Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'Homme en période de crise sanitaire (Seconde partie)

Catherine Le Bris

Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/10577>

DOI: 10.4000/revdh.10577

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Catherine Le Bris, « Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'Homme en période de crise sanitaire (Seconde partie) », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 08 November 2020, connection on 11 November 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10577> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.10577>

This text was automatically generated on 11 November 2020.

Tous droits réservés

Du juste équilibre : les limitations aux droits de l'Homme en période de crise sanitaire (Seconde partie)

Catherine Le Bris

II/- Nécessité et proportionnalité des mesures

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

A/- Les limitations aux droits ne doivent pécher ni par excès, ni par insuffisance

- 2 Les limitations aux droits de l'homme prises en cas de crise sanitaire ne doivent pas pécher par excès. Toutefois, elles ne doivent pas, non plus, pécher par insuffisance : l'État a l'obligation internationale de prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour sauvegarder les droits. Si sa responsabilité internationale peut être engagée parce que l'État a porté atteinte, de manière active, à un droit de l'homme, tel est également le cas lorsque, passif, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient : au titre des obligations positives, il peut en effet, par son inertie ou ses insuffisances, violer également ses obligations conventionnelles. Ainsi, s'agissant du droit à la vie, l'État doit non seulement s'abstenir de porter atteinte de manière arbitraire à celui-ci, mais il doit aussi prendre toutes les mesures qui s'imposent pour le protéger à l'égard tant d'un individu déterminé que d'une population dans son ensemble¹. Ni trop, ni pas assez : il importe pour l'État de trouver le juste équilibre.

- 3 Dès les premiers temps de la crise sanitaire, le Conseil d'État s'est prononcé sur cette mise en balance². Saisi par le syndicat Jeunes Médecins dans le cadre d'un référé-liberté, il lui a été demandé de prononcer un confinement total de la population. De l'avis du syndicat, une interdiction absolue de sortie, sauf motif médical, devait être décidée et un ravitaillement de la population instauré ; les transports en commun devaient s'arrêter, de même que les activités professionnelles non vitales : en s'abstenant de prendre de telles mesures, l'État portait atteinte, selon les médecins requérants, au droit à la vie et à la santé de la population, en particulier du personnel soignant. Le Conseil d'État n'a pas donné suite à cette demande de confinement total mais il a enjoint le Gouvernement de « réexaminer le maintien de la dérogation » pour déplacements brefs, à proximité du domicile » compte tenu des enjeux majeurs de santé publique » et de « préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé »³, en particulier la pratique du jogging qui paraissait assez floue⁴. Dès le lendemain de l'ordonnance du Conseil d'État, le 23 mars, le Premier ministre a indiqué que l'activité sportive était désormais limitée à une heure par jour dans un rayon d'un kilomètre autour de son domicile⁵.
- 4 Cette affaire peut sembler quelque peu paradoxale dans la mesure où les requérants recourent ici au référé-liberté pour demander, précisément, une limitation plus importante de plusieurs libertés. Mais c'est oublier que le droit à la vie est aussi considéré comme une « liberté » au sens de l'article L 521-2 du Code de justice administrative⁶. Il est ainsi possible dans le cadre de cette procédure - qui s'apparente finalement davantage à un référé « droits de l'homme » qu'à un référé-liberté⁷ -, de se tourner vers le juge en cas de carence de l'autorité publique pour protéger la vie, quitte, dans ce cas, à mobiliser ce droit contre les libertés. Or, dans cette affaire, les droits à la vie et à la santé⁸ étaient opposés notamment aux libertés de circulation et de réunion⁹.
- 5 La nature spécifique du droit à la vie dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme tend à orienter la politique des États en cas de crise sanitaire. Considéré comme la « valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international »¹⁰ et « la condition nécessaire à l'exercice de tous les autres droits »¹¹, il présente un caractère intangible ; il est bien « le premier des droits de l'homme »¹². Les privations arbitraires de la vie sont interdites en toute circonstance. Il appartient notamment à l'État de « protéger la vie de l'individu (...) contre le risque de maladie »¹³. La liberté de circulation et le droit à la liberté, en revanche, présentent un caractère dérogeable. Ces deux types de droit, c'est-à-dire, d'un côté, le droit à la vie et, de l'autre, ces libertés, ne sont ainsi pas totalement sur un pied d'égalité dans l'ordre juridique international, ce qui est susceptible d'influencer le règlement des conflits entre les deux. D'autant que, tel qu'il est interprété par le juge international, le droit à la vie ne s'apparente pas, en tant que tel, à un droit à une qualité de vie ; il consiste principalement en un droit de rester en vie, à la survie¹⁴ ; l'approche est quasi-biologique.
- 6 Dès lors, si l'on admet, avec Marcel Gauchet, que les droits de l'homme deviennent « l'étalon de l'action publique »¹⁵, le caractère prééminent de la protection juridique de la vie tend à placer l'État en administrateur de celle-ci dans le cadre du biopouvoir¹⁶.
- 7 Reste que la finalité des droits de l'homme est, selon la Déclaration universelle de 1948, d'établir des « meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande »¹⁷ ; ces droits

visent « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront *libres* de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère »¹⁸. Il n'y a pas de liberté sans sécurité mais une « sécurité dénuée de liberté ne peut être l'objectif d'une démocratie »¹⁹ ; en toute hypothèse, la sécurité absolue (y compris la sécurité sanitaire) est contraire à la condition humaine²⁰.

- 8 Même s'il existe un noyau dur de droits de l'homme spécialement protégés en cas de circonstances exceptionnelles, ceux-ci sont régis par le principe d'indivisibilité. En cas de conflits de droits, l'arbitrage opéré est donc par nature « relatif » et « l'établissement d'une hiérarchie donnée une fois pour toutes est illusoire »²¹. En d'autres termes, le droit à la vie n'a pas vocation à primer nécessairement, et en toute hypothèse, sur les autres droits de l'homme.

