



Les calculs utilitaristes dans la gestion de la crise de Covid-19 et le risque d'accoutumance aux mesures liberticides (obs. à propos de la sortie lointaine de l'état d'urgence sanitaire)

Christos Giannopoulos

ABSTRACT

RESUME

La première vague du Covid-19 a été gérée par l'adoption d'une série de mesures restrictives des libertés individuelles et collectives. L'état d'urgence sanitaire

MOTS-CLES : Etat d'urgence sanitaire, Droit de dérogation, Covid-19, CourEDH

Pour citer l'article :

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de *l'Europe des Droits & Libertés*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Freedoms*

Les calculs utilitaristes dans la gestion de la crise de Covid-19 et le risque d'accoutumance aux mesures liberticides

(obs. à propos de la sortie lointaine de l'état d'urgence sanitaire)

Christos Giannopoulos*

Le Covid-19 a mis à l'arrêt le monde entier et précipité l'avènement de sociétés sans contact où prime la distanciation sociale. Le local a affecté le global en provoquant au cœur même des démocraties contemporaines une myriade d'états d'urgence sanitaire et/ou d'autres lois d'exception. Au niveau du continent européen, les États ont réagi très rapidement avec l'adoption d'une série de mesures générales et individuelles qui ont eu un impact fort sur les libertés individuelles et collectives. Celles-ci ont été globalement acceptées par la population afin d'empêcher la propagation du virus sur l'ensemble du territoire en reconnaissant qu'il fallait sacrifier temporairement certains aspects de notre vie privée et sociale au nom de l'utilité sociale que représente la protection de la vie humaine. Des restrictions variables qui semblaient, du moins au commencement de cette crise sanitaire inédite, nécessaires pour éviter la « saturation » du système de santé, et donc des taux de mortalité plus élevés. Des logiques de calcul utilitaristes qui ont obligé les gouvernements européens à arbitrer entre, d'un côté, des dommages économiques ou sociaux et, d'un autre, des morts susceptibles d'être évités. « Entre son propre bonheur et celui des autres, l'utilitarisme exige de l'individu qu'il soit aussi rigoureusement impartial qu'un spectateur désintéressé et bienveillant »¹, écrit Stuart dans une volonté de justifier les sacrifices individuels au nom du bonheur commun.

Cependant, ce qui est singulier dans cette crise est le fait que toutes les politiques nationales de gestion se sont déployées de la même manière : restrictions progressives du trafic aérien, terrestre et maritime, suspension du processus d'éducation, établissement de procédures de quarantaine et d'auto-isollement, restriction des rassemblements, limitation de l'accès des tiers aux hôpitaux, aux institutions de soins sociaux et aux lieux de détention, de la manifestation et de la collecte et la réglementation spéciale sur la prestation de services publics et les procédures administratives. Ainsi, les politiques européennes nationales, pour faire face à l'épidémie du Covid-19 se distinguent plus par l'ampleur, l'intensité et la durée des mesures adoptées par les gouvernements que par les méthodes de gestion utilisées. En effet, tous les États européens (à l'exception peut-être du Royaume-Uni et de la Suède au début de la propagation du virus) ont prescrit des mesures de discipline et de surveillance de masse pour protéger la population. Faute de moyens matériels suffisants (masques, test de dépistage, gel hydroalcoolique etc), les autorités nationales se sont obligées à mettre en place une « stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée »² et ont,

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg UR 3399.

¹ J. Stuart Mill, *L'utilitarisme*, Flammarion, champs classiques, 2008, p. 66.

² Tel fut le cas, notamment, de la politique de gestion du stock national des masques pendant les premières semaines de la crise. Celle-ci a été approuvée par le juge des référés du Conseil d'État à trois reprises à cause de

par conséquent, été amenées à recourir à l'ancienne conception du sanitaire, plus administrative et policière que médicale. Appliquée dans des périodes tourmentées par des crises sanitaires de grande ampleur, elle se déploie par l'adoption de mesures coercitives et policières qui conduisent à l'exclusion, l'isolation et la stigmatisation de la partie contaminée de la population. Comme l'a bien souligné Foucault à propos des villes pestiférées : « la peste (celle du moins) qui reste à l'état de prévision, c'est l'épreuve au cours de laquelle on peut définir idéalement l'exercice du pouvoir disciplinaire, [alors qu'au] fond des schémas disciplinaires l'image de la peste vaut pour toutes les confusions, et les désordres »³.

