



HAL
open science

Quel encadrement des limitations de la jouissance des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme pendant la pandémie de Covid-19 ?

Mihaela Anca Ailincai

► To cite this version:

Mihaela Anca Ailincai. Quel encadrement des limitations de la jouissance des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme pendant la pandémie de Covid-19?. Frédéric Bouhon; Anne-Emmanuelle Bourgaux; Elise Degrave; Camille Lanssens; Julien Pieret; Céline Romainville; Sébastien Van Drooghenbroeck. Les droits humains en temps de pandémie : perspectives internationales, européennes et comparées, Larcier, pp.239-267, 2023, 978-2-8079-3172-5. halshs-04156606

HAL Id: halshs-04156606

<https://shs.hal.science/halshs-04156606v1>

Submitted on 9 Jul 2023

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

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

Quel encadrement des limitations de la jouissance des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme pendant la pandémie de Covid-19 ?

À propos des balises démocratiques posées par le Conseil de l'Europe

Anca AILINCAI

Professeure de droit public, Université Grenoble-Alpes, Centre de recherches juridiques (CRJ)

L'une des questions juridiques les plus prégnantes pendant la crise sanitaire de la Covid-19 a été de savoir comment protéger les droits de l'homme pendant (ou malgré) la pandémie. La question est vaste et délicate, en ce qu'elle appelle des réponses nuancées.

À l'évidence, protéger les droits de l'homme pendant une crise d'ampleur suppose en tout premier lieu d'exercer un contrôle sur les mesures sanitaires décidées par l'exécutif, et éventuellement le législatif. Ce contrôle doit être assuré à différents échelons, tant national que supranational.

À l'échelle européenne, le Conseil de l'Europe est l'organisation la mieux placée pour veiller au respect des droits de l'homme, en période de crise tout autant qu'en période « normale ». Cette organisation européenne, dont le siège se situe à Strasbourg en France, a été créée en 1949. Sa genèse fut initiée au Congrès de La Haye, en 1948, au cours duquel s'est dessiné un clivage entre les partisans d'une Europe fédérale et ceux d'une simple coopération intergouvernementale. Selon le compromis qui en a résulté, le pouvoir de décision incombe en exclusivité au Comité des Ministres, qui réunit sur un pied d'égalité les Ministres des Affaires étrangères des Etats membres, ou leurs représentants permanents à Strasbourg¹. Le Conseil de l'Europe est donc une organisation intergouvernementale. La tentation fédéraliste s'exprime néanmoins à travers l'existence d'une Assemblée parlementaire, composée de parlementaires issus des différents parlements des Etats membres. Cette Assemblée a été conçue comme un organe purement consultatif, mais elle n'a eu de cesse de revendiquer un accroissement de ses pouvoirs, en se fondant sur sa légitimité démocratique². En prenant l'initiative d'élire le Secrétaire général de l'Organisation, l'Assemblée a contribué à renforcer sa légitimité politique et joue aujourd'hui un rôle essentiel dans la détermination de la politique générale du Conseil de l'Europe³.

Le rôle confié au Conseil de l'Europe est de sauvegarder et de promouvoir les valeurs européennes, qui peuvent être exprimées à travers le triptyque « démocratie, droits de l'homme

¹ Voir spécifiquement les articles 13 et 14 du Statut du Conseil de l'Europe.

² Voy. F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, éd. du Conseil de l'Europe, 2005, pp. 11-13 et 64-65. L'Assemblée était initialement désignée par l'appellation plus neutre et moins valorisante d' « Assemblée consultative », mentionnée dans le Statut du Conseil de l'Europe.

³ *Ibid.*, pp. 82-83.

et État de droit »⁴. Pour ce faire, l'Organisation s'est dotée, au fil de ses soixante-dix ans d'existence, d'un réseau très dense de normes et de mécanismes de contrôle sur chacun des volets de ce triptyque, mais plus spécialement encore dans le domaine des droits de l'homme. Plus de deux cents conventions, ayant un lien plus ou moins direct avec les droits de l'homme, ont ainsi été conclues sous les auspices du Conseil de l'Europe. Certaines de ces conventions instituent un mécanisme de contrôle non juridictionnel, dont la responsabilité incombe à un organe créé à cet effet. C'est le cas par exemple du Comité européen des droits sociaux, qui veille à la mise en œuvre de la Charte sociale européenne.

Malgré son expérience, le Conseil de l'Europe n'avait jamais été confronté à une situation de crise aussi généralisée. Cette première crise globale a suscité pour lui plusieurs défis, dont l'accumulation s'est apparentée à un stress-test grandeur nature de sa résilience.

Le premier défi concernait le fonctionnement de l'Organisation elle-même, qui n'était pas du tout préparée à faire face à la fermeture des frontières, aux restrictions des déplacements nationaux et internationaux et aux confinements sanitaires. C'est pourquoi tous les organes ont connu une période de paralysie, durant laquelle il a été nécessaire de définir en urgence de nouvelles modalités de fonctionnement. Il leur a fallu se doter de nouvelles règles permettant le télétravail et la tenue de réunions, confidentielles et parfois sensibles, par vidéoconférence. Les processus décisionnels ont également dû être amendés, dans le respect des règlements internes, pour remplacer les procédures de vote habituelles par des procédures dérogatoires de consultation écrite ou de vote électronique. Sans compter qu'il a été nécessaire que le Conseil de l'Europe signe un contrat de prestation de services avec une plateforme de conférence multilingue remplissant des conditions strictes de sécurité et de confidentialité, intégrant à la fois un service professionnel de traduction simultanée et une fonctionnalité de vote à distance⁵. Tout cela a pris beaucoup de temps. Par exemple, l'Assemblée parlementaire n'a entériné ses méthodes de travail dérogatoires que le 30 avril et le 7 mai 2020⁶. Qui plus est, le Règlement de l'Assemblée a été interprété de façon excessivement rigoureuse, en ce sens qu'il a été considéré que « [t]oute décision dont le Règlement stipule expressément qu'elle doit être prise par la commission, au cours d'une réunion, ne peut faire l'objet d'une procédure dérogatoire »⁷. Il s'ensuit qu'un grand nombre de décisions importantes n'ont pas pu être prises au moyen d'une consultation à distance⁸.

Un second défi, tout aussi exceptionnel que le précédent mais plus difficile à surmonter, résidait dans le fait que tous les États membres ont été touchés, à des degrés divers, par la pandémie. Tous ont adopté, quasiment en même temps, un large éventail de mesures d'exception pour endiguer la propagation du virus. La plupart, mais pas tous, ont activé un régime d'état d'urgence, qui permet « l'octroi - temporaire - de pouvoirs exceptionnels à l'exécutif » et l'adoption « de règles exceptionnelles, en vue de traiter et de surmonter une

⁴ L'article 1 (a) du Statut du Conseil de l'Europe lui fixe pour but « 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 ». Selon le préambule de ce même statut, ce patrimoine commun est composé des « valeurs spirituelles et morales [...] qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ».

⁵ Bureau de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), AS/Bur (2020) 20 rev, 7 mai 2020, Modalité de déroulement des réunions des commissions à distance. Mémoire préparé par le Secrétaire Général de l'Assemblée parlementaire, par. 3-4.

⁶ Voir respectivement Bureau APCE, AS/Bur (2020) 18 rev, 30 avril 2020, Cadre décisionnel des commissions – adaptation des procédures de travail des commissions en réponse à la situation exceptionnelle de la pandémie du Covid-19, Mémoire préparé par le Secrétariat Général de l'Assemblée parlementaire ; Bureau APCE, AS/Bur (2020) 20 rev, *ibid.*

⁷ Voir APCE, AS/Bur (2020) 18 rev, *ibid.*

⁸ *Ibid.*

situation extraordinaire qui représente une menace fondamentale pour le pays »⁹. Les mesures adoptées ont eu des effets déstabilisateurs sur chacun des volets du triptyque qui fonde la raison d'être du Conseil de l'Europe. Elles ont non seulement entravé la jouissance normale des droits de l'homme mais ont aussi entraîné des questionnements quant au respect de l'État de droit et de la démocratie puisque la répartition des rôles et des pouvoirs entre les différents organes et échelons de l'État a été modifiée durant la crise sanitaire. Autant dire que tous les aspects relevant de la compétence du Conseil de l'Europe ont été impactés.

Le défi était d'autant plus énorme que l'Organisation était fragilisée. Elle sortait à peine d'une autre crise sans précédent, résultant d'un bras de fer féroce entre l'Assemblée parlementaire et la Fédération de Russie, laquelle a suspendu le versement de ses contributions financières pendant trois ans en signe de protestation contre les sanctions que lui a imposées l'Assemblée en 2014, suite à l'annexion de la Crimée¹⁰. Cette crise politique et financière n'a fait qu'accentuer une ligne de fracture qui se dessine depuis plusieurs années déjà entre les États membres du Conseil de l'Europe, certains d'entre eux n'adhérant plus à l'intégralité de l'acquis de l'Organisation. L'une des manifestations récentes de cette fracture a été la dénonciation tonitruante par la Turquie, en mars 2021, de la Convention d'Istanbul sur la Lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Quelques mois plus tôt, la Turquie - de même que l'Azerbaïdjan et la Hongrie - avait déjà refusé de soutenir la Déclaration d'Athènes, publiée par la présidence du Comité des Ministres en novembre 2020, à l'occasion du soixante-dixième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), au motif que cette déclaration fait référence au « rôle important » de la Convention d'Istanbul¹¹. Dans ce contexte, le Conseil de l'Europe avait plus que jamais besoin de prouver sa pertinence, voire son utilité¹². La crise sanitaire lui en a fourni une occasion.