B/- La mise en balance des droits s'applique aussi aux technologies de protection de la santé

- 9 Cette mise en balance entre droits est particulièrement nécessaire s'agissant du « traçage » - terme initialement utilisé pour les produits qui a été étendu aux personnes, notamment dans le cadre de l'épidémie de covid-19. Le traçage numérique peut prendre des formes variées et poursuivre des objectifs divers ; de nombreux pays y ont eu recours depuis le début de la crise sanitaire. Son but peut être de déterminer comment se déplacent les personnes et, ainsi, où se trouvent les fortes zones de contagion. Les détenteurs d'un téléphone portable, en sollicitant des antennes relais, donnent, en effet, à l'opérateur de services de télécommunications un aperçu de leurs déplacements ; l'opérateur (et le cas échéant l'autorité de santé lorsque les données lui sont transmises) peut alors agréger ces données pour établir des cartes, et évaluer, ainsi, combien de personnes se trouvent dans un endroit déterminé ; cela peut contribuer à apprécier le risque de transmission du virus et à adapter ainsi les soins²². Dans d'autres cas, l'objectif peut être, pour les autorités, de s'assurer du respect de la quarantaine par les individus contaminés ou susceptibles de l'être. En Pologne, une application mobile reposant sur des *selfies* pris par les personnes revenant de l'étranger a ainsi été développée durant la crise ; ces photos permettaient aux autorités de contrôler que les intéressés restaient bien à leur domicile²³. Les personnes ainsi placées en quarantaine n'avaient pas l'obligation de télécharger cette application mais à défaut, elles étaient susceptibles de recevoir des visites impromptues de la police.
- 10 La France, pour sa part, a mis en place l'outil StopCovid. Initialement prévu pour le déconfinement, il est finalement disponible depuis le 2 juin à la suite d'un vote du Parlement conformément à l'article 50-1 de la Constitution²⁴.
- 11 Basée sur le Bluetooth, l'application a vocation à tracer les interactions sociales de ses utilisateurs afin de les avertir s'ils ont été en contact avec une personne infectée par le virus (*contact tracing*). La méthode a aussi été utilisée à Singapour notamment : l'application TraceTogether, fondée également sur la technologie Bluetooth, détecte les appareils environnants et, lorsqu'une personne dotée de cette application se déclare contaminée, celles qu'elle a côtoyées sont prévenues, sans être toutefois informées de l'identité de la personne en question²⁵.
- 12 Ces méthodes de suivi numérique posent des « questions inédites »²⁶, qui vont au-delà du Règlement général sur la protection des données (RGPD)²⁷ pour interroger les droits de l'homme. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit les

immixtions illégales dans la vie privée, mais également arbitraires²⁸, c'est-à-dire l'immixtion qui, tout en étant prévue par la loi, n'est pas conforme aux buts et objectifs de ce traité²⁹ ; la Convention européenne des droits de l'homme va aussi dans ce sens³⁰. Dès 1988, le Comité des droits de l'homme a précisé que « la protection la plus efficace » de la vie privée implique que chaque individu ait le droit de déterminer, sous une forme intelligible, si « des données personnelles le concernant et, dans l'affirmative, lesquelles, sont stockées dans des fichiers automatiques de données, et à quelles fins »³¹ ; il a aussi enjoint l'État de « prendre des mesures efficaces afin d'assurer que ces renseignements ne tombent pas entre les mains de personnes non autorisées par la loi à les recevoir, les traiter et les exploiter, et ne soient jamais utilisés à des fins incompatibles avec le Pacte »³². Selon le Comité, cependant, « étant donné que toutes les personnes vivent en société, la protection de la vie privée est nécessairement relative. Toutefois, les autorités publiques compétentes ne doivent pouvoir réclamer que celles des informations touchant la vie privée de l'individu dont la connaissance est indispensable à la société, au sens du Pacte »³³. De même, seules des exigences graves peuvent conduire à limiter le droit à la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme : l'outil doit être justifié par un besoin social impérieux³⁴. En d'autres termes, si la protection de la santé peut légitimer l'utilisation d'une telle application, elle ne la justifie pas en toute hypothèse. Ici encore, tout est affaire de mesure.

- 13 À cet égard, plusieurs considérations peuvent être prises en compte pour apprécier la conformité de la mesure établissant l'application StopCovid au droit international des droits de l'homme. Tout d'abord, le caractère anonymisé des données revêt une importance déterminante. L'application attribue, certes, des pseudonymes mais dans la mesure où il existe un lien entre ces pseudonymes et les applications téléchargées par une personne physique déterminée, ce dispositif implique le traitement de données à caractère personnel au sens du RGPD. Il faut ainsi rester prudent à l'égard de la qualification d'« anonymisation » : même si des précautions techniques sont prises, un risque de réidentification de la personne infectée subsiste³⁵.
- 14 Le caractère volontaire de la démarche doit lui-même être appréhendé avec vigilance : pour que le consentement soit réellement « libre », aucune conséquence négative ne doit résulter du refus d'utiliser l'application. Ainsi, l'exercice d'activités professionnelles ne peut en aucun cas être conditionné par l'installation de l'application. De plus, le consentement ne constitue en aucun cas une limite absolue aux droits de l'homme. Même si la démarche est volontaire, la collecte et la conservation des données doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire de manière à « minimiser l'atteinte portée à la vie privée des personnes »³⁶. Il va de soi, également, que l'objectif initial de l'application ne peut être détourné : sa finalité est d'assurer un suivi des contacts, et non de surveiller, par exemple, si les règles de confinement ou de quarantaine sont respectées.
- 15 Par ailleurs, les atteintes à la vie privée doivent être mises en balance avec l'efficacité du dispositif. Celle-ci repose « sur le bon calibrage des algorithmes permettant d'identifier une interaction susceptible d'avoir engendré une contamination »³⁷. Un risque de faux négatifs existe, l'application n'ayant pas détecté une personne contaminée. À l'inverse, comme le Bluetooth est une technologie « aveugle », il n'identifie pas si la personne avec laquelle l'individu a été en contact était masquée ou se trouvait derrière une plaque de plexiglass ; il y a donc, aussi, un risque de faux positifs³⁸. En toute hypothèse, l'efficacité de l'application semble, à ce stade,

relative dans la mesure où, quatre mois après sa mise en service, celle-ci n'a été téléchargée que 2,6 millions de fois et a généré seulement 472 notifications à de potentiels cas contacts tandis que 7 969 personnes se déclaraient positives au Covid-19³⁹.