Dans ce contexte, les lois d'exception (ou similaires) apportent une série de restrictions de degré variable aux libertés individuelles et collectives pour répondre à un danger présent ou imminent. Bien qu'il soit admis qu'on puisse « mettre, pour un temps, un voile sur les libertés comme l'on cache les statues des dieux »⁴, l'action déployée dans le cadre des lois d'exception doit être conforme aux exigences de l'État de droit et aux principes démocratiques⁵. Elle ne doit pas non plus conduire à l'éclipse – même temporelle - des droits fondamentaux et des libertés publiques. En effet, la restriction partielle et limitée des libertés susmentionnées au nom du bien commun peut être compréhensible. Tant s'en faut qu'il en soit ainsi ! Or, le mérite d'une décision dépend toujours de la solidité de la base juridique qui l'a justifiée, alors que l'objectif de valeur constitutionnel que constitue la protection de la santé⁶ ne doit pas servir aux autorités compétentes de prétexte pour une « mise en quarantaine », même temporelle, des droits et libertés que la Constitution et les autres textes internationaux garantissent.

Tels sont les enjeux et les défis de l'état d'urgence sanitaire, introduite dans le Code de la santé publique par la loi du 23 mars 2020. Mettre en place un régime d'exception efficace « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »⁷, sans pour autant restreindre de manière disproportionnée les libertés individuelles et collectives. Un exercice d'équilibrage particulièrement complexe à cause de l'évolution constante de l'épidémie et de la crise sociétale subséquente qui a amené le législateur à adopter une politique des petits pas d'une efficacité discutable qui se caractérise par une sortie rapide de l'état d'urgence sanitaire

la « forte tension reconnue » concernant leur distribution: Il s'agit, plus précisément, de l'ordonnance du 28 mars 2020 (*Mme A.A. et autres*, n° 439693) concernant les modalités de la distribution des masques au personnel de santé ; de l'ordonnance du 2 avril 2020 (*Fédération nationale droit au logement*, n°439763) concernant l'absence de distribution de masques de protection aux personnes qui sont en situation de précarité et aux bénévoles et salariés des associations qui leur viennent en aide ; et de l'ordonnance du 8 avril 2020, (*Section française de l'observatoire internationale*, n°439827) sur l'absence de distribution de masques de protection à l'ensemble des personnes détenues. Dans ces trois cas, le Conseil d'État a conclu à l'absence d'une violation à la vie des personnes concernées (article 2 CEDH).

³ M. Foucault, *Surveiller et punir*, tome II, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 2015, p. 478.

⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, p. 449.

⁵ Voir sur ce point, la boîte à outils à l'attention des États membres du Conseil de l'Europe, publiée par le secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, *Marija Pejčinović Burić*, Secrétaire général du Conseil de l'Europe, *Respecter la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19, Une boîte à outils pour les États membres*, 7 avril 2020, SG/Inf(2020)11.

⁶ La protection de la santé figure aussi à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 (« [La Nation] garantit à tous ... la protection de santé »).

⁷ L. 3131-12 du Code de la santé publique.

prévue par le *Chapitre Ibis* du Code de la santé publique pour entrer dans une longue période transitoire qui risque de constituer un terrain particulièrement propice pour toute sorte de mesures liberticides.

Dans ce contexte, l'analyse portera, dans un premier temps, sur l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique (I). Ensuite, elle examinera le choix du gouvernement français de ne pas déroger à la Convention européenne des droits de l'homme (« ConvEDH ») (II). Enfin l'analyse se focalisera sur les mesures de mise en quarantaine et de placement en isolement sanitaire qui par leur ampleur et leur portée fournissent une illustration particulièrement utile pour expliquer en quoi la ligne de démarcation entre la restriction et l'éclipse d'une liberté (en l'occurrence la liberté individuelle) est toujours incertaine (III).

Partie I - L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique

Décrété en Conseil des Ministres le 23 mars 2020 et entré en vigueur sur l'ensemble du territoire le 24 mars 2020 pour une durée initiale de deux mois, l'état d'urgence sanitaire a duré sur l'ensemble du territoire jusqu'au 10 juillet 2020. Sur le plan juridique, les mesures législatives prises pour faire face à la crise sanitaire se sont déployées en deux phases : la première couvre la période régie par le *Chapitre Ibis : Etat d'urgence sanitaire* du Code de la santé publique, alors que la deuxième couvre la période amorcée par la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