L'ambition de cette contribution ne saurait être démesurée à l'excès. Il serait déraisonnable de tenter d'embrasser la trop vaste question de la réaction du Conseil de l'Europe sur tous les sujets qui relèvent du périmètre de ses compétences. Le propos sera plus modestement focalisé sur l'action de l'Organisation sur le terrain de la protection des droits de l'homme, et plus spécifiquement encore dans le champ des droits garantis par la CEDH. Cette focale restrictive conduit à mettre globalement de côté les droits économiques et sociaux, qui ne sont pas expressément couverts par cette Convention et ne sont protégés que de façon marginale et indirecte par la Cour européenne des droits de l'homme¹³. Le droit à la santé mérite une appréciation moins tranchée, en ce qu'il entretient des relations étroites avec le droit à la

⁹ Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005 rev, 26 mai 2020, Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en situation d'état d'urgence : réflexions, par. 5.

¹⁰ Voy. A. AILINCAI, « Le suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la tourmente », in A. AILINCAI, C. CHEVALLIER-GOVERS, V. EDJAHARIAN (dir.), *Les Europes : de l'intérieur, vers l'extérieur. Mélanges en l'honneur du Professeur Catherine Schneider*, Paris, Mare & Martin, 2021, pp. 99-105. Finalement, la Fédération de Russie a été exclue du Conseil de l'Europe le 16 mars 2022 et cet Etat a cessé d'être partie à la CEDH à compter du 16 septembre 2022, en raison de la guerre d'agression qu'elle a lancée à l'encontre de l'Ukraine. Voy. Comité des Ministres, Résolution CM/Res (2022) 2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, 16 mars 2022.

¹¹ APCE, AS/Per (2020) PV 07, 4 décembre 2020, Procès-verbal de la réunion de la Commission permanente de l'Assemblée du 20 novembre 2020, interventions de M. Jacques Maire, p. 21, et du Président, p. 24.

¹² Voir en ce sens la déclaration de M. Miltiadis Varvitsiotis, Ministre délégué aux affaires européennes de la Grèce, Président du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de la réunion de la Commission permanente de l'Assemblée parlementaire du 15 septembre 2020, AS/Per (2020) PV 05, 12 octobre 2020.

¹³ Il est opportun de signaler ici que le Comité européen des droits sociaux a adopté, dès le 24 mars 2020, une *Déclaration sur la Covid-19 et les droits sociaux* dans laquelle il met en évidence les droits de la Charte sociale européenne qui sont particulièrement affectés par la crise sanitaire et demande aux États parties d'accorder une priorité appropriée aux groupes et individus les plus vulnérables socialement.

vie et le droit à l'intégrité physique protégés par les articles 2 et 3 de la CEDH, en particulier s'agissant de l'une de ses composantes, le droit d'accès aux soins de santé¹⁴.

Sans nier aucunement l'importance des droits économiques et sociaux, *a fortiori* durant une pandémie, force est d'admettre que la CEDH occupe une place privilégiée parmi les quelques deux cent vingt conventions adoptées sous les auspices du Conseil de l'Europe. Et pour cause, c'est la seule convention à avoir mis en place un mécanisme de contrôle juridictionnel, exercé par la célèbre Cour européenne des droits de l'homme. La Convention et la Cour constituent les joyaux de l'Organisation, les outils de protection des droits de l'homme les plus perfectionnés, mais aussi les plus visibles. Il était donc essentiel de préserver *a minima* ce noyau dur pendant la pandémie.

C'est une banalité que de dire que les mesures visant à limiter la propagation de la Covid-19 ont restreint de façon considérable la jouissance d'un grand nombre de droits protégés par cette convention. L'impact a été d'autant plus élevé que ces mesures n'ont pas seulement été appliquées à des groupes spécifiques, en des lieux précis et sur de courtes périodes, mais à des populations entières pendant d'interminables semaines. Dans ce contexte, aggravé par l'urgence des décisions à prendre et les incertitudes de la science, il va de soi que les risques de limitations abusives des droits de l'homme étaient considérables. Un encadrement du pouvoir des États de limiter la jouissance de ces droits était donc indispensable, assurément.

Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été d'un très grand secours pendant la crise sanitaire. Moyennant quelques ajustements, elle a certes continué à fonctionner dans des conditions satisfaisantes, même pendant les périodes de confinement. Elle a ainsi pu traiter, au titre de l'article 39 de son Règlement, les quelques trois cent soixante-dix demandes de mesures provisoires liées à la crise sanitaire. Ces demandes ont été principalement introduites par des personnes placées en détention ou se trouvant dans des centres d'accueil pour demandeurs d'asile et migrants, qui sollicitaient le retrait de leur lieu de détention / rétention ou la protection de leur santé contre le risque d'être infectées par la Covid-19. Dans un second temps, la Cour a également reçu des demandes de mesures provisoires concernant les programmes de vaccination, introduites par des professionnels dénonçant la vaccination obligatoire, ou par des personnes contestant l'utilisation de certificats Covid-19¹⁵. Si cela était nécessaire, cela prouve bien qu'un contrôle supranational est toujours souhaitable car les juridictions nationales ne constituent pas systématiquement un obstacle suffisant face à d'éventuels abus. Néanmoins, la Cour ne fait droit à des demandes de mesures conservatoires qu'à titre exceptionnel, lorsque les requérants encourent des risques réels de dommages irréparables. C'est pourquoi un grand nombre des demandes reçues ont été rejetées¹⁶. Au-delà, la Cour n'a pas été en capacité de contrôler en temps réel les mesures prises par les États, tout simplement parce qu'elle n'est pas une juridiction de l'urgence. Par nature, elle a donc une utilité limitée au cœur des situations d'urgence. Elle effectue uniquement un contrôle *a posteriori*, après épuisement des voies de recours internes. Une situation exceptionnelle n'étant pas en soi un motif de priorisation dans le traitement des affaires, il faudra donc attendre plusieurs années avant qu'un contrôle juridictionnel ne soit exercé à Strasbourg, sauf dans

¹⁴ Concernant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant du droit d'accès aux soins de santé, voir par exemple A. AILINCAI, « L'accès des détenus aux soins de santé », in T. Fleury-Graff et G. Le Floch (dir.), *Droit international et santé*, Actes du colloque de Rennes de la Société française pour le droit international (SFDI), Paris, Pedone, 2019, pp. 435-456.

¹⁵ « Crise sanitaire de la Covid-19 », Fiche thématique de l'Unité de la presse de la Cour européenne des droits de l'homme, octobre 2022.

¹⁶ Pour un exemple récent de rejet, voir CEDH 243 (2021), Communiqué de presse du 25 août 2021, Les demandes de mesures provisoires de 672 sapeurs-pompiers concernant la loi relative à la gestion de la crise sanitaire n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 39 du règlement de la Cour.

l'hypothèse d'affaires mettant en cause le noyau dur des droits protégés par la Convention ou d'affaires classées « à impact »¹⁷. D'ailleurs à ce jour, soit plus de trente mois après le début de la pandémie, la Cour n'a rendu que onze décisions d'irrecevabilité¹⁸, un arrêt de violation¹⁹ et deux arrêts de non violation²⁰ en lien avec la crise sanitaire.

Le caractère très modeste de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme dans la gestion de la crise sanitaire a donné lieu à quelques critiques. Certains auteurs ont observé qu'elle paraissait en retrait par rapport à d'autres organes internationaux de protection des droits de l'homme²¹, tels que la Cour interaméricaine et le Comité des droits de l'homme. La première a publié le 14 avril 2020 une déclaration rappelant aux États d'agir dans le cadre de l'État de droit et des obligations issues de la Convention américaine²². Le second a adopté une déclaration sur les dérogations au Pacte international relatifs aux droits civils et politiques dans le contexte de la crise sanitaire, rendue publique le 24 avril 2020²³. En comparaison, la Cour européenne des droits de l'homme a pu paraître trop silencieuse.

Faut-il pour autant en déduire que les États membres du Conseil de l'Europe n'ont pas été guidés pendant la crise sanitaire et que les entraves à la jouissance effective des droits de l'homme n'ont fait l'objet d'aucun encadrement supranational ? Ce serait négliger le fait qu'il existe au sein du Conseil de l'Europe un véritable système de protection des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme est entourée d'une multitude d'organes statutaires et conventionnels, qui sont mieux placés pour réagir en urgence et qui ont été très actifs durant la pandémie. Dès lors que la focale d'observation est déplacée à l'échelon macroscopique de ce système considéré dans sa globalité, le Conseil de l'Europe ne paraît plus du tout avoir été en retrait dans la gestion de la pandémie.

¹⁷ Voir « La politique de priorisation de la Cour », juin 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf ; « Une Cour qui compte / A Court that matters ». Stratégie pour un traitement plus ciblé et efficace des affaires, 17 mars 2021, disponible ici : https://www.echr.coe.int/Documents/Court_that_matters_FRA.pdf

¹⁸ CourEDH, déc., 5 novembre 2020, *Le Mailloux c. France*, req. n° 18108/20 ; CourEDH, déc., 13 avril 2021, *Terhes c. Roumanie*, req. n° 49933/20 ; CourEDH, déc., 8 juin 2021, *Ünsal et Timtik c. Turquie*, req. n° 36331/20 ; CourEDH, déc., 22 juin 2021, *Bah c. Pays-Bas*, req. n° 35751/20 ; CourEDH, déc., 7 octobre 2021, *Zambrano c. France*, req. n° 41994/21 ; Cour eur. D.H., déc., 5 avril 2022, *Lörinc et al. c. Slovaquie*, req. n° 27877/21 et al. ; Cour eur. D.H., déc., 19 mai 2022, *Makovetsky c. Ukraine*, req. n° 50824/21 ; Cour eur. D.H., déc., 28 juin 2022, *Toromag, S.R.O. et al. c. Slovaquie*, req. n° 41217/20 et al. ; Cour eur. D.H., déc., 5 juillet 2022, *Magdić c. Croatie*, req. n° 17578/20 ; Cour eur. D.H., déc., 5 juillet 2022, *Piperea c. Roumanie*, req. n° 24183/21 ; Cour eur. D.H., déc., 13 septembre 2022, *Thevenon c. France*, req. n° 46061/21.