- 16 De plus, lorsque les personnes potentiellement contaminées ont été identifiées, il faut que des réponses sanitaires adaptées leur soient apportées : des mesures de prophylaxie et des traitements, en l'absence desquels l'application présente peu d'intérêt. Une mobilisation suffisante du personnel de santé est aussi cruciale, de même que la disponibilité du matériel nécessaire.
- 17 Une autre considération essentielle pour apprécier la proportionnalité de cette mesure tiendra à sa durée. Son caractère temporaire ou, au contraire, pérenne sera pris en compte pour apprécier sa conformité aux conventions internationales de droits de l'homme, et ce, en fonction du contexte (la récurrence ou non de l'épidémie est notamment un facteur à examiner). À cet égard, le risque d'effet cliquet a été souligné par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)⁴⁰. L'état d'urgence, il est vrai, habitue les esprits à ce type de dispositifs qui pourrait être maintenu, une fois sortis de l'état d'urgence. Or, par-delà le droit au respect de la vie privée, le *contact tracing* comporte des « risques d'atteintes transversales aux droits et libertés fondamentaux »⁴¹, en particulier de discriminations. Dans un contexte de pandémie, l'acceptabilité sociale de cet outil tend à favoriser une accoutumance aux limitations de libertés. D'abord sur un plan social : des règles appliquées, même par contrainte un temps, ne laissent jamais le corps social intact ; à la longue, elles entrent dans le patrimoine de la collectivité⁴². Mais aussi sur un plan purement juridique lorsque des règles initialement d'exception sont finalement intégrées dans le droit commun⁴³. Le risque est alors « de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre », pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴.
- 18 Ces analyses valent également pour d'autres technologies utilisées par les autorités, notamment locales, pour lutter contre l'épidémie telles que les drones. Une fois le déconfinement intervenu, le Conseil d'État leur a d'ailleurs demandé de cesser la surveillance du respect des règles sanitaires en vigueur tant qu'un dispositif rendant impossible l'identification des personnes filmées et un encadrement adéquat des données personnelles n'avaient été mis en place⁴⁵.

III/- Non-discrimination et égale dignité

- 19 Le droit à la non-discrimination ne figure pas dans la liste des droits indérogeables prévue par les conventions internationales des droits de l'homme⁴⁶. Toutefois, les mesures prises en cas de danger public exceptionnel ne doivent pas entraîner « une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale »⁴⁷, conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Convention européenne des droits de l'homme, quant à elle, interdit de prendre des mesures « en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »⁴⁸ et donc, indirectement les discriminations fondées sur les motifs énoncés dans le Pacte pour les États qui y sont parties.

- 20 Le droit à la non-discrimination présente ainsi un caractère quasi-absolu⁴⁹. D'autant qu'une discrimination peut constituer une atteinte au droit de ne pas subir de traitement dégradant qui est, lui-même, indérogeable⁵⁰.
- 21 Toutefois, seuls certains motifs de discrimination sont proscrits en cas de danger public⁵¹. Une forme de hiérarchisation des divers types de discrimination existe ainsi dans les conventions internationales de droits de l'homme : alors que les différences de traitement injustifiées pour motif racial ou ethnique sont interdites en toutes circonstances, tel n'est pas le cas, notamment, de celles à raison de la précarité sociale. Certes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit les discriminations à raison de « l'origine sociale » mais cette notion est plus étroite que celle de « précarité sociale »⁵².
- 22 Reste que toute mesure dérogatoire prise pour répondre à un danger public exceptionnel doit être nécessaire et proportionnelle. Or, on voit mal comment une mesure entraînant une discrimination à raison de la précarité sociale, par exemple, pourrait satisfaire à de telles conditions dans un contexte de crise sanitaire. Aucun État, d'ailleurs, n'a déclaré suspendre ce droit à la non-discrimination pour faire face à l'épidémie. Certains d'entre eux ont, au contraire, rappelé, dans leur notification de dérogation, l'importance qu'ils accordent au principe de non-discrimination dans la lutte contre le covid-19⁵³. Il incombe ainsi aux autorités de garantir l'égalité digne « inhérente à tous les membres de la famille humaine »⁵⁴ dans la gestion de cette crise sanitaire.
- 23 Or deux catégories de personnes sont particulièrement vulnérables face à une telle épidémie, à savoir celles qui se trouvent dans des lieux d'enfermement (A) et celles qui ne disposent pas de logement et se trouvent en situation précaire (B).

A/- La vie et la santé doivent être protégées dans les lieux d'enfermement

- 24 Le 30 janvier dernier, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de la surpopulation carcérale et de conditions de détention indignes⁵⁵. Dans ce contexte, alors que la vie et la santé doivent être protégées, aussi, dans les lieux d'enfermement⁵⁶, la Haute-Commissaire aux droits de l'homme, Michelle Bachelet, a, dès le 25 mars, demandé aux États de laisser sortir les détenus les plus âgés, malades et ceux « présentant un risque faible »⁵⁷. De même, en France, le Contrôleur général des lieux de privation des libertés (CGLPL) a recommandé de « réduire la capacité d'accueil des établissements en proposant, réduisant ou suscitant toute mesure utile pour favoriser les sorties de prison et limiter les entrées »⁵⁸.
- 25 En réponse à ces appels, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars a permis à « toute personne détenue condamnée à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, à laquelle il reste à subir un emprisonnement d'une durée égale ou inférieure à deux mois, (d'exécuter) le reliquat de sa peine en étant assignée à son domicile, avec l'interdiction d'en sortir, sous réserve des déplacements justifiés par des besoins familiaux, professionnels ou de santé impérieux »⁵⁹. Cette disposition n'a bénéficié ni aux « personnes condamnées pour des faits de terrorisme »⁶⁰, ni aux auteurs de violences, en particulier au sein de la famille. Sur cette base, 6000 détenus environ ont été libérés⁶¹. Des associations ont toutefois considéré insuffisante cette mesure pour éviter une contagion. L'Observatoire international des prisons en

