l'inutilité relative de la dérogation prévue à l'article 15 CESDH pour prévoir les restrictions supplémentaires aux droits et libertés dans le cadre de la lutte contre la propagation du Covid-19, l'intérêt de l'invoquer est alors dérisoire. Cependant, deux arguments peuvent être avancés en faveur de la dérogation liée à la crise du Covid-19. Ainsi, son invocation pourrait traduire l'adhésion à l'objet et au but de la Convention EDH, laquelle établit une démarcation claire entre les situations de normalité et de crise (A). De plus, et de façon contre-intuitive, l'invocation de l'article 15 CESDH dans les circonstances actuelles pourrait

---

<sup>74</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, n° 13237/17, Arrêt, 20 mars 2018, § 210.

<sup>75</sup> V. en même sens K. Dzehtsiarou, *op. cit.*

<sup>76</sup> CEDH, *Memlika c. Grèce*, no 37991/12, Arrêt, 6 octobre 2015, § 55.

<sup>77</sup> *Ibid.*

être bénéfique en mettant en accord le positionnement de l'État vis-à-vis de la norme européenne avec des dérogations *de facto* de la Convention sur le plan interne (B).

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

La porte-parole du Conseil de l'Europe, tout en déconseillant aux États parties d'invoquer l'article 15 CESDH, avait tout de même maintenu que les notifications seraient « *un signe du respect de la Convention et du Conseil de l'Europe* »<sup>78</sup>. Ainsi, lesdits États, alors même qu'ils refuseraient de suivre la consigne européenne de protection maximale même en temps de crise, s'obligent néanmoins d'informer les autres États parties des mesures prises.

Or, le respect de la Convention pourrait se manifester également par la volonté, de la part de l'État, de suivre sa lettre même. L'interprétation systémique de la Convention EDH, ainsi que d'autres traités relatifs aux droits de l'homme<sup>79</sup>, suggère une démarcation assez nette entre le temps « *normal* » et celui de « *danger public menaçant la vie de la nation* ». Une telle démarcation serait ici opportune car la propagation rapide du COVID-19 et la très forte augmentation du nombre de morts appellent des « *mesures restrictives qui vont au-delà de ce qui est normalement autorisé par la Convention européenne des droits de l'homme* »<sup>80</sup>. Ces restrictions extraordinaires, du fait de leur caractère exceptionnel, ne seraient admissibles que lorsqu'elles constituent une réponse temporaire à une situation critique. Elles devraient ainsi cesser d'être considérées comme conformes à la Convention EDH une fois la situation critique disparue<sup>81</sup>.

Ainsi, l'idée que la « normalité » soit flexible à un point tel qu'elle puisse s'accommoder des mesures exceptionnelles inimaginables dans un État protecteur des droits de l'homme – même si la jurisprudence conventionnelle exercerait une telle accommodation dans la plupart de cas – reviendrait à gommer la frontière entre la normalité et l'exception. Ce raisonnement se retournerait sur lui-même et reviendrait sur la conception initiale selon laquelle les restrictions exceptionnelles n'ont pas leur place dans le régime « normal », favorisant ainsi leur survie dans le droit national au-delà de la situation critique.

À cet effet, le Dr. Alan Greene plaide l'intérêt d'invoquer l'article 15 CESDH face à la pandémie afin de signaler le « confinement » (*quarantining effect*) de ces restrictions à la durée de la crise<sup>82</sup>. Ainsi, une telle démarcation de la part des États suggérerait mieux leur levée avec la disparition de la menace. Il argue l'effet néfaste de l'absence de dérogations sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le long terme. Selon lui, la solution inverse, au lieu d'offrir une meilleure garantie des droits et libertés même en temps de crise, reviendrait à revoir à la baisse le niveau de protection offert par le contrôle normal de proportionnalité. Ce dernier pourrait alors être assoupli *ex officio* en raison de déférence aux circonstances *de facto* exceptionnelles.

Cependant, l'incidence de l'usage du droit de dérogation sur la non-transposition des mesures d'urgence dans la législation ordinaire par les États parties à la Convention EDH est

---

<sup>78</sup> V. Makszimov, *op. cit.*

<sup>79</sup> V. *supra*.

<sup>80</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, [COVID-19 : le Président demande instamment aux États de respecter la CEDH dans leur réaction à la crise](#), 24 mars 2020.

<sup>81</sup> A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency... », *op. cit.*, p. 1776.