¹⁹ CourEDH, 11 mars 2021, *Feilazoo c. Malte*, req. n° 6865/19.

²⁰ Cour eur. D.H., 1er mars 2022, *Fenech c. Malte*, req. n° 19090/20 ; Cour eur. D.H., 11 octobre 2022, *Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie*, req. n° 29443/20.

²¹ M. AFROUKH, « Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, n° 126, pp. 277-278 ; M. ROTA, « Protection régionale des droits humains et Covid-19. L'apport de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2020, vol. 2, n° 45, p. 165 ; M. AFROUKH, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chron. n° 40 (en ligne) ; M. MORALES ANTONIAZZI et S. STEININGER, « How to Protect Human Rights in Times of Corona ? Lessons from the Inter-American Human Rights System », *Ejil Talk*, May 1, 2020 (en ligne).

²² Inter-American Court on Human Rights, *Covid-19 and Human Rights: the problems and challenges must be addressed from a human rights perspective and with respect for international obligations*, I/ACourt H.R._PR-27/2020English, April 14, 2020. Voir aussi Inter-American Commission on Human Rights, *Pandemic and Human Rights in the Americas*, Resolution n° 1/2020, April 10, 2020.

²³ Human Rights Committee, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, UN Doc. CCPR/C/128/2, 24 April 2020.

Celle-ci a donné lieu à une mobilisation globale de tous ses organes²⁴, qui a pris des formes multiples. Leur réaction a été relativement rapide compte tenu des difficultés de fonctionnement générées par la pandémie. Pour ne citer que quelques exemples, le Comité pour la prévention de la torture a publié une Déclaration dès le 20 mars 2020, la Secrétaire générale a présenté une boîte à outils le 7 avril 2020, le Comité européen des droits sociaux a adopté une Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie le 21 avril 2020, le Comité des Ministres s'est exprimé à travers deux déclarations datées du 22 avril et du 4 novembre 2020, la Commission de Venise a publié une compilation de ses travaux antérieurs sur l'état d'urgence le 16 avril 2020, des réflexions approfondies sur les normes applicables à l'état d'urgence le 26 mai 2020 et un premier rapport intérimaire sur les mesures prises dans les États membres de l'Union européenne à la suite de la crise de la Covid-19 le 8 octobre 2020. Pour sa part, l'Assemblée parlementaire a publié huit rapports et autant de résolutions sur différents aspects en lien avec la situation sanitaire entre juillet 2020 et octobre 2022. Quantité d'autres déclarations, de rapports, de documents de réflexion, de lignes directrices ou de lettres plus individualisées ont été rendus publics. Ce à quoi s'ajoutent des réunions et des échanges plus informels, en partie confidentiels, à la fois entre les organes de l'Organisation et avec les autorités nationales ou des représentants de la société civile. Les thématiques abordées sont elles aussi d'une diversité étourdissante : elles recouvrent un grand nombre des droits protégés par la CEDH, dont certains sont étayés par des conventions ultérieures instituant des organes de suivi spécialisés²⁵.

Évidemment, il ne saurait être question ici d'analyser en détail toutes ces thématiques. Le propos sera donc sélectif, par nécessité. Il s'agira, modestement, d'essayer d'évaluer la résilience du système européen de protection des droits de l'homme, c'est-à-dire sa capacité à encadrer le pouvoir des États de limiter la jouissance des droits garantis par la CEDH pendant une crise d'ampleur.

Le message général qui se dégage des documents consultés est que la CEDH doit servir de boussole, qu'elle reste applicable et que cela n'est pas négociable. Dit autrement, les droits de l'homme ne doivent pas être considérés comme un obstacle dans la lutte contre la pandémie et la protection de la santé. Toutes les institutions l'ont dit, chacune à sa façon. Par exemple, dans la Déclaration d'Athènes entérinée par le Comité des Ministres le 4 novembre 2020, la Présidence insiste sur le fait que, « [l]ors d'une crise et de l'état d'urgence qui en découle, toute mesure prise à titre exceptionnel doit être [...] pleinement conforme à la Convention européenne des droits de l'homme et aux autres obligations en matière de droits de l'homme »²⁶.

L'application de la Convention européenne a évidemment suscité des difficultés quant à la conciliation des différents droits garantis. À l'instar d'autres organes, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que, même « si le droit à la santé ne fait pas partie en tant que tel des droits garantis par la Convention, les États ont l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et de

²⁴ Pour une vision d'ensemble, voir le rapport annuel de la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe, *Le multilatéralisme en 2020*.

²⁵ Tel est le cas par exemple de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (STE n° 126), de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (STE n° 197), de la Convention de Lanzarote sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (STE n° 201), de la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (STE n° 210) ou encore de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n°s 108 et 223).

²⁶ CM (2020) 110-final, 3 novembre 2020, Déclaration d'Athènes de la Présidence du Comité des Ministres sur « Répondre efficacement à une crise sanitaire dans le plein respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit », adoptée à la 130^e Session du Comité des Ministres, le 4 novembre 2020.

protéger leur intégrité physique, y compris dans le domaine de la santé publique »²⁷. Le Comité européen des droits sociaux a précisé que ces mesures « peuvent inclure [...] le dépistage et le traçage, la distanciation physique et l'auto-isollement, la fourniture de masques appropriés et de produits désinfectants, ainsi que l'imposition de mesures de quarantaine et de "confinement" »²⁸. Aussi indispensables soient-elles, ces mesures à finalité sanitaire doivent être prises dans le respect des autres obligations conventionnelles. C'est le sens de la courte déclaration adoptée par le Comité des Ministres le 22 avril 2020 : « les mesures de lutte contre la maladie et ses conséquences plus larges doivent être prises conformément aux principes de l'Organisation et aux engagements pris par les États membres »²⁹. Autrement dit, l'objectif de protection de la vie et de la santé publique a été unanimement reconnu comme un motif légitime de limiter la jouissance des autres droits de l'homme. Mais le risque d'abus, et donc de violation de ces droits, est évident en situation de crise. Toute la difficulté est alors d'établir le point d'équilibre adéquat entre la protection de la vie et de la santé d'une part, et la protection des autres droits et libertés d'autre part.

C'est précisément dans la recherche de ce point d'équilibre que s'inscrivent toutes les initiatives du Conseil de l'Europe. Celles-ci ont emprunté les modalités classiques d'action de l'Organisation. Elles se structurent autour de deux axes, le *standard-setting* (c'est-à-dire l'élaboration de normes) et le *monitoring* (c'est-à-dire le suivi ou le contrôle de la mise en œuvre de ces normes). Évaluer l'action du Conseil de l'Europe pendant la crise sanitaire suppose donc de tester la pertinence du cadre normatif établi et l'effectivité des dispositifs de contrôle. Avec cette focale, le système européen de protection des droits de l'homme s'est avéré globalement adapté pour faire face à la crise sanitaire. Le cadre normatif disponible était suffisant pour affronter la pandémie et les mécanismes de contrôle ont fonctionné. Dit autrement, les États membres ont été encadrés dans la mise en œuvre des limitations aux droits et libertés garantis par la CEDH. On pourrait en conclure que le Conseil de l'Europe n'a pas failli à ses missions, à condition de s'entendre sur le fait qu'une telle Organisation internationale ne peut pas produire des miracles. Compte tenu de la structuration actuelle de l'ordre juridique international, qui érige la volonté et la souveraineté de l'État sur un piédestal, il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'elle puisse empêcher, à coup sûr, tous les abus. En dernière analyse, ceux-ci sont tributaires de la bonne ou de la mauvaise volonté des États, de la sincérité de leur adhésion à l'objectif de protection des droits de l'homme. Tout au plus le Conseil de l'Europe peut-il essayer de contenir les abus, en encadrant au mieux les limitations de ces droits. Cet encadrement s'est opéré avec deux temporalités, à la fois en amont et en aval des abus constatés. Ce faisant, le Conseil de l'Europe a rempli deux fonctions importantes. L'encadrement *a priori*, c'est-à-dire avant tout constat d'abus, s'est concrétisé à travers la fonction de conseil et d'assistance, qui a pris la forme d'un exposé des règles applicables et a été prééminente (I). L'encadrement *a posteriori* s'est manifesté sous la forme d'une fonction d'alerte en cas de dérive manifeste, et s'est traduit par des indications plus individualisées (II).

I. Une fonction de conseil et d'assistance prééminente

La grande majorité des documents adoptés au sein du Conseil de l'Europe durant la crise sanitaire a pour finalité évidente et assumée d'aider les États à trouver un équilibre acceptable pour répondre efficacement à la pandémie tout en respectant les droits de l'homme. Ces documents incluent une immense variété de conseils qui visent à circonscrire les risques d'abus.

²⁷ CourEDH, déc., *Le Mailloux c. France*, op. cit., par. 9.

²⁸ Comité européen des droits sociaux, *Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie*, 21 avril 2020, p. 3.

²⁹ Déclaration du Comité des Ministres sur la pandémie de Covid-19, adoptée le 22 avril 2020.