particulier a fait valoir que, compte tenu de la surpopulation et de la vétusté des installations pénitentiaires, il existait une « carence de l'administration qui porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie, au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé »⁶². Il a notamment préconisé auprès du Conseil d'État un élargissement des conditions de libération anticipée aux personnes condamnées qui n'avaient plus que six mois de prison à purger, ainsi qu'une distribution aux détenus de matériel sanitaire (en particulier masques et gels hydro-alcooliques)⁶³. Saisi d'une demande similaire, le Tribunal administratif de la Martinique a ordonné le 4 avril la mise à disposition de tels moyens au centre pénitentiaire de Ducos⁶⁴ (centre qui avait été visé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt de janvier dernier 2020 en raison des mauvaises conditions de détention⁶⁵). Le Conseil d'État, en revanche, a rejeté cette demande en indiquant qu'il n'avait pas le pouvoir d'accroître la portée des dispositifs de libération de détenus, une telle mesure relevant du domaine de la loi⁶⁶ ; il a aussi estimé que, compte tenu du nombre de masques disponibles à l'échelle nationale ainsi que des mesures prises au sein des établissements, il ne pouvait être ordonné de procéder à une distribution de ce type de matériels auprès de chaque détenu⁶⁷. Cette situation de pénurie de matériel médical peut être rapprochée de celle qui existe en matière de droit au logement ; or, à cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de juger estimé que « la carence des autorités, qui s'explique, selon le Gouvernement, par la pénurie de logements disponibles, ne se fonde sur aucune justification valable au sens de sa jurisprudence »⁶⁸.

- 26 Si l'ordonnance du 25 mars 2020 a autorisé la libération anticipée de certaines personnes incarcérées, elle a, en revanche dans le même temps, rendu possible la prolongation de plein droit de la durée maximale de la détention provisoire⁶⁹. « Il n'est pas nécessaire », précise la circulaire du 26 mars prise en application de cette ordonnance, que ces « prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente »⁷⁰. Outre que cette mesure va à l'encontre des préconisations internationales puisque, de l'avis de la Haute-Commissaire aux droits de l'homme, « les gouvernements devraient libérer toute personne détenue sans fondement juridique suffisant »⁷¹, elle pose question eu égard au droit à l'*habeas corpus* qui permet à toute personne privée de liberté de saisir un juge pour qu'il se prononce sur la régularité de la détention⁷². De plus, selon la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités doivent « veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la détention provisoire d'un accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable. À cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et d'en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement »⁷³.
- 27 Saisi de la question, le Conseil d'État a pourtant validé cette mesure, arguant - après avoir rappelé les circonstances qui ont conduit à l'adopter - que l'ordonnance « s'est bornée à allonger ces délais, sans apporter d'autre modification aux règles du code de procédure pénale qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire »⁷⁴. La conventionnalité de cette mesure est toutefois douteuse : rappelant que la France n'a pas exercé son droit à dérogation dans le cadre des traités internationaux de droits de l'homme⁷⁵, la Cour de cassation a considéré que « l'article 16 de l'ordonnance ne saurait (...) être regardé comme compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des

droits de l'homme et [que] la prolongation qu'il prévoit n'est (...) -elle régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rendait, dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention »⁷⁶. Dans le même sens, selon le Conseil constitutionnel, « les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, notamment les exigences résultant de son article 66 s'agissant des modalités de l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire »⁷⁷.

28

Toujours concernant les lieux d'enfermement, le Conseil d'État a aussi rejeté la demande de fermeture temporaire de centres de rétention administrative considérant notamment, que le nombre de personnes qui y étaient retenues ou placées était en baisse depuis le début de l'épidémie et inférieur à la capacité d'accueil de ces centres⁷⁸. Alors que le juge de première instance avait pu enjoindre aux autorités de lever la rétention des personnes testées positives au covid-19 afin de les orienter vers un centre relevant de l'Agence régionale de santé où étaient regroupés des sans-abris atteints de ce virus⁷⁹, il a, pour sa part, estimé que maintenir en rétention ces personnes ne portait pas, en l'état, une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie, au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ou au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé⁸⁰.

B/- Le noyau dur des droits économiques, sociaux et culturels doit être garanti en toute circonstance

- 29 Les sans domicile fixe, pour lesquelles le confinement ou le couvre-feu sont , par essence impossibles, constituent une autre catégorie de personnes particulièrement vulnérables en cas de crise sanitaire. Conformément au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸¹ et à la loi DALO⁸², ils doivent être mis à l'abri. De plus, ils ne peuvent, en aucun cas, être sanctionnés ; cette dernière précision peut aller de soi, elle n'est pourtant pas inutile : dans certaines régions françaises, des personnes sans logement ont été verbalisées pour manquement au respect de l'obligation de confinement à domicile alors qu'elles se trouvaient sur la voie publique⁸³. Le 31 mars, la Cellule interministérielle de crise covid-19 a finalement rappelé aux agents que les SDF ne peuvent être ainsi sanctionnés⁸⁴.
- 30 Dans le contexte de la crise sanitaire, certaines mesures ont été adoptées pour protéger les personnes en situation précaire : la trêve hivernale pour les expulsions locatives a été reportée jusqu'au 31 mai⁸⁵, puis jusqu'au 10 juillet 2020⁸⁶, de même que l'interdiction de couper l'électricité et le gaz⁸⁷. Des collectivités locales ou des sociétés privées ont mis à disposition des locaux⁸⁸ ; des salles polyvalentes ou gymnases ont aussi été réquisitionnés⁸⁹.
- 31 Toutefois, les mesures prises ont manqué dans certains cas de cohérence⁹⁰ : s'agissant des migrants en particulier, « alors que des campements (ont été) démantelés et (ont conduit) à la circulation de personnes potentiellement infectées, d'autres (ont été) au contraire confinés, empêchant les occupants d'accéder aux points d'eau et aux

distributions de repas effectuées à l'extérieur, soit à leurs droits les plus fondamentaux »⁹¹. Or, - les institutions onusiennes (notamment le Haut Commissariat aux droits de l'homme et le Haut Commissariat pour les réfugiés) l'ont souligné -, « les migrants et les réfugiés sont disproportionnellement vulnérables à l'exclusion, à la stigmatisation et à la discrimination, en particulier lorsqu'ils sont sans papiers. (...) Il est essentiel que tous, y compris tous les migrants et réfugiés, bénéficient d'un accès égal aux services de santé et soient effectivement inclus dans les réponses nationales à COVID-19, y compris la prévention, le dépistage et le traitement. L'inclusion aidera non seulement à protéger les droits des réfugiés et des migrants, mais servira également à protéger la santé publique et à endiguer la propagation mondiale du COVID-19 »⁹².