<sup>82</sup> A. Greene, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic », *op. cit.*

fantomatique<sup>83</sup>. De plus, la Cour EDH étant toujours attentive aux circonstances en cause, il est peu probable que la garantie des droits soit définitivement nivelée vers le bas (*recalibrated downwards*<sup>84</sup>). Certes, la Cour pourrait assouplir *ex officio* le test de proportionnalité habituel de nécessité « *dans une société démocratique* », jusqu'à atteindre le standard de contrôle propre au contentieux de l'article 15 CESDH. Une marque de déférence aux réponses apportées par les États en temps de crise transparaît déjà dans une décision d'irrecevabilité concernant la crise économique grecque<sup>85</sup>. La Cour de Strasbourg y observa notamment que, face à des circonstances de la sorte, elle « *n'a pas à dire [si l'État] a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer son pouvoir différemment* »<sup>86</sup>. Il n'en reste pas moins que ces cas restent isolés et ne modifient pas l'approche habituelle de la Cour.

Enfin, une portée symbolique concurrente des décisions de ne pas recourir à la dérogation peut être dégagée, attachée elle aussi au respect de ce qui est prévu par le mécanisme européen. Il s'agit pour un État d'assumer la responsabilité « *de limiter le moins possible les droits et les libertés, autrement dit, rester dans le cadre du respect des principes de l'État de droit* »<sup>87</sup>. Dans la logique de subsidiarité de la protection des droits contenus dans la Convention EDH, un tel choix permet notamment aux juridictions nationales d'assurer leur pleine applicabilité en temps de crise. En d'autres termes, des conséquences contrastées peuvent être tirées de l'impératif de « *respect du mécanisme européen* » (A). Reste à savoir si la portée symbolique de la dérogation peut être reconnue au regard d'un objectif d'adéquation du régime de protection des droits de l'homme avec l'état d'urgence national (B).

## B. Invoquer l'article 15 pour marquer la congruence avec l'état d'urgence national ?

La déclaration de l'état d'urgence au niveau national, doit-elle être nécessairement suivie d'une notification de dérogation même en l'absence de mesures concrètes qui seraient affectées par celle-ci ? La question s'était posée concernant la France, pays ayant décrété un « état d'urgence sanitaire » sans pour autant recourir à l'article 15 CESDH<sup>88</sup>. Les auteurs regrettant cette décision se sont appuyés sur trois arguments principaux qui vont au-delà de la portée contentieuse de la dérogation pour les mesures prises par les autorités françaises. Il s'agit notamment de la transparence des mesures restrictives pour l'ensemble des États membres (1), de la consistance de la pratique étatique (2), ainsi que de la nécessité d'assurer la cohérence entre les faits au niveau national – l'état d'urgence sanitaire – et la position de l'État vis-à-vis de la norme européenne (3).

En premier lieu, l'intérêt extra-contentieux d'invoquer l'article 15 CESDH pour un État prenant des mesures d'ampleur et de portée exceptionnelles de lutte contre la pandémie de Covid-19 serait d'en informer publiquement d'autres États membres. Ainsi, « *les formalités auxquelles l'article 15 subordonne la dérogation concourent à la publicité de la décision et à la*

---

<sup>83</sup> Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.

<sup>84</sup> A. Greene, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR... », *op. cit.*

<sup>85</sup> CEDH, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, nos 57665/12 et 57657/12, Décision de recevabilité, 7 mai 2013. V. les observations de J. McBride, *op. cit.* sur la question. Il convient tout de même de préciser que le standard appliqué par la Cour, propre au contentieux de l'article 1 du Protocole additionnel (protection de la propriété), pourrait être plus élevé lorsqu'il sera question d'autres droits conditionnels.

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>87</sup> S. Touzé, *op. cit.*

<sup>88</sup> Sur l'utilité du recours à l'article 15 CESDH par la France, v. notre contribution avec T.-S. Renoux, « [Pas de mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme](#) », *Le Club Des Juristes*, 24 avril 2020.

*transparence de l'État*»<sup>89</sup>. De la sorte, l'État s'inscrirait encore pleinement dans le mécanisme européen de garantie collective des droits de l'homme en précisant au Secrétaire général du Conseil de l'Europe non seulement les mesures prises, mais aussi leur durée.