Ils ne contiennent pas d'innovation juridique particulière. Ils rappellent plutôt l'acquis normatif antérieur de l'Organisation, qui est décliné en fonction du contexte spécifique de la pandémie. Parmi les normes applicables, la CEDH occupe sans surprise une place de choix. Les apports plus précis des autres conventions et instruments de *soft law* qui prolongent la CEDH sont également mobilisés, par exemple s'agissant de la protection des données personnelles³⁰, ou de la protection contre les violences faites aux femmes³¹ et contre les traitements inhumains ou dégradants³². Il en ressort de façon évidente que les normes existantes étaient suffisantes pour faire face à la crise sanitaire sans sacrifier les droits de l'homme. En clair, le système européen de protection des droits de l'homme s'est révélé pertinent dans son volet normatif.

Schématiquement, les conseils livrés peuvent être rangés en deux catégories. Leur portée fluctue entre le rappel des principes généraux, qui restent applicables même en situation d'exception (A), et des indications thématiques plus ciblées sur des droits particulièrement affectés par la crise sanitaire (B).

A. *Un rappel des principes généraux applicables aux situations d'exception*

Dans leurs ordres juridiques internes, la plupart des États ont « jugé nécessaire de légiférer spécialement pour la situation engendrée par l'épidémie de coronavirus, y compris des États dont la constitution ou la législation ordinaire prévoyait déjà un large éventail de mesures exceptionnelles » ; « seuls de rares États, à supposer qu'il y en ait, ont jugé suffisantes les lois existantes sur l'état d'urgence »³³.

Par contraste, le Conseil de l'Europe a insisté sur le fait que toutes les mesures sanitaires doivent s'inscrire dans le cadre de la CEDH, qui a largement prévu les situations d'exception. Comme l'expliquait le Président de l'Assemblée parlementaire, « [c]es normes ont été forgées en temps de crise, et [ont été] explicitement conçues comme un "filet de sécurité" pour des démocraties libérales qui viendraient à être menacées dans leur existence. Elles fixent le cap à suivre dans l'adversité et sont suffisamment souples pour nous permettre d'y faire face »³⁴.

³⁰ La protection des données à caractère personnel, assurée par la Cour européenne des droits de l'homme moyennant une interprétation évolutive du droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH, est complétée par la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE n° 108). Cette convention, adoptée en 1981 et entrée en vigueur en 1985, a été actualisée par un Protocole d'amendement d'octobre 2018 (STCE n° 223) qui n'est pas encore en vigueur. Un Comité consultatif, composé de représentants des États parties, est chargé de l'interprétation des dispositions de la Convention et s'efforce d'améliorer sa mise en œuvre. Voir le site internet : <https://www.coe.int/fr/web/data-protection/consultative-committee-tpd>

³¹ Sur cet aspect, la Convention européenne des droits de l'homme a été complétée par la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (STCE n° 210), communément appelée « Convention d'Istanbul ». Cette convention a été ouverte à la signature en 2011 et elle est entrée en vigueur en 2014. Sa mise en œuvre fait l'objet d'un suivi par un groupe éponyme composé d'experts indépendants : le GREVIO (<https://www.coe.int/fr/web/istanbul-convention/grevio>).

³² L'article 3 de la CEDH, qui prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, est complété par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (STCE n° 126), adoptée en 1987 et entrée en vigueur en 1989. Cette convention institue un comité éponyme, le CPT, qui est composé d'experts indépendants. Celui-ci effectue des visites régulières de tous les lieux de privation de liberté, à l'issue desquelles il élabore des recommandations à destination des autorités nationales. Ces recommandations sont ensuite consolidées sous la forme de « Normes du CPT », présentées notamment dans les rapports annuels d'activité du Comité. Voir le site internet : <https://www.coe.int/fr/web/cpt/standards>

³³ Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005rev, 26 mai 2020, Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'état d'urgence. Réflexions, par. 32.

³⁴ Déclaration de la Présidence de l'Assemblée parlementaire, 23 avril 2020, COVID-19 : « Que l'exception ne devienne pas la "nouvelle normalité" ».

Les trois modalités d'adaptation de la protection des droits de l'homme prévues par la CEDH ont été rappelées par la Commission de Venise³⁵. Premièrement, la Convention contient des exceptions qui excluent du champ des droits garantis certaines mesures adoptées en période d'urgence. Deux d'entre elles sont particulièrement adaptées à la situation sanitaire. D'une part, l'article 4 § 1 et 2 interdit l'esclavage et le travail forcé, mais le § 3(c) stipule que « [n]est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire" au sens du présent article [...] tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ». En cas de besoin, cela permet de mobiliser du personnel, notamment médical, au-delà du cadre habituel. D'autre part, l'article 5 § 1 (e) prévoit que « [n]ul ne peut être privé de sa liberté », sauf, entre autres, « s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse [...] ». Cela peut autoriser le confinement contraint de personnes porteuses du virus ou susceptibles de l'être³⁶. Deuxièmement, les rédacteurs de la Convention ont prévu la possibilité de restreindre la jouissance de la plupart des droits garantis, pour des motifs d'intérêt général au nombre desquels compte la protection de la santé publique. Ces restrictions sont expressément mentionnées au paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention et à l'article 2 § 3 du Protocole 4 à la Convention relatif à la liberté de circulation. Troisièmement, l'article 15 de la CEDH autorise les États parties à déroger à la majorité des obligations prévues par la Convention, en cas de guerre ou d'autre « danger public menaçant la vie de la nation ». Il s'agit alors de suspendre temporairement certaines garanties liées aux droits de l'homme, ce qui constitue le grade ultime des limitations aux droits.

Un nombre sans précédent de dix États ont activé l'article 15 de la CEDH entre mars et avril 2020³⁷. À ce jour, la déclaration de dérogation à la CEDH est toujours active concernant la Géorgie. Cette pratique a rapidement donné lieu à un débat doctrinal portant sur le point de savoir s'il est préférable que les États dérogent à la CEDH ou qu'ils se contentent de restrictions aux droits. Deux camps se sont rapidement dessinés, les uns estimant que le régime des restrictions est adapté et suffisant pour faire face à la crise sanitaire³⁸, les autres appelant à la mise en œuvre de l'article 15 par crainte que, à défaut, les mesures adoptées ne soient normalisées³⁹.

³⁵ Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005rev, *op. cit.*, par. 38-45.

³⁶ La question de savoir si un confinement généralisé doit s'analyser comme une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 (e) de la Convention est connexe. Dans sa décision d'irrecevabilité *Terhes c. Roumanie* du 20 mai 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le confinement décrété en Roumanie ne saurait être assimilé à une mesure d'assignation à résidence. La Cour a tenu compte de l'intensité des restrictions imposées à la liberté de circulation du requérant et du fait que celui-ci n'avait pas rendu compte des effets que le confinement avait eu sur son état. Le caractère circonstancié de l'appréciation portée par la Cour empêche toutefois d'en tirer des conclusions générales quant à la conventionnalité de tous les confinements décrétés par les États parties.

³⁷ La liste de ces États est disponible ici : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/derogations-covid-19>

³⁸ M. AFROUKH, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *op. cit.* ; K. DZEHTSIAROU, « Covid-19 and the European Convention on Human Rights », *Strasbourg Observers*, March 27, 2020 (en ligne) ; Y. LECUYER, « Affecter sans infecter. Les effets de la Covid-19 sur le système conventionnel de protection des droits humains », *Revue du droit public*, 2020, n° 6, p. 1595 ; 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 (en ligne) ; Th. RENOUX et M. GUDZENKO, « Pas de mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le Club des juristes*, 24 avril 2020 (en ligne) ; M. SCHEININ, « Covid-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate », *Opinio Juris*, April 6, 2020 (en ligne) ; S. TOUZE, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation », *J.C.P. éd. G*, 2020, p. 511.

³⁹ 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 (en ligne) ; G. GONZALEZ, « L'article 15 de la CEDH à l'épreuve du Covid-19 ou l'ombre d'un doute », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chron. n° 43 (en ligne) ; A. GREENE, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic », *Strasbourg Observers*, April 1, 2020 (en ligne) ; C. LE BRIS, « Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'homme en période de crise sanitaire (première partie) », *La Revue des droits de l'homme*, novembre 2020 (en ligne) ;

Bien avant la pandémie, l'Assemblée parlementaire avait pris position sur le sujet, avec une approche plutôt réticente à l'égard des mesures dérogatoires. En 2018, elle insistait sur le principe de proportionnalité pour souligner que « [I]es mesures ou restrictions normales autorisées par la Convention pour le maintien de la sûreté publique, de la santé publique et de l'ordre public doivent être totalement inadaptées pour que les mesures dérogatoires prises dans le cadre de l'état d'urgence puissent être autorisées »⁴⁰. Dans le contexte de la crise sanitaire, l'Assemblée a de nouveau incité les États « à adopter une démarche prudente et progressive à l'égard des mesures d'urgence, en prenant celles qui nécessitent une dérogation uniquement en dernier recours, lorsqu'elles s'avèrent absolument nécessaires parce que d'autres options moins restrictives se révèlent inadéquates »⁴¹.

Plus réservée, la Commission de Venise a affirmé timidement que « [I]es dérogations ne sont pas toujours nécessaires »⁴². Elle a néanmoins avancé l'idée, promue par le Comité des droits de l'homme, qu'il ne peut être dérogé aux garanties judiciaires fondamentales du procès équitable⁴³, ce qui va au-delà des prescriptions de l'article 15 § 2 de la CEDH⁴⁴. En revanche, la Commission a longuement pris position sur les déclarations d'état d'urgence dans les ordres juridiques internes, insistant sur le fait que ce régime juridique « ne doit s'appliquer qu'en cas de menace réellement exceptionnelle (et de courte durée) » et qu'il est préférable de proclamer officiellement l'état d'exception plutôt que de l'appliquer *de facto*⁴⁵.