- 32 De plus, les hébergements collectifs accueillant les SDF ne respectant pas nécessairement la règle de la distanciation sociale⁹³, plusieurs associations (en particulier la Fédération nationale Droit au logement) ont demandé au Conseil d'État d'ordonner aux autorités de les fermer et de réquisitionner des chambres d'hôtel ou des appartements⁹⁴. Le Conseil d'État a rejeté cette demande, estimant qu'il n'existait pas de carence « en l'état de l'instruction »⁹⁵. Il a également rejeté le recours d'associations (dont Mouvement citoyen Tous Migrants et Soutien Réseau Hospitalité) visant à ordonner à l'État de prendre diverses mesures pour assurer la protection des personnes en situation de précarité, en particulier la mise en place d'une procédure dématérialisée permettant l'enregistrement des demandes d'asile et l'ouverture au bénéfice des demandeurs des droits afférents ; le juge des référés a considéré qu'il n'apparaissait pas de carence grave et manifestement illégale des autorités justifiant que soient ordonnées les mesures sollicitées par les associations requérantes⁹⁶.
- 33 Contrairement au Pacte relatif aux droits civils et politiques, et malgré le parallélisme existant entre les deux textes (en particulier entre leurs articles 4 et 5)⁹⁷, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ne comporte pas de clause de dérogation aux droits qui y sont reconnus ; il indique seulement que « l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique »⁹⁸. Des limitations sont donc possibles mais il ne peut s'agir que de restrictions. En outre, elles ne doivent pas conduire à dénaturer les droits protégés, c'est-à-dire à en altérer l'essence⁹⁹. L'article 2 du PIDESC précise la nature de ces droits dont le plein exercice doit être assuré « progressivement, au maximum des ressources disponibles »¹⁰⁰. Cet article 2 a « une importance particulière » : il « entretient une relation dynamique avec toutes les autres dispositions »¹⁰¹ du Pacte et doit « se lire en conjonction », notamment, avec l'article 4¹⁰². Autrement dit, les limitations apportées aux droits économiques, sociaux et culturels en cas de situation d'urgence sont fonction des moyens financiers et ressources de l'État en cause¹⁰³. De plus, l'État a en toute circonstance « l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits »¹⁰⁴. Les États ont ainsi une faible latitude dans la limitation des droits économiques, sociaux et culturels : les mesures prises ne doivent être ni arbitraires, ni déraisonnables ou discriminatoires¹⁰⁵.
- 34 Conclusion
- 35 L'état d'urgence sanitaire n'est pas un blanc seing : il ne s'apparente en rien à un acte de gouvernement qui serait soustrait au contrôle juridictionnel¹⁰⁶. Au regard du droit international des droits de l'homme, chaque mesure adoptée dans un tel contexte doit

être nécessaire, proportionnée et strictement limitée à ce que la situation exige. Ces principes s'appliquent qu'il s'agisse de dérogations ou de simples restrictions.

Si les États doivent éviter de suspendre les droits et libertés, lorsqu'ils décident néanmoins de déroger à une convention de droits de l'homme, la notification aux instances internationales compétentes et, ainsi, aux autres États, est préconisée dans un souci de transparence et de cohérence. Une telle dérogation doit être nécessairement limitée dans le temps, avec l'objectif d'un retour à la normale le plus rapidement possible¹⁰⁷. De plus, dans un tel contexte, les atteintes aux droits indérogeables (en particulier au droit de ne pas subir de torture ou de traitements inhumains ou dégradants) sont strictement interdites. La protection du noyau dur des droits à un niveau de vie suffisant (en particulier au logement et à la nourriture), à la santé ou encore à l'éducation doit, elle-même, être garantie en toute circonstance.

- 36 Pour que le respect de ces principes soit assuré en période d'état d'urgence, les juridictions nationales chargées de statuer sur les plaintes qui y sont relatives, doivent impérativement fonctionner de manière optimale¹⁰⁸. Le juge interne est, en effet, le juge de droit commun des conventions internationales de droits de l'homme. Conformément au principe de subsidiarité, les juridictions internationales n'ont vocation qu'à ne jouer qu'un rôle de supervision ; elles ne se prononcent ainsi en général que *post factum*¹⁰⁹.
- 37 Les mesures provisoires qu'elles prescrivent n'interviennent, elles-mêmes, qu'une fois les recours internes épuisés¹¹⁰. Leur but est classiquement d'éviter des dommages « irréversibles »¹¹¹ ; elles concernent ainsi principalement les droits intangibles, en particulier le droit à la vie, plus que les droits « non-qualifiés », en particulier les libertés, même lorsque leurs limitations affectent toute une population comme dans le cas d'un confinement. Le caractère exceptionnel des mesures provisoires participe à leur efficacité : si le juge international des droits de l'homme y recourait davantage, le risque serait, peut-être, un respect moindre de la part des États. Se poserait aussi le problème de l'expertise du juge pour adopter de telles mesures dans un contexte de pandémie¹¹².
- 38 Reste que la crise du covid-19 a révélé certaines faiblesses du système conventionnel des droits de l'homme. La subsidiarité permet une approche pluraliste des droits universels¹¹³, il ne s'agit pas de la remettre en cause : les autorités nationales sont les plus à même d'apprécier en premier lieu les considérations complexes et hautement politiques qu'implique une telle crise sanitaire¹¹⁴. Les conventions internationales de droits de l'homme ne sont pas des « camisole(s) de force » qui entraveraient l'action des États¹¹⁵ ; l'existence d'une marge d'appréciation participe d'ailleurs à expliquer leur succès. Néanmoins, alors que la crise sanitaire a ralenti le fonctionnement des juridictions nationales et a allongé les délais d'épuisement des recours internes, un dialogue plus soutenu entre le juge interne et international pourrait se justifier sachant que l'état d'urgence constitue une période critique pour les droits et libertés. D'autant qu'il est presque inévitable que des mesures étatiques telles que les quarantaines, les restrictions aux visites familiales dans les prisons ou encore les retards dans le traitement des affaires pénales et civiles finiront par faire l'objet de plaintes devant les organes internationaux de droits de l'homme¹¹⁶.
- 39 Un tel dialogue n'est pas incompatible avec ce qui a été exposé précédemment : la subsidiarité n'implique nullement de considérer les ordres juridiques internes et internationaux comme des vases clos ; « la séparation n'impose pas l'isolement »¹¹⁷. La