Certes, la majeure part de notifications participe *de facto* à cet impératif de « *transparence de l'État* ». Les *Notes verbales* fournissent des informations assez détaillées sur les restrictions des droits et libertés introduites à titre exceptionnel<sup>90</sup>. Un tel mouvement de transparence de la part des États membres ne peut qu'être bienvenu. Toutefois, il faut rappeler que des renseignements aussi importants que ceux fournis par huit États sur dix qui ont notifié le Secrétaire général vont au-delà des exigences de l'article 15 § 3 CESDH. Du point de vue des exigences formelles de notification de la dérogation, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne semble pas insister sur la communication exhaustive des mesures prises ni sur la durée de leur maintien en vigueur<sup>91</sup>. Une notification superficielle peut respecter ces formalités du point de vue de l'article 15 § 3, tout en omettant de satisfaire pleinement à l'impératif de transparence du point de vue substantiel.

En deuxième lieu, un État pourrait considérer l'opportunité d'invoquer l'article 15 CESDH face à la pandémie s'il y avait déjà eu systématiquement recours dans d'autres circonstances exceptionnelles. La notification de dérogation confirmerait alors la « *cohérence* » de la doctrine de l'État en ce qui concerne le droit de dérogation. Bien qu'un tel impératif soit légitime au regard de l'ampleur de la crise épidémiologique dans l'ensemble des États européens, qui, dans son degré de gravité, atteint celui des menaces à la sécurité nationale, il n'est pas nécessairement renforcé par les mesures dérogatoires justifiant le recours à l'article 15. Une donnée de l'équation du droit de dérogation paraît manquante dans la plupart de cas. Or, tel n'était pas le cas des dérogations antérieures des pays ayant fait le recours à l'article 15 dans le contexte de conflit armé (Ukraine) ou de menace à la sécurité nationale (France, Turquie, Royaume-Uni). Il est également significatif à cet égard que les États en faisant usage le plus souvent aient omis d'y recourir dans le contexte de la pandémie de Covid-19.

Enfin, la dérogation pourrait être jugée préférable afin de tirer les conséquences nécessaires de la régression du niveau de protection au niveau national dans le contexte d'un « état d'urgence sanitaire ». En analysant le cas français, Frédéric Sudre remarque que la France dérogerait *de facto* à la Convention EDH, et qu'il existerait un « *hiatus évident dans notre ordre juridique entre état d'exception et droit commun conventionnel* »<sup>92</sup>. La pratique contentieuse interne semble en témoigner. Ainsi, « [on] a le sentiment que le juge du Conseil d'État fait « *comme si* » l'article 15 était applicable et considère en conséquence que l'État dispose d'une marge d'appréciation d'une amplitude telle que le contrôle de conventionnalité devient purement formel »<sup>93</sup>. Toutefois, l'élargissement ainsi décrit de la marge d'appréciation de l'Administration par le juge administratif national – lequel est un fait du point de vue de droit international public – ne saurait systématiquement exiger d'en tirer les conséquences juridiques pour la position de l'État vis-à-vis de ses obligations du droit européen des droits de l'homme. Un État peut assumer de continuer à être lié par les prescriptions d'un traité malgré le fait que les circonstances factuelles de la mise en œuvre de ses obligations seraient insuffisantes au regard du texte international. Si, dans les circonstances exceptionnelles, l'État peut opter pour l'élargissement de sa marge d'appréciation, il ne peut jamais le faire afin de

---

<sup>89</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*

<sup>90</sup> V. *supra*.

<sup>91</sup> V. *supra*.

<sup>92</sup> F. Sudre, *op. cit.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

ramener le *sollen* conventionnel au *sein* en droit interne. Si un positionnement pareil conforte indéniablement l'État dans sa démarche, tel n'est pas nécessairement le cas pour le niveau de protection des droits et libertés en son sein.

\*\*\*

Quelle immunité des droits de l'homme face à la pandémie du nouveau coronavirus ? Le temps apportera sans doute la réponse définitive. En tout état de cause, le Covid-19 a mis à l'épreuve l'utilité, mais aussi l'opportunité, de l'article 15 CESDH en dehors du contexte traditionnel de son applicabilité, à savoir des conflits armés ou des menaces graves à la sécurité nationale. Sans vouloir revenir sur le caractère souverain et discrétionnaire des décisions des États membres du Conseil de l'Europe d'exercer le droit inscrit à l'article 15 CESDH, l'analyse effectuée suggère que la pandémie du Covid-19 ne doit pas participer à la banalisation des dérogations aux droits et libertés garantis par la Convention.