Les autres organes du Conseil de l'Europe se sont montrés beaucoup plus frileux sur le sujet, en signe de révérence à l'égard de la marge d'appréciation que la Cour européenne réserve aux États quant à la nécessité d'activer l'article 15⁴⁶. Dans la « boîte à outils » publiée le 7 avril 2020, la Secrétaire générale affirme de façon très neutre qu'« [i]l incombe à chaque État d'évaluer si les mesures qu'il adopte nécessitent une [...] dérogation, en fonction de la nature et de la portée des restrictions appliquées aux droits et libertés protégés par la Convention »⁴⁷. Dans le même esprit, le Comité des Ministres s'est contenté de rappeler que certains droits sont indérogeables⁴⁸.

Quel que soit le cadre juridique dans lequel sont inscrites les mesures d'exception, tous les organes du Conseil de l'Europe ont insisté sur les grands principes qui doivent guider l'action des États en toute circonstance. Ces principes ont été synthétisés dans la Déclaration

Fr. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. éd. G*, 2020, p. 510.

⁴⁰ APCE, Résolution 2209 (2018), 24 avril 2018, État d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, par. 4.

⁴¹ APCE, Résolution 2338 (2020), 13 octobre 2020, Les conséquences de la pandémie de covid-19 sur les droits de l'homme et l'état de droit, par. 12.4.

⁴² Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005rev, *op. cit.*, par. 42.

⁴³ *Ibid.*, par. 41. Voir aussi Human Rights Committee, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, *op. cit.*, par. 2 (d).

⁴⁴ L'article 15 § 2 de la CEDH interdit toute dérogation à l'article 2 (droit à la vie), sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, à l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), à l'article 4 § 1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude) et à l'article 7 (pas de peine sans loi). L'article 6, relatif au droit à un procès équitable, n'est donc pas expressément visé.

⁴⁵ Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005rev, *op. cit.*, par. 20 et 24.

⁴⁶ CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, par. 207 ; CourEDH, 19 février 2009, *A. et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05, par. 173.

⁴⁷ Secrétaire générale, SG/Inf (2020) 11, 7 avril 2020, 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, p. 2.

⁴⁸ CM (2020) 110-final, Déclaration d'Athènes de la Présidence du Comité des Ministres, *op. cit.* : le Comité « insiste sur le fait que la Convention européenne des droits de l'homme, en définissant les droits de l'homme auxquels aucune dérogation ne peut être faite, fixe clairement des "lignes rouges" infranchissables, même en période de grave crise de santé publique ».

d'Athènes, adoptée par le Comité des Ministres le 4 novembre 2020 à l'occasion du soixante-dixième anniversaire de la CEDH. Le Comité souligne que toute mesure exceptionnelle doit être « strictement nécessaire, proportionnée, non discriminatoire, appliquée uniquement pour la période nécessaire et doit prendre fin une fois la situation normalisée, pleinement conforme à la CEDH et aux autres obligations en matière de droits de l'homme, et constamment réexaminée ». L'organe intergouvernemental insiste aussi sur la nécessité d'assurer « un contrôle parlementaire de l'état d'urgence proclamée et de sa durée, ainsi qu'un contrôle juridictionnel des mesures prises, afin d'éviter tout abus »⁴⁹. On remarquera, avec étonnement, que le principe de légalité n'est pas expressément mentionné, ce qui peut laisser croire que l'organe intergouvernemental l'a délibérément négligé, faute de consensus sur le sujet. Le principe fût en revanche rappelé par la Secrétaire générale, en ces termes : « [m]ême en situation d'urgence, l'État de droit doit prévaloir et l'une de ses pierres angulaires est que l'action publique doit être prévue par la loi »⁵⁰.

À l'évidence, la crainte la plus forte portait sur la temporalité des mesures d'exception. Le Président de l'Assemblée parlementaire le dit sans détours : « ma plus grande crainte est que ces mesures sans précédent perdurent même une fois la crise terminée, devenant ainsi un "nouveau normal" »⁵¹. Dès lors, nombreux sont les conseils visant à limiter l'effet des mesures exceptionnelles dans le temps. Par exemple, la Secrétaire générale soulignait qu'« [i]l n'est pas admissible » que le pouvoir reconnu à l'exécutif de légiférer par voie d'ordonnance « soi[t] prolong[é] indéfiniment » et que « toute disposition législative adoptée durant l'état d'urgence devrait [...] prévoir des échéances claires au-delà desquelles ces mesures exceptionnelles deviendraient caduques (sous la forme d'une "clause de caducité", ou "*sunset clause*") »⁵².

Un tel rappel de grands principes généraux connus peut paraître dérisoire. Il constitue néanmoins une mise en garde de ce que la crise sanitaire ne peut pas justifier une action qui ignorerait complètement la CEDH. L'enjeu est ici d'afficher les lignes rouges infranchissables. En cela, il s'agit déjà d'un effort d'encadrement de la marge de manœuvre des États, qui ne saurait être totale, même en situation de crise. Le message est d'autant plus utile qu'il a été accompagné d'une multitude de conseils thématiques, axés sur des droits particulièrement affectés par la crise sanitaire.

B. *Des conseils thématiques concernant les droits particulièrement affectés par la crise sanitaire*

Les conseils livrés par le Conseil de l'Europe ont couvert un grand nombre de droits affectés par la crise sanitaire, au nombre desquels comptent, pêle-mêle, le droit à un procès équitable, la liberté de réunion et d'association, le droit à des élections libres ou le droit à la vie privée (y inclus le droit à la protection des données personnelles). Ces conseils sont plutôt généraux, en ce sens qu'ils laissent aux États une marge de liberté pour en adapter la mise en œuvre en fonction de la spécificité des situations locales et nationales. Cette marge d'appréciation paraît être la limite infranchissable d'une action globale à vocation préventive, qui doit être nettement distinguée du contrôle individualisé exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur les mesures concrètement adoptées. Il est même probable qu'elle constitue la marque des situations d'exception et, à ce titre, il n'est pas exclu qu'elle irrigue

⁴⁹ CM (2020) 110-final, Déclaration d'Athènes de la Présidence du Comité des Ministres, *op. cit.*, par. 7 et 8.

⁵⁰ Secrétaire Générale, SG/Inf (2020) 11, *op. cit.*, p. 3.

⁵¹ Déclaration de la Présidence de l'Assemblée parlementaire du 23 avril 2020, *op. cit.*

⁵² Secrétaire Générale, SG/Inf (2020) 11, *op. cit.*, p. 3.

aussi la jurisprudence à venir de la Cour au sujet de la crise sanitaire⁵³. Il n'en reste pas moins que les conseils dispensés ont pu utilement contribuer à l'émergence de solutions adéquates.

Certains de ces conseils ne sont qu'une adaptation de recommandations antérieures au contexte de la pandémie. Par exemple, dès le 20 mars 2020 le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) a incité les États à « recourir à des mesures de substitution à la privation de liberté », en particulier dans les situations de surpopulation. Il a souligné que les détenus doivent avoir accès au dépistage de la Covid-19 et aux soins intensifs si nécessaire, qu'« il est légitime et raisonnable de suspendre des activités non essentielles » mais qu'il faut garantir le droit d'accès quotidien à l'air libre (d'au moins une heure), que « toute restriction des contacts avec le monde extérieur [...] doit être compensée par un accès accru à d'autres moyens de communication », ou encore qu'« [e]n cas d'isolement ou de mise en quarantaine d'une personne détenue infectée ou suspectée d'être infectée par le virus du SRAS-CoV-2, la personne concernée devrait pouvoir avoir des contacts humains significatifs tous les jours »⁵⁴.

D'autres réflexions portent sur des problématiques nouvelles. Une illustration est fournie par la question des pass ou certificats covid, institués par différents États en vue de lever les restrictions à l'égard des personnes vaccinées, qui ont déjà été infectées ou qui peuvent se prévaloir d'un test négatif. La Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire a examiné le sujet en profondeur dans un rapport très nuancé adopté en juin 2021. Elle appelait à la prudence et signalait un risque potentiel de discrimination. Le raisonnement consiste à considérer que le pass sanitaire génère une différence de traitement, qui ne serait compatible avec la CEDH que si elle est fondée sur une justification objective et raisonnable. Or, les incertitudes scientifiques de l'époque quant à l'efficacité du vaccin contre le risque de transmission et la fiabilité insuffisante des tests PCR pourraient priver de pertinence les critères de distinction retenus⁵⁵. La même prudence quant aux risques de discrimination et d'arbitraire ressort de l'analyse de la Secrétaire générale sur le même sujet⁵⁶, tandis que le Comité consultatif de la Convention 108 attirait au surplus l'attention sur la nécessité de prévoir des garanties appropriées pour assurer le respect des données personnelles relatives à la santé⁵⁷.

Une troisième catégorie de conseils porte sur des thématiques qui paraissent avoir attiré plus spécifiquement la vigilance du Conseil de l'Europe. Un exemple emblématique concerne la liberté d'expression, en lien avec l'accès à l'information et la liberté des médias. Outre le fait que ces libertés sont consubstantielles à la démocratie, elles ont été particulièrement importantes dans le contexte de la crise sanitaire. Comme l'expliquait la Commissaire aux droits de l'homme, « le journalisme remplit une fonction cruciale en période de crise sanitaire » puisqu'« il est indispensable d'informer la population en temps utile pour qu'elle comprenne

⁵³ Au regard de la jurisprudence disponible, il est d'ores et déjà possible de relever que la Cour a reconnu aux autorités pénitentiaires une "large marge d'appréciation" pour "organiser ou surveiller les activités de nature religieuse des détenus", eu égard aux difficultés engendrées par "l'évolution de la situation sanitaire et son imprévisibilité". Voy. Cour eur. D.H., *Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie*, *op. cit.*, par. 68.

⁵⁴ CPT, Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (Covid-19), 20 mars 2020, respectivement principes 5, 7 et 8.