possibilité récemment ouverte par le Protocole n°16¹¹⁸ de demande d'avis consultatif auprès de la CEDH le montre bien ; elle révèle aussi l'intérêt de tels mécanismes lorsque des questions inédites se posent comme aujourd'hui. Le caractère abstrait de l'avis, qui, par nature, va au-delà du cas d'espèce, permet de ménager le principe de subsidiarité¹¹⁹.

- 40 Une demande d'avis consultatif, toutefois, doit être portée par les juridictions suprêmes de l'État, puis celui-ci doit être rendu par la Grande chambre de la CEDH de telle sorte qu'un certain laps de temps est nécessaire. C'est pourquoi, en cas de circonstances exceptionnelles, on pourrait imaginer la mise en place d'une procédure d'urgence, plus souple, de consultation de la Cour européenne des droits de l'homme, voire du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Pour qu'une telle procédure soit efficace, il serait nécessaire que les organes internationaux de protection des droits de l'homme fonctionnent de manière optimale en période de crise sanitaire, ce qui n'a pas été le cas face au covid-19, qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme ou du Comité des droits de l'homme. Sur un plan plus politique, ce type de procédure implique aussi une volonté de coopération. Or, l'on sait avec quelles réticences le Conseil d'État accueille classiquement les positions du Comité des droits de l'homme¹²⁰. La Cour européenne des droits de l'homme fait, elle-même, preuve de davantage de retenue que la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui, face à la pandémie de coronavirus, a adressé un communiqué à ses États membres¹²¹.
- 41 Un dialogue renforcé entre autorités nationales et internationales en matière de droits de l'homme pourrait pourtant favoriser une meilleure gestion d'une prochaine crise sanitaire : l'universalisme est « trop ambitieux » et le souverainisme, replié sur les communautés nationales, est, quant à lui, « trop frileux »¹²² : pour les concilier et garantir une meilleure protection des droits de l'homme, il est indispensable de les penser de manière interactive.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

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

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

3. Par. 17 de l'ordonnance.

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

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

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

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

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

9. Voir not. le par. 3

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

11. Frédéric Sudre, Laure Milano, Hélène Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2019, 14^{ème} édition, p. 458.

12. *Ibid.*

13. Cour EDH, arrêt du 1^{er} mars 2001, *Affaire Berktaç c. Turquie*, req. n° 22493/93, par. 154.

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

15. Marcel Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000/3, n° 110, p. 260.

16. Voir Frédéric Gros, « Biopolitique », *Encyclopedia Universalis*, en ligne.

17. Préambule de la DUDH (non souligné dans le texte initial).

18. *Ibid.*

19. Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde, Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 83. Michel Rosenfeld cité in Mireille Delmas-Marty, *ibid.*

20. Michel Rosenfeld cité in Mireille Delmas-Marty, *ibid.*

21. Mustapha Afroukh, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », *RDLF* 2019, chron. n° 43, en ligne.

22. Sur ces questions, voir Nathalie Devillier, « Backtracking : comment concilier surveillance du Covid-19 et respect des libertés ? », *The Conversation* le 26 mars 2020, en ligne ; et « Covid-19 : les défis du traçage par téléphone », *Le Monde*, 7 avril 2020.

23. Voir Marcel Moritz et Audrey Duquesnes, « L'utilisation des données de téléphone mobile dans la lutte contre l'épidémie », *The Conversation*, 23 avril 2020, en ligne.

24. La déclaration du Gouvernement a été approuvée par 338 députés (215 contre) et 186 sénateurs (127 contre).

25. Voir Géraldine Delacroix, « Surveillance de l'épidémie : attention au « solutionnisme technologique », *Mediapart*, le 3 avril 2020.

26. Voir Commission nationale informatique et libertés (CNIL), Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », en ligne.

27. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données).

28. Voir l'art. 17.

29. CDH, Observation générale n° 16, *article 17 (Droit au respect de la vie privée)*, 32^e session, 1988, par. 4.

30. Voir l'art. 8 de la CEDH. Voir aussi les art. 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

31. CDH, Observation générale n° 16, *op. cit.*, par. 10.

32. *Ibid.*

33. CDH, Observation générale n° 16, *op. cit.*, par. 7 (non souligné dans le texte d'origine).

34. Cour EDH, arrêt du 6 décembre 2012, *Affaire Michaud c. France*, req. 12323/11, par. 120. « La notion de nécessité, au sens de l'article 8 de la Convention, implique l'existence d'un besoin social impérieux et, en particulier, la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi ».

35. CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 précitée.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*

38. En ce sens, voir Elise Degrave, « Le traçage numérique : un pacte avec le diable », Intervention lors du séminaire « Regards croisés Droit et Philosophie sur la pandémie de Covid-19 », 3 juin 2020, Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne. Vidéo disponible en ligne.

39. Voir Florian Reynaud, « Emmanuel Macron acte l'échec de l'application StopCovid et annonce une nouvelle version : "Tous anti-covid" », *Le Monde*, 14 octobre 2020. Voir aussi Martin Untersinger, « Après trois semaines, l'application StopCovid n'a averti que 14 personnes », *Le Monde*, 23 juin 2020.

40. CNCDH, Avis sur le suivi numérique des personnes, 28 avril 2020, en ligne.

41. CNCDH, *ibid.*

42. Jacques Ellul, « Le problème de l'émergence du droit », *Annales de Bordeaux I*, 2, 1976, p. 6 à 15, cité in Pierre Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, 64 p. 16.

43. Voir par ex. l'art. 229-1 du Code de la sécurité intérieure qui reprend des mesures en vigueur lors de l'état d'urgence 2015-2017.