L'état d'urgence sanitaire renforce les pouvoirs de police du Premier ministre, du ministre de la santé et, en cas d'habilitation, des préfets pour prendre certaines mesures nécessaires pour garantir la santé publique⁸. Celles-ci sont énumérées dans l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique. Il s'agit, plus précisément, de la restriction ou de la réglementation de la circulation des personnes et des véhicules (1°), de l'interdiction aux personnes de sortir de leur domicile (2°), de la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées (3°), de la mise à l'isolement des personnes affectées (4°), de la fermeture provisoire de catégories d'établissements recevant du public (5°), de la restriction des rassemblements sur la voie publique (6°), ou encore de la réquisition des biens et des services (7°). Sont ainsi prioritairement touchées la liberté d'aller et de venir (articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 et art. 2 du Protocole 4 de la CEDH), la liberté individuelle (art. 66 de la Constitution et l'art. 5 de la CEDH) et la liberté de manifestation et de réunion (art. 11 de la Déclaration de 1789 et 10 de la CEDH), la liste est loin d'être exhaustive.

Ces mesures doivent être, au titre du paragraphe III de l'article L. 3131-15 du Code de santé publique, en toutes circonstances, « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ». Cette clause de sauvegarde des droits et libertés est aussi reproduite dans les articles L.3131-16 et L.

⁸ En effet, la loi du 23 mars 2020 sur l'urgence sanitaire n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa publication. Déposé devant le Sénat, première Assemblée saisie, le 18 mars 2020, examinée en première lecture par l'Assemblée Parlementaire le 20 mars 2020, le texte consensuel a été examiné par la Commission mixte paritaire conformément à la procédure accélérée prévue par l'article 45, § 2 de la Constitution.

3131-17 du Code de la santé publique afin d'encadrer quantitativement et qualitativement les mesures prescrites au niveau local. Il paraît que le législateur a ainsi fixé non seulement un cadre d'action pour le pouvoir exécutif mais aussi un guide de référence pour les juges lorsqu'ils seront amenés à examiner leur conformité par rapport à la Constitution et/ou les traités en vigueur (notamment la ConvEDH). Il s'agit d'un filet de sécurité d'une importance primordiale pour la protection des droits et des libertés que la Constitution d'autant plus que le projet de loi déposé devant le Sénat, pour première lecture, le 18 mars 2020, ne prévoyait pas de liste limitative des mesures prescrites par le Premier ministre dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Plus précisément, le projet donnait une carte blanche au Premier ministre pour adopter tout type de mesures « limitant la liberté d'aller et de venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion »⁹. C'est, en effet, la Commission des lois constitutionnelles du Sénat¹⁰, qui est à l'origine de l'énumération précise des prérogatives du Premier ministre lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré. L'Assemblée parlementaire a complété, à l'initiative du gouvernement, la liste, en ajoutant un 10^e point qui lui accorde le droit de « prendre toute autre mesure générale nécessaire limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire ». Or, cette nouveauté a été à juste titre écartée lors de l'analyse du projet par la commission mixte paritaire en limitant le champ d'application du 10^e point uniquement dans le domaine de la liberté d'entreprendre¹¹. De cette manière, le flou juridique autour des mesures susceptibles d'être prescrites par les autorités publiques a été dissipé.

La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence jusqu'au 10 juillet 2020 apporte un certain assouplissement des mesures déjà en place¹², alors qu'un titre II est ajouté à l'article L. 3131-14 concernant le traçage des personnes « qui, ayant séjourné au cours du mois précédent dans une zone de circulation de l'infection, entrent sur le territoire national, arrivent en Corse ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution » tout en fixant les modalités de l'adoption et du déroulement des mesures individuelles de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement. La mesure du confinement régional est également maintenue lorsque certains foyers épidémiques localisés devenaient critiques afin de briser les chaînes de contamination et éviter une perte de contrôle plus large de l'épidémie. Pour le reste de la population, il suffirait de continuer à appliquer les mesures de distanciation

⁹ Le projet de loi déposé au Sénat par le Premier ministre prévoyait sur ce point : « Art. L. 3131-23 - La déclaration de l'état d'urgence sanitaire donne au Premier ministre le pouvoir de prendre par décret (...) les mesures générales limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion et permettant de procéder aux réquisitions de tous biens et services nécessaires afin de mettre fin à la catastrophe sanitaire (...) [Ces mesures] sont proportionnées aux risques encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

¹⁰ http://www.senat.fr/amendements/commissions/2019-2020/376/Amdt_COM-29.html [dernière consultation le 15 septembre 2020].

¹¹ <http://www.senat.fr/tableau-historique/pj119-376.html> [dernière consultation le 15 septembre 2020].