⁵⁵ APCE, Résolution 2382 (2021), 22 juin 2021, Pass ou certificats covid : protection des droits fondamentaux et implications légales et Doc. 15309, 7 juin 2021, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme.

⁵⁶ Secrétaire générale, SG/Inf (2021) 11, 31 mars 2021, Protection des droits de l'homme et « pass vaccinal ».

⁵⁷ Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108), « Vaccination, attestations Covid-19 et protection des données », Déclaration, T-PD-BUR (2016) 6rev2, 3 mai 2021. Voir aussi le message similaire du Comité de bioéthique, Déclaration sur les considérations relatives aux droits de l'homme concernant le « pass vaccinal » et les documents similaires, 4 mai 2021.

le danger et adopte des mesures de protection individuelles »⁵⁸. Il n'en reste pas moins que les États ont été confrontés au phénomène de la désinformation, qui a entravé l'efficacité des mesures sanitaires. Dans ce contexte, il a été rappelé que la lutte contre ce phénomène ne saurait justifier la censure, ce qui suppose une approche restrictive des limitations à la liberté d'expression et des médias. De l'avis de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire, « [s]i des mesures – même très étendues – restreignant le droit à la vie privée et familiale et la liberté de réunion et de circulation, par exemple, peuvent se justifier facilement pour faire face à la pandémie, c'est loin d'être le cas de celles qui limitent la liberté d'expression, l'accès à l'information et la liberté des médias »⁵⁹. Selon la Commission de Venise, « il n'est [même] pas certain qu'il existe un motif valable pour [...] restreindre [la liberté d'expression] en situation d'urgence »⁶⁰. En tout état de cause, « [l]es principes de nécessité et de proportionnalité appellent à n'activer et appliquer qu'avec la plus grande prudence les mesures qui affectent la liberté des médias »⁶¹. Même si cela n'est pas affiché expressément, ces conseils émergent vraisemblablement des dérives constatées. A ce titre, ils s'inscrivent déjà dans la fonction d'alerte que le Conseil de l'Europe a également exercée pendant la pandémie.

II. Une fonction d'alerte en cas de dérive manifeste

Outre la fonction prédominante de conseil et d'assistance, le Conseil de l'Europe a exercé une fonction d'alerte pour dénoncer les dérives manifestes constatées. À l'évidence, les abus ont été identifiés et signalés. Cela témoigne à nouveau de la résilience du système européen de protection des droits de l'homme, cette fois-ci dans sa dimension opérationnelle de surveillance de la mise en œuvre, par les États, du cadre normatif disponible. Cela ne signifie pas pour autant que le système est suffisamment bien équipé pour éviter tout abus. En effet, si les organes de contrôle ont réussi à surmonter les obstacles générés par la crise sanitaire pour exercer malgré tout une surveillance des actions étatiques (A), les alertes qu'ils ont ponctuellement lancées peuvent susciter des doutes quant à leur efficacité (B).

A. Des obstacles au contrôle surmontés

Même si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas joué un rôle central pendant la crise sanitaire, il serait trompeur d'en déduire qu'aucun contrôle des actions étatiques ne s'est déployé pendant la pandémie. Ce serait ignorer qu'il existe au Conseil de l'Europe une multitude de mécanismes de contrôle non juridictionnel, ou de suivi, qui évoluent en parallèle du contrôle exercé par la Cour européenne.

Il est vrai que ces organes non-juridictionnels ont éprouvé des difficultés à assurer la continuité de leurs activités de suivi selon les modalités habituelles. Par la force des choses, il a été impossible d'effectuer des visites *in situ* au début de la pandémie, en raison des restrictions sévères à la liberté de circulation. Qu'à cela ne tienne ; les modalités de travail ont été adaptées. L'exemple du CPT est éloquent à cet égard. Il n'a pu effectuer aucune visite des lieux de

⁵⁸ Commissaire aux droits de l'homme, « La liberté de la presse ne doit pas être fragilisée par les mesures de lutte contre la désinformation sur le Covid-19 », 3 avril 2020.

⁵⁹ Doc. 15139, 16 septembre 2020, Les conséquences de la pandémie de covid-19 sur les droits de l'homme et l'État de droit, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, par. 8. En ce sens, voir aussi Secrétaire générale, SG/Inf (2020) 19, 7 juillet 2020, L'impact de la crise sanitaire sur la liberté d'expression et la liberté des médias, p. 2.

⁶⁰ Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005rev, *op. cit.*, par. 49.

⁶¹ *Ibid.*, par. 91.

privation de liberté entre mars et juillet 2020, mais il a malgré tout réussi à maintenir la majeure partie de son programme de visites périodiques pour 2020⁶². De juillet à décembre 2020, même lorsque le virus circulait avec virulence, le Comité a effectué plusieurs visites *ad hoc* de réaction rapide, par exemple pour examiner la situation des migrants placés en rétention⁶³ ou celle des détenus dans les zones particulièrement affectées par la pandémie de Covid-19 comme l'Alsace en France⁶⁴. Parallèlement, dès le 20 mars 2020, il a demandé à tous les États membres de fournir des informations sur les mesures concrètes prises dans tous les établissements où des personnes sont privées de leur liberté⁶⁵, en même temps qu'il présentait une liste de dix principes qui devaient être respectés pendant la pandémie. Un résumé des réponses étatiques, assorti des commentaires du Comité, a été publié en juillet 2020⁶⁶.

Il est vrai aussi que la Secrétaire générale a délibérément choisi de ne pas contrôler la mise en œuvre de l'article 15 de la CEDH. C'est ce que lui recommandait l'Assemblée parlementaire en 2018, après avoir constaté que la marge de manœuvre des États était trop grande dans ce domaine. L'Assemblée estimait alors que le Secrétaire devrait « ouvrir une enquête au titre de l'article 52 de la Convention⁶⁷ pour tout État qui dérogerait à la Convention » et, sur la base des informations ainsi obtenues, « engager un dialogue avec l'État concerné en vue de veiller à la compatibilité de l'état d'urgence avec les normes de la Convention, dans le respect de la compétence juridique de la Cour européenne des droits de l'homme »⁶⁸. Cette suggestion a été relayée par la doctrine⁶⁹, mais ignorée par la Secrétaire générale.

La décision d'activer le dispositif des dérogations est manifestement perçue comme un acte de souveraineté, auquel les États estiment qu'il serait inconvenant de faire ombrage. Déjà en 2018, répondant à une sollicitation en ce sens de l'Assemblée parlementaire, le Comité des Ministres disait ne pas voir de nécessité à l'adoption d'une recommandation en vue d'harmoniser le recours aux dérogations. Son argument crucial était que « la portée et la forme de la dérogation d'un État sont toutes deux soumises au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », qui aurait, selon lui, la capacité de traiter avec célérité les affaires mettant en cause le noyau dur des droits protégés par la Convention⁷⁰. Le message semblait suffisamment clair pour que la Secrétaire générale choisisse elle aussi, en 2020, de s'en remettre à la Cour. Dans la boîte à outils publiée le 7 avril 2020 elle écrivait, sobrement, que « [t]oute dérogation sera évaluée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires dont elle aura été saisie »⁷¹. Pourtant, sur la trentaine d'affaires liées à la Covid communiquées à ce

⁶² CPT, Rapport annuel d'activités 2020, p. 6.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ La première visite *ad hoc* effectuée par le CPT en juillet 2020 s'est déroulée en Alsace. Voir CPT, Rapport annuel d'activités 2020, p. 10.

⁶⁵ CPT/Inf (2020) 21, 9 juillet 2020, Nouvelle déclaration relative à la situation des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie actuelle de Covid-19.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ En vertu de l'article 52 de la CEDH, « [t]oute Haute Partie contractante fournira sur demande du Secrétaire général du Conseil de l'Europe les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention ».

⁶⁸ APCE, Résolution 2209 (2018), *op. cit.*, par. 20.

⁶⁹ Voir K. ISTRÉFI, « Supervision of Derogations in the Wake of Covid-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe », *Ejil Talk*, April 6, 2020 (en ligne) ; G. Epure, « Strengthening the supervision of ECHR derogation regimes. A non-judicial avenue », *Strasbourg Observers*, April 17, 2020 (en ligne).

⁷⁰ Doc. 14770, 5 décembre 2018, État d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, Réponse à la Recommandation 2125 (2018) de l'Assemblée parlementaire.

⁷¹ Secrétaire general, SG/Inf (2020) 11, *op. cit.*, p. 2.

jour à un État défendeur, une seule d'entre elles, qui sera effectivement traitée en priorité en tant qu'affaire "à impact", concerne une dérogation⁷².

Il serait peut-être excessif de s'émouvoir outre mesure de la prudence de la Secrétaire générale, pour deux raisons. Premièrement, la mise en œuvre de l'article 52 aurait sans doute pris beaucoup de temps. Les informations que les États concernés auraient dû transmettre auraient été fort nombreuses, tant la pandémie a eu un impact global sur les droits de l'homme. Le traitement de ces informations aurait également nécessité du temps et des moyens humains disproportionnés en regard de l'exigence d'une forte réactivité. Sans compter que la situation sanitaire est fluctuante, si bien que certains États ont procédé successivement à plusieurs notifications de dérogation. Compte tenu de ces considérations, le choix de la Secrétaire générale d'une action ponctuelle mais rapide, par le biais de déclarations et de courriers individualisés, ne semble pas totalement déraisonnable. D'autant plus que le travail d'enquête a quand même été réalisé, et c'est là la deuxième raison évoquée. Au printemps 2020, la Commission de Venise a décidé de créer un observatoire sur la mise en œuvre des législations d'urgence dans les soixante-deux États couverts par son mandat⁷³. L'objectif est de recueillir des informations spécifiques à chaque État, y compris sur les dérogations à la CEDH. Il ne fait aucun doute que la base de données comparatives ainsi obtenue a été utilisée dans le dialogue entretenu avec les États membres par plusieurs organes de contrôle du Conseil de l'Europe. D'ailleurs la Commission de Venise elle-même s'est appuyée sur cet observatoire pour rédiger, à la demande du Président du Parlement européen, un rapport sur *Les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de la Covid-19 et leur impact sur la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux*, rapport qui fut adopté en octobre 2020.