44. Cour EDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71, par. 49.

45. Voir CE, Ordonnance du 18 mai 2020, *Surveillance par drones*, n° 440442, 440445.

46. Voir l'art. 4, par. 2 du PIDCP et l'art. 15, par. 2 de la CEDH.

47. Art. 4, par. 1.

48. Art. 15, par. 1.

49. En ce sens, Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

50. Voir Commission européenne des droits de l'homme, Décision du 6 mars 1978 (recevabilité), 35 *Asiatiques d'Afrique orientale c. Royaume-Uni*, req. n° 4626/70 et autres, not. par. 2 : « En dehors de toute considération de l'article 14, la discrimination fondée sur la race (peut), dans certaines circonstances, représenter en elle-même un 'traitement dégradant' au sens de l'article 3 ».

51. Voir CDH, Observation générale n° 29, *op. cit.*, par. 8.

52. En ce sens, Philippe Kaltenbach, au nom de la commission des lois du Sénat, Rapport n° 507, *Proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale*, 10 juin 2015 : « L'origine sociale semble un critère étroit et peu opératoire : en effet, concevoir la situation économique et sociale à raison de la naissance semble contrevenir à la dynamique de la mobilité sociale ». Voir aussi CNCDH, Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale, 26 décembre 2013.

53. Tel est le cas de l'État du Salvador : il note que les limites aux droits de l'homme doivent respecter des « principes importants », en particulier le droit à la non-discrimination : voir sa déclaration au Secrétaire général de l'ONU du 22 avril 2020 (en ligne : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4).

54. Préambule de la DUDH.

55. Cour EDH, arrêt du 30 janvier 2000, *Affaire J.M.B. et Autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres.

56. Voir par ex., CDH, Constatations du 11 novembre 2003, *Valery I. Fabrikant c. Canada*, *op. cit.* et Cour EDH, arrêt du 5 mars 2013, *Gülay Cetin c. Turquie*, req. n° 44084/10.

57. « Covid-19 : l'ONU s'inquiète des risques de contamination dans les prisons et réclame des mesures d'urgence », *ONU Info*, 25 mars 2020.

58. Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Situation sanitaire des prisons et centres de rétention administrative : le CGLPL demande la prise de mesures pour la protection des personnes privées de liberté », Communiqué du 17 mars 2020.

59. Art. 28 de l'ordonnance.

60. *Ibid.*

61. Pour ce chiffre, voir Jean-Baptiste Jacquin, « Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge prolongation de la détention provisoire sans juge », *Le Monde* 4 avril 2020.

62. Conseil d'État, 8 avril 2020, *Mesures sanitaires pour les détenus*, n° 439827.

63. *Ibid.*

64. Tribunal administratif de la Martinique, « Covid 19 : Le Tribunal ordonne la mise à disposition de masques et gants aux détenus et aux auxiliaires de vies lors de la distribution des repas, et enjoint la mise en oeuvre de tests de dépistage », communiqué du 4 avril 2020.

65. Cour EDH, *Affaire J.M.B. et autres c. France*, *op. cit.* Sur la question, voir aussi C.C., Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020.

66. Conseil d'État, 8 avril 2020, *op. cit.*

67. *Ibid.*

68. Cour EDH, arrêt du 9 avril 2015, *Affaire Tchokontio Happi c. France*, Req. n° 65829/12, par. 50.

69. Art. 16 de l'ordonnance n° 2020-303.

70. Circulaire du Ministère de la Justice du 26 mars 2020, N°CRIM-2020-12/H2-26.03.2020, « Présentation des dispositions de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ».

71. *ONU Info*, 25 mars 2020, *op. cit.*

72. Art. 9, par. 4 du PIDCP et art. 5 par. 4 de la CEDH.

73. Voir not. Cour EDH, arrêt du 3 oct. 2013, *Affaire Vosgien c. France*, req. n° par. 46.

74. CE, ordonnance du 3 avril 2020, *Union des jeunes avocats de Paris*, req. n°s 439877, 439887, 439890, 439898, Par. 14

75. Cour de Cassation, Chambre criminelle, Arrêt n° 974 du 26 mai 2020 (20-81.910), par. 32.

76. *Ibid.*, par. 36.

77. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, par. 15.

78. CE, Ordonnance du 27 mars 2020, *GISTI et autres*, n° 439720.

79. Voir Tribunal administratif de Paris, Ordonnance du 15 avril 2020, n° 2006287/9- 2006288/9- 2006289/9. Voir aussi cependant TA de Paris, Ordonnance du 24 avril 2020, n° 2006471 – 2006472 – 2006473/9.

80. CE, Ordonnance du 7 mai 2020, n° 440255, par. 18.

81. Voir art. 11 du Pacte. Voir aussi Déclaration de fin de mission de la Rapporteuse spéciale sur le droit à un logement au terme de sa visite en République française du 2 au 11 avril 2019 (en ligne :

<https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24475&LangID=F.>)

82. Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

83. CE, Ordonnance du 2 avril 2020, n° 439763, par. 11.

84. *Ibid.*

85. Ordonnance n° 2020-331 du 25 mars 2020 relative au prolongement de la trêve hivernale.

86. Art. 10 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

87. Ordonnance n° 2020-331, *ibid.* et Art. 10 de la loi n° 2020-546, *ibid.*

88. Diane Roman, « « Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés » Le coronavirus, révélateur des ambiguïtés de l'appréhension juridique de la vulnérabilité », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2020, Chron. n° 15, en ligne.