¹² En comparant les lois du 23 mars et du 11 mai 2020, il est possible d'observer la modification de la terminologie utilisée dans certains points de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique : Le terme « restriction » est remplacé par le terme « réglementation » en ce qui concerne la circulation des personnes et des véhicules (1°) et fait aussi son apparition dans les 4° et 5° concernant l'accès aux moyens de transport et l'ouverture des établissements recevant du public respectivement. Cela témoigne non seulement du caractère particulièrement circonstancié de la loi du 23 mars 2020 mais aussi de l'adaptation constante du cadre juridique par rapport à l'évolution de la crise.

physique. Ainsi, les restrictions générales sur l'ensemble du territoire cèdent progressivement leur place à des interventions ponctuelles, individualisées et régionales pour éviter la propagation du virus.

La loi 2020-856 du 9 juillet 2020, intitulée « un régime *ad hoc* transitoire pour la sortie de l'état d'urgence sanitaire » met fin à l'état d'urgence sanitaire à l'exception des territoires de la Guyane et de Mayotte à cause de la circulation active du virus (art. 2) et marque le début d'une phase nouvelle pour lutter contre l'épidémie qui se met à mi-chemin entre l'état d'urgence sanitaire et le droit commun. L'objectif est de doter le Premier ministre pendant la période transitoire d'une série de prérogatives dont il dispose pendant l'état d'urgence sanitaire comme l'interdiction de la circulation des personnes et des véhicules, (art. 1.I, 1^o), la fermeture provisoire d'une ou d'une ou plusieurs catégories d'établissement recevant du public ainsi que des lieux de réunions (art. 1.I.2^o), et la réglementation des rassemblements de personnes (art. 1.I.3^o). Outre cela, la loi apporte des nouvelles restrictions circonstanciées et temporelles à la vie privée et sociale des individus qui semblent être plus pérennes qu'il y peut paraître en premier lecture¹³ et qui ressemblent à celles prévues par l'état d'urgence sanitaire. Des mesures coercitives et policières qui fonctionnent sur le mode d'une économie calculée, mais permanente et qui risquent de perdurer plusieurs mois car le Premier ministre a déposé le 16 septembre 2020 un nouveau projet de loi devant l'Assemblée nationale qui vise à proroger la durée d'application de mesures permettant de limiter certaines libertés publiques jusqu'au 1^{er} avril 2021. Cette prolongation du régime transitoire a eu l'avis favorable du Conseil d'État qui a estimé « qu'en l'état des informations disponibles, cette situation crée la nécessité de prendre ou de renforcer des mesures fondées sur la loi du 9 juillet 2020, que le droit commun du code de la santé publique (articles L. 3131-1 à L. 3131-15) ne permet pas de prendre. Elle n'est pas telle qu'à ce stade, le recours à l'état d'urgence sanitaire, généralisé ou circonscrit à certains territoires, serait pour autant justifié »¹⁴.

Bien qu'il soit possible de justifier le report de la sortie de l'état d'urgence sanitaire sur les cycles imprévisibles de l'épidémie, une prorogation d'un régime *ad hoc* transitoire d'une telle durée ne garantit ni l'intelligibilité des mesures prescrites par les autorités nationales, ni la sécurité juridique, ni le bon fonctionnement des institutions démocratiques. Elle risque d'être à l'origine des mesures « aléatoires », qui ne sont pas justifiées par les spécificités locales. Elle paraît donc *de plano* suspecte car « plus [un] régime d'urgence persiste, plus l'État a des chances de s'écarter des critères objectifs pouvant avoir justifié le recours initial aux pouvoirs d'urgence »¹⁵. Dans ce contexte, il est utile de se demander si le gouvernement a eu intérêt à déroger à la Convention.

Partie II - Le choix de la non-dérogação à la Convention

¹³ Voir, sur ce point, Défenseur des droits, [Lettre adressée ce jour aux Présidents du sénat et de l'Assemblée nationale ainsi qu'aux présidents des commissions des lois des deux assemblées](#), 2 mai 2020 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

¹⁴ Conseil d'État, [Avis sur un projet de loi prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire](#), 14 septembre 2020, n°401114, § 9.