Il faut donc se garder de penser qu'aucun contrôle n'a été exercé sur les mesures prises par les États européens pendant la pandémie. Le Conseil de l'Europe a au contraire exercé une surveillance assez rapidement après le début de la pandémie. Même si elle est évidemment beaucoup moins visible qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, cette surveillance a assurément permis d'alerter sur les dérives manifestes. Il reste que l'efficacité de ces alertes est incertaine.

B. *Des alertes ponctuelles à l'efficacité incertaine*

Dès septembre 2020, l'Assemblée parlementaire a été en capacité de produire une évaluation macroscopique des mesures adoptées à l'échelle européenne pour faire face au virus de la Covid-19. À en croire cette appréciation globale et préliminaire, « [d]ans l'ensemble, les démocraties européennes ont prouvé qu'elles étaient capables de réagir efficacement [à la pandémie] sans trahir leurs valeurs fondamentales »⁷⁴. La plupart des mesures prises ont été considérées comme « légitimes, vu la menace qui pèse sur la santé et la sécurité publiques »⁷⁵. Évidemment, il est probable que cette évaluation générale soit ponctuellement invalidée par une analyse individualisée de la Cour européenne des droits de l'homme. À ce jour, la Cour n'a constaté qu'une seule fois la violation de la Convention dans le contexte spécifique des mesures prises pour lutter contre la pandémie. Dans l'arrêt *Feilazoo c. Malte*, elle a jugé que les conditions de la rétention administrative d'un ressortissant nigérian étaient contraires à l'article

⁷² Il s'agit de l'affaire *E. B. et al. c. Serbie*, req. n° 50086/20 et 50898/20, communiquée le 5 novembre 2021. Voy. Rapport de la première réunion du Groupe de rédaction sur les droits de l'homme en situation de crise (CDDH-SCR), CDDH-SCR(2022)R1, 18 octobre 2022, par. 10.

⁷³ Commission de Venise, CDL-PI (2020) 005rev, *op. cit.*, par. 2.

⁷⁴ APCE, Résolution 2338 (2020), *op. cit.*, par. 11.

⁷⁵ APCE, Doc. 15139, *op. cit.*, par. 4.

3 de la CEDH, parce qu'il avait été placé en quarantaine avec des demandeurs d'asile nouvellement arrivés, alors que cela ne se justifiait pas du point de vue sanitaire puisqu'il sortait d'une période d'isolement de près de sept semaines⁷⁶. En revanche, la juridiction européenne n'a pas sanctionné la suspension pendant trois mois de la procédure pénale engagée contre un requérant soupçonné d'être impliqué dans un meurtre, jugeant que celle-ci était justifiée par les circonstances exceptionnelles créées par la pandémie⁷⁷. La Cour n'a pas non plus invalidé le confinement décrété en Roumanie, qui autorisait des sorties ponctuelles⁷⁸, l'examen du placement en rétention d'un requérant guinéen sans comparution de l'intéressé à l'audience⁷⁹, ni le refus opposé pour des raisons sanitaires à un détenu qui voulait se rendre à un service religieux à l'extérieur de la prison dans laquelle il était détenu⁸⁰.

Cela ne doit pas laisser penser qu'il n'y a pas eu d'abus, ou que les abus sont passés inaperçus. Au contraire, plusieurs organes du Conseil de l'Europe, et en particulier l'Assemblée parlementaire, la Commissaire aux droits de l'homme et la Secrétaire générale, ont tiré la sonnette d'alarme sur des dérives manifestes. Pour l'essentiel, les dérives ainsi pointées se rejoignent en ce qu'elles révèlent une tendance inquiétante à l'abus de pouvoir. C'est ainsi que l'Assemblée parlementaire a signalé que, « [d]ans un petit nombre de pays, les gouvernements exploitent de façon cynique les craintes de la population afin d'affaiblir la démocratie, les droits de l'homme et l'État de droit, dans le but de supprimer les contre-pouvoirs et de perpétuer leur emprise sur le pouvoir »⁸¹. En cela, les alertes émises pendant la pandémie prolongent des craintes antérieures face à une dérive autoritaire du pouvoir qui était déjà à l'œuvre dans certains États membres avant la pandémie. Selon les mots du Président de l'Assemblée parlementaire, la crainte était alors que « le confinement personnel justifié mute, tel un virus, et se transforme en un verrouillage politique injustifié »⁸².

Certaines des alertes lancées concernaient des États individuellement visés. Ce fut le cas de la Hongrie, qui a été ouvertement critiquée pour avoir institué une nouvelle forme d'état d'urgence (l'état d'urgence médicale), sans limitation dans le temps et sans contrôle suffisant des mesures prises par l'exécutif⁸³. La réforme constitutionnelle et législative soumise au Parlement le 10 novembre 2020, dans le contexte d'un confinement et d'un état d'urgence déclarés plus tôt le même jour, et adoptée par le Parlement dès 15 décembre 2020, sans aucune consultation publique, a également fait l'objet d'une analyse très critique de la Commission de Venise, sur saisine du Président de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire⁸⁴. Un autre exemple est fourni par la Pologne. Le projet de loi adopté par le Parlement polonais en mars 2020 visant à maintenir le calendrier initial de l'élection présidentielle, en dépit du confinement total de la population, a donné lieu à des réactions alarmées de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire compte tenu de l'impossibilité totale de conduire une

⁷⁶ CourEDH, *Feilazoo c. Malte*, *op. cit.*

⁷⁷ CourEDH, déc., *Fenech c. Malte*, *op. cit.*

⁷⁸ CourEDH, déc., *Terhes c. Roumanie*, *op. cit.*

⁷⁹ CourEDH, déc., *Bah c. Pays-Bas*, *op. cit.*

⁸⁰ Cour eur. D.H., *Constantin-Lucian Spînu c. Roumanie*, *op. cit.*

⁸¹ APCE, Doc. 15139, *op. cit.*, par. 4.

⁸² Déclaration de la Présidence de l'Assemblée parlementaire du 23 avril 2020, *op. cit.*

⁸³ Lettre de la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe au Premier ministre hongrois, Viktor Orbán, 24 mars 2020 ; « La Secrétaire Générale écrit à Viktor Orbán au sujet de l'état d'urgence relatif à l'épidémie de COVID-19 en Hongrie », 24 avril 2020 ; APCE, Doc. 15139, *op. cit.*, par. 18. Voir aussi le tweet de la Commissaire aux droits de l'homme du 23 mars 2020 : <https://twitter.com/CommissionerHR/status/1242036471508414464>

⁸⁴ Commission de Venise, CDL-AD (2021) 029, 5 juillet 2021, Avis n° 1035/2021 sur les amendements constitutionnels adoptés par le Parlement de la Hongrie en décembre 2020. Voir aussi la déclaration sur le même sujet de la Commissaire aux droits de l'homme du 20 novembre 2020.

véritable campagne électorale dans le contexte sanitaire de l'époque⁸⁵. La Commissaire aux droits de l'homme s'est quant à elle inquiétée des projets de lois visant à restreindre encore l'accès des femmes à l'avortement⁸⁶, ainsi que de la surveillance mise en place à l'égard des personnes placées en quarantaine, qui devaient télécharger une application pour smartphone fournie par le gouvernement polonais et prendre des selfies horodatés précisant leurs coordonnées GPS plusieurs fois par jour, sous peine d'une forte amende⁸⁷.

D'autres alertes portaient sur des droits fondamentaux dont les limitations ont été jugées manifestement disproportionnées dans plusieurs États membres. L'un des exemples les plus emblématiques concerne à nouveau la liberté d'expression, en lien avec la liberté des médias. Prenant prétexte de la lutte nécessaire contre la désinformation, certains États ont limité la jouissance de ces libertés au-delà de ce qui était nécessaire et proportionné, avec l'objectif bien compris de faire taire les critiques contre les mesures prises par le gouvernement, voire de museler l'opposition. Selon les informations de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire, « ces restrictions se sont notamment traduites par la création d'infractions pénales libellées de manière floue visant la diffusion de prétendues fausses informations sur la pandémie, par des restrictions d'accès à internet et aux réseaux sociaux et par des entraves au débat public »⁸⁸. Ces abus ont fait l'objet de multiples signalements. Sans viser explicitement des États en particulier, la Secrétaire générale expliquait dans sa boîte à outils publiée en avril 2020 que « les communications officielles ne sauraient être le seul canal d'information sur la pandémie » et que celle-ci « ne devrait pas servir de prétexte pour réduire au silence les lanceurs d'alerte [...] ou les opposants politiques »⁸⁹. D'autres préoccupations ont été publiquement exprimées concernant l'étendue des restrictions à la liberté d'expression en Hongrie, en Azerbaïdjan, en Roumanie, en Bosnie-Herzégovine, en Arménie et en Russie, concernant des interférences indues avec le travail des journalistes en République tchèque, en Serbie, en Slovénie et en Italie, ou encore concernant l'arrestation pour des motifs douteux de journalistes en Turquie ou en Russie⁹⁰.

Les exemples pourraient être multipliés. Mais cela n'est sans doute pas indispensable pour comprendre que l'exploitation de la pandémie à des fins politiques par certains gouvernements n'a pas échappé au Conseil de l'Europe. Celui-ci a tenté de l'entraver en recourant à la technique du « name and shame », par nature visible, et sans aucun doute aussi en exerçant des pressions politiques confidentielles. Cela suffit sans doute pour conclure que le pouvoir des États de limiter la jouissance des droits garantis par la Convention a été encadré pendant la pandémie.