89. *Ibid.*

90. En ce sens, *ibid.*

91. Jacques Toubon, Adeline Hazan et Jean-Marie Burguburu, « Coronavirus : « Sauvegardons les droits fondamentaux pendant la crise sanitaire » », *Tribune in Le Monde*, le 20 mars 2020. Voir aussi, Diane Roman, *ibid.*
92. Voir « OHCHR, IOM, UNHCR and WHO joint press release: the rights and health of refugees, migrants and stateless must be protected in COVID-19 response », 31 mars 2020 : <https://www.who.int/news-room/detail/31-03-2020-ohchr-iom-unhcr-and-who-joint-press-release-the-rights-and-health-of-refugees-migrants-and-stateless-must-be-protected-in-covid-19-response>
93. Diane Roman, *op. cit.*
94. CE, Ordonnance du 2 avril 2020, *op. cit.*, par. 12.
95. *Ibid.*
96. CE, Ordonnance du 9 avril 2020, *Mesures pour les personnes en situation de précarité*, n° 39895.
97. Voir Michel Puéchavy, « Article 4 » in Emmanuel Decaux et Olivier de Schutter (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 180.
98. Art. 4 du Pacte.
99. Voir Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Emergency measures and covid-19: guidance », *op. cit.* : « The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights does not include a provision on derogations. State obligations associated with the core content of the rights to food, health, housing, social protection, water and sanitation, education and an adequate standard of living remain in effect even during situations of emergency ».
100. Art. 2, par. 1 (non souligné dans le texte initial).
101. CDESC, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties* (art. 2 par. 1 du Pacte).
102. Michel Puéchavy, « Article 4 », *op. cit.*, p. 181.
103. Sur ce point, voir le Titre II de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 précitée intitulé « Mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie de Covid-19 ».
104. Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties* (art. 2, par. 1, du Pacte), 5^{ème} session, 1990, par. 10.
105. Michel Puéchavy, « Article 4 », *op. cit.*, p. 182.

106. En ce sens, Elias Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 115.

107. En ce sens, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Emergency measures and covid-19 : guidance », *op. cit.* : « *Emergency powers should be used within the parameters provided by international human rights law, particularly the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which acknowledges that States may need additional powers to address exceptional situations. Such powers should be time-bound and only exercised on a temporary basis with the aim to restore a state of normalcy as soon as possible* ».

108. En ce sens, Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Emergency measures and covid-19 (...) », *ibid.* : « *Some rights, such as the right to life, the prohibition from torture and the principle of legality in criminal law, cannot be derogated from even during states of emergency and continue to apply in all situations. Ordinary courts should maintain their jurisdiction to adjudicate complaints for violations of non-derogable rights* ».

109. En ce sens, Kanstantsin Dzehtsiarou, « What Can the European Court of Human Rights Do in the Time of Crisis ? », *Strasbourg Observers*, 14 avril 2020, en ligne, <https://strasbourgobservers.com/2020/04/14/what-can-the-european-court-of-human-rights-do-in-the-time-of-crisis/>

110. Sauf en l'absence de recours effectifs.

111. Voir not. Cour EDH, arrêt du 4 février 2005, *Affaire Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, par. 125 : « Dans le système de la Convention, les mesures provisoires, telles qu'elles ont été constamment appliquées en pratique (paragraphe 104 ci-dessus), se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque ».

112. En ce sens, Kanstantsin Dzehtsiarou, « What can the European court of human rights do in the time of crisis ? », *op. cit.*

113. Voir Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (III). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, en particulier p. 7 et s.

114. Elias Kastanas, *Unité et diversité (...)*, *op. cit.*, p. 125.

115. Voir l'opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice à l'arrêt *Marckx contre Belgique* (Cour EDH, arrêt du 13 juin 1979, req. N° 6833/74, par. 31 de l'opinion)

116. En ce sens, Kanstantsin Dzehtsiarou, « What can the European court of human rights do in the time of crisis ? », *op. cit.*

117. Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 39.

118. Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013.

119. Sur cette question, voir Kanstantsin Dzehtsiarou, « What can the European court of human rights do in the time of crisis ? », *op. cit.*

120. Voir not. CE, 5 mai 2006, n° 242713 : « Le Conseil d'État, qui a visé ce moyen, y a répondu en considérant qu'il y a lieu de relever que les constatations du comité des

droits de l'homme, organe non juridictionnel institué par l'article 28 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'État auquel elles sont adressées ».

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

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

ABSTRACTS

La crise sanitaire actuelle se distingue de l'état d'urgence qu'a connu la France de 2015 à 2017 : généralisées, les limitations de libertés sont devenues, pour un temps, la *norme*. Le présent article se propose d'examiner, à l'aune du droit international des droits de l'homme, les principales mesures prises en France dans ce contexte à partir de mars 2020. Cet examen montre que si la liberté et la sécurité sont deux besoins congénitaux à l'homme, l'équilibrage entre l'une et l'autre est « tout sauf simple ».

Les dérogations aux droits de l'homme protégés au niveau international ne peuvent intervenir qu'« en cas de danger public exceptionnel ». Si l'État doit éviter de suspendre ces droits, lorsqu'il entend néanmoins déroger à une convention internationale qui y est relative, la notification aux instances internationales compétentes et, ainsi, aux autres États, est préconisée dans un souci de transparence et de cohérence.

En période de crise sanitaire comme en d'autres temps, la responsabilité internationale de l'État peut être engagée tant parce qu'il a porté atteinte, de manière active, à un droit de l'homme, que lorsque, passif, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient. Une mise en balance entre droit à la vie et libertés est ainsi nécessaire, y compris lorsque celui-ci envisage de recourir à des technologies aux fins de protection de la santé telles que l'application StopCovid.

De plus, l'État doit s'assurer que les mesures adoptées n'entraînent pas de discriminations fondées, en particulier, sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. Face à une telle épidémie, deux catégories de personnes sont particulièrement vulnérables, à savoir celles qui se trouvent dans des lieux d'enfermement et celles qui ne disposent pas de logement et se trouvent en situation précaire. L'État a une faible latitude dans la limitation des droits économiques, sociaux et culturels : la satisfaction de l'essentiel de chacun de ces droits internationaux doit être garantie en toute circonstance.

Il apparaît finalement qu'un dialogue renforcé entre autorités nationales et internationales en matière de droits de l'homme pourrait favoriser une meilleure gestion d'une prochaine crise sanitaire : dans un tel contexte, l'universalisme et le souverainisme doivent être pensés de manière interactive.

Il apparaît finalement qu'un dialogue renforcé entre autorités nationales et internationales en matière de droits de l'homme pourrait améliorer la gestion d'une prochaine crise sanitaire : dans un tel contexte, l'universalisme et le souverainisme doivent être pensés ensemble.

AUTHOR

CATHERINE LE BRIS

Chercheuse au CNRS (Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne / CNRS)