⁸⁵ « COVID-19 : des rapporteurs de suivi s'inquiètent de la possibilité d'une élection du Président polonais dans des conditions de confinement total », Communiqué de presse de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire, 8 avril 2020 ; « COVID-19 : une nouvelle date pour les élections polonaises devrait être décidée par consensus, selon les corapporteurs », Communiqué de presse de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire, 11 mai 2020.

⁸⁶ Commissaire aux droits de l'homme, « La Commissaire exhorte le Parlement polonais à rejeter les projets de loi qui restreignent la santé et les droits sexuels et reproductifs des femmes et le droit des enfants à l'éducation sexuelle », Déclaration du 14 avril 2020 ; « COVID-19 : garantir l'accès des femmes à la santé et aux droits sexuels et reproductifs », Déclaration du 7 mai 2020.

⁸⁷ Commissaire aux droits de l'homme, « L'impératif sanitaire ne doit pas laisser carte blanche aux gouvernements », Tribune du 1^{er} mai 2020.

⁸⁸ Doc. 15139, *op. cit.*, par. 11.

⁸⁹ Secrétaire générale, SG/Inf (2020) 11, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰ Commissaire aux droits de l'homme, « La liberté de la presse ne doit pas être fragilisée par les mesures de lutte contre la désinformation sur la Covid-19 », Déclaration du 3 avril 2020 ; « COVID-19 : les rapporteurs de suivi mettent en garde les autorités azerbaïdjanaises contre l'utilisation de la pandémie pour réprimer l'opposition », Communiqué de presse de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire, 14 mai 2020 ; « Dunya Mijatović : Azeri government is using pandemia for violation of human rights », *Turan*, 12 juin 2020.

Il reste la question de savoir si ces alertes peuvent produire un quelconque résultat. Cumulées à celles qui ont été lancées par d'autres institutions internationales, elles ont sans doute permis d'obtenir quelques succès⁹¹. Sans doute que des remontrances, confidentielles ou publiques, peuvent avoir quelque influence sur les autorités étatiques qui adhèrent encore, bien qu'imparfaitement, aux valeurs européennes de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Mais assurément, des dénonciations platoniques ne sauraient suffire pour entraver des dérives autoritaires sciemment orchestrées. Elles ne suffisaient déjà pas avant la pandémie. Elles ne sauraient suffire davantage dans un contexte exceptionnel, propice par nature à des abus de pouvoir. Une action plus musclée, plus déterminée, paraît indispensable, sous la forme de sanctions. Le constat n'est pas nouveau. Il a déjà été formulé à maintes reprises au sujet de l'attitude de l'Union européenne face aux dérives constatées au sein de quelques-uns de ses États membres⁹². Il a aussi donné lieu à des débats animés au sein de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, lorsqu'en juin 2019 elle a été contrainte par la Russie, soutenue par le Comité des Ministres, de raboter de façon significative le dispositif de sanctions dont elle s'était dotée suite à l'élargissement du Conseil de l'Europe vers l'Est⁹³. Aucun autre organe du Conseil de l'Europe ne dispose d'un pouvoir de sanction, si ce n'est le Comité des ministres. Celui-ci est investi par l'article 8 du Statut du pouvoir d'exclure de l'Organisation un État qui enfreindrait gravement l'obligation statutaire de respecter les droits de l'homme et le principe de la prééminence du droit. Mais il est loin d'être établi que l'organe intergouvernemental est disposé à en user en dehors de cas extrêmement exceptionnels. A ce jour, l'article 8 n'a été mis en œuvre qu'à une reprise, à l'encontre de la Fédération de Russie, qui a été exclue du Conseil de l'Europe le 16 mars 2022, suite à la guerre qu'elle a déclenchée en Ukraine⁹⁴. Il est hautement improbable qu'il le fasse en raison des dérives constatées dans la mise en œuvre des mesures sanitaires. Il semble plutôt enclin à minimiser la légitimité des évaluations émises par les organes de contrôle non-juridictionnel du Conseil de l'Europe. C'est en ce sens que pourrait être comprise l'affirmation, contenue dans la Déclaration d'Athènes du 4 novembre 2020, selon laquelle les ministres « reconnaiss[ent] qu'il appartient en dernier ressort à la Cour européenne des droits de l'homme d'évaluer et de décider si les mesures prises par les États parties sont conformes à la Convention européenne des droits de l'homme »⁹⁵. Cela revient de fait à s'en remettre à un contrôle qui est certes des plus légitimes, mais qui ne peut être exercé qu'*a posteriori* et dont les conclusions, pourtant revêtues de l'autorité de la chose jugée, suscitent parfois, elles aussi, la résistance des États les plus enclins aux abus⁹⁶.

* *

*

⁹¹ Par exemple, l'Assemblée parlementaire signale que, suite aux préoccupations exprimées notamment par la Commissaire aux droits de l'homme et le Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias, l'Arménie a levé les restrictions sur les activités des médias, restrictions qui ont également cessé en Roumanie lorsque l'état d'urgence a pris fin le 15 mai 2020. Voir Doc. 15139, *op. cit.*, note n° 7.

⁹² Voir par exemple D. KOCHENOV, « Elephants in the Room : The European Commission's 2019 Communication on the Rule of Law », *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, pp. 423-438 ; M. BLAUBERGER et V. VAN HÜLLEN, « Conditionality of EU funds : an instrument to enforce EU fundamental values ? », *Journal of European integration*, 2020, pp. 1-16.

⁹³ Voy. A. AILINCAI, « Le suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la tourmente », *op. cit.*

⁹⁴ Voy. Comité des Ministres, Résolution CM/Res(2022)2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, 16 mars 2022.

⁹⁵ CM (2020) 110-final, Déclaration d'Athènes de la Présidence du Comité des Ministres, *op. cit.*

⁹⁶ Voy. M. BREUER (éd.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*, Springer, 2019, 352 p.

L'analyse conduit à conclure que le système européen de protection des droits de l'homme s'est révélé globalement pertinent dans le contexte de la crise sanitaire, en ce sens qu'il a fourni des points de repère fondamentaux aux autorités nationales. Aucune brèche normative béante n'a été identifiée. Les normes pertinentes applicables ont été rappelées et expliquées, ce qui s'est accompagné de conseils quant à l'adaptation de ces normes au contexte spécifique de crise sanitaire. Les dispositifs de contrôle ont également résisté à l'ampleur de la crise et ils ont été en capacité d'identifier et d'alerter sur les dérives les plus manifestes.

Cette évaluation plutôt positive mériterait d'être quelque peu nuancée. D'abord parce que la question de l'effectivité de l'arsenal normatif disponible se pose avec insistance. Les dérives sont identifiées, mises en lumière et dénoncées, mais les plus graves d'entre elles ne sont pas sanctionnées. À l'évidence, l'indisponibilité de sanctions viables peut affecter la crédibilité des alertes ainsi lancées par le Conseil de l'Europe. Il s'agit là d'une caractéristique qui transcende les périodes de crise et résulte de la préférence donnée à la coopération sur la confrontation. À cette faiblesse structurelle s'ajoutent des fragilités plus spécifiquement révélées par la crise sanitaire, que le Conseil de l'Europe s'efforce de combler dans la perspective de la prochaine crise (sanitaire, environnementale, technologique ou naturelle) dont il sait la survenance probable. La pandémie a montré que l'Organisation n'était pas suffisamment préparée à affronter une crise d'ampleur, si bien que les organes collégiaux furent anesthésiés durant les premières semaines de pandémie, dans l'attente des ajustements procéduraux et techniques nécessaires. Nul doute que les dispositions prises pour permettre le télétravail et la tenue de réunions à distance pourront être réactivées à l'avenir, au gré des besoins. Dans la mesure où elle s'est accompagnée d'un nombre record de restrictions des droits et de dérogations à la CEDH, la crise sanitaire a également confirmé la nécessité de renforcer l'accompagnement des États quant à l'équilibre à trouver entre la protection des droits de l'homme et la réponse efficace à des risques d'ampleur. À cette fin, le Comité directeur pour les droits de l'homme a commencé à travailler à la « rédaction d'un rapport pour le Comité des ministres sur la pratique des États membres en matière de dérogations à la CEDH en cas de risques majeurs [...], en vue de fournir des orientations pratiques [...] et de renforcer la cohérence et l'homogénéité de la procédure ». Ce travail préliminaire devrait déboucher sur la rédaction d'un instrument juridique non-contraignant sur la protection effective des droits de l'homme en situation de crise, « dans le but d'aider les États membres à respecter pleinement les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit en cas de risque majeurs »⁹⁷. Cela pourrait aider le Conseil de l'Europe à atteindre l'un de ses objectifs stratégiques, qui est de continuer à « jouer un rôle particulier [...] dans ses domaines d'expertise pour faire face avec efficacité aux défis et aux crises, tels que ceux engendrés par la pandémie de covid-19 »⁹⁸. La pandémie pourrait ainsi se révéler féconde, si elle est suivie d'une phase de réflexion susceptible d'alimenter la gestion des crises à venir.

⁹⁷ Bureau du Comité directeur pour les droits de l'homme, CDDH-BU(2021)R105, 3 juin 2021, Rapport de la 105^e réunion des 27 et 28 mai 2021, Annexe II, pp. 14-15.

⁹⁸ Comité des Ministres, Le cadre stratégique du Conseil de l'Europe et les activités à venir, 131^e session, Hambourg, 21 mai 2021, CM/Del/Dec(2021)131/2a, Annexe : « Le Conseil de l'Europe dans les quatre années à venir », par. 3.