¹⁵ Commission de Venise, [Avis sur les décrets-lois d'urgence nos 667 à 676 adoptés à la suite du coup d'État avorté](#), 15 juillet 2016, CDL-AD(2016)037, para 41 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

L'article 15 de la CEDH offre aux États la possibilité de déroger à certaines obligations prévues par la Convention et ses protocoles en cas « de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »¹⁶. D'un point de vue formel, les États intéressés doivent avertir le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en indiquant les mesures envisagées ainsi que les motifs qui les ont inspirées. S'agissant d'une faculté et non pas d'une obligation, la CourEDH ne peut contrôler ni l'opportunité ni l'absence de recours à l'article 15 de la Convention¹⁷. De même, une dérogation en vertu de l'article 15 ne nécessite pas l'adoption formelle de l'état d'urgence ou d'un autre régime similaire au niveau national et vice-versa¹⁸.

La crise de Covid-19 par sa gravité, son ampleur et son caractère inédit justifierait un recours massif des États au régime dérogatoire¹⁹. L'absence d'une feuille de route pour protéger leurs ressortissants contre cette crise sanitaire inédite constituerait un facteur supplémentaire pour franchir le pas. Certes, l'activation du droit de dérogation ne pourrait pas légitimer l'adoption de mesures qui portent atteinte aux articles 2 (droit à la vie, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre), 3 (interdiction de la torture et des mauvais traitements), 4 § 1 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé), et de l'article 7 (pas de peine sans loi) de la Convention²⁰, mais pourrait justifier la restriction d'une série de libertés individuelles et collectives prévues par la Convention « dans la stricte mesure où la situation l'exige »²¹. Or, le gouvernement français a décidé de ne pas faire usage de ce droit de dérogation en dépit de l'adoption des mesures susmentionnées. Ce choix est singulier. Parmi les 47 membres du Conseil de l'Europe, seulement 10 États ont décidé de se désolidariser de leurs pairs et d'adresser une note verbale au Secrétaire général du Conseil de l'Europe en leur informant de leur intention

¹⁶ L'article 15.1. CEDH prévoit qu'« En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. »

¹⁷ Commission européenne des droits de l'homme, 4 octobre 1983, *Chypre c. Turquie*, n°8007/77, para 66-68 où elle a conclu à l'inapplicabilité de l'article 15 CEDH en l'absence d'un acte formel et public de dérogation de la part de la Turquie, elle ne pouvait appliquer l'article 15 de la Convention aux mesures prises par la Turquie à l'égard de personnes ou de leurs biens dans le nord de Chypre.

¹⁸ Voir, entre autres, Commission de Venise, *Compilation des avis et rapports sur les états d'urgence*, 16 avril 2020, CDL-PI(2020)003 ; APCE, *Etat d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Rapport de M. R. Comte pour le compte de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 27 février 2018, Doc. 14508 [dernières consultations le 15 septembre 2020].

¹⁹ J.-P. Costa, « [Le recours à l'article 15 à la Convention européenne des droits de l'homme](#) », disponible in in *Le club des juristes*, blog du coronavirus [dernière consultation le 15 septembre 2020].

²⁰ Trois des protocoles additionnels à la Convention renferment aussi des clauses qui interdisent la dérogation à certains des droits qu'ils protègent. Il s'agit du Protocole 6 (abolition de la peine de mort en temps de paix et limitation de la peine de mort en temps de guerre), le Protocole 7 (seulement pour ce qui est du principe ne bis in idem énoncé à l'article 4 de ce protocole) et le Protocole 13 (abolition complète de la peine de mort).

²¹ Voir, entre autres, CourEDH, 20 mars 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, req. n°13237/17, § 94 ; CourEDH, 20 mars 2018, *Şahin Alpay c. Turquie*, req. n°16538/17, § 78 ; CourEDH, 10 décembre 2019, *Kavala c. Turquie*, req. n°28749/18, § 88 [les trois affaires concernent les suites données après la tentative de coup d'état militaire en Turquie en 2016].

de déroger à la Convention pour une période précise²². Il s'agit, plus précisément, de l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la République de Moldova, la Roumanie, le Saint-Marin et la Serbie. D'ailleurs, la pratique de ces États est loin d'être uniforme. Dans certains cas, la note verbale adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe fut générale²³, alors que d'autres États ont pris la peine de détailler les mesures adoptées pour faire face à l'urgence sanitaire en attachant parfois en annexe une traduction des actes adoptés en précisant en même temps les droits conventionnels concernés²⁴.

En dehors des États susmentionnés, les autres parties contractantes n'ont pas ressenti le besoin de recourir à la dérogation de l'article 15 CEDH tout en adoptant en droit interne une série de mesures restrictives des libertés individuelles. Ce choix n'atteste pas forcément d'un plus grand attachement aux valeurs que la Convention garantit. Au contraire, il serait opportun d'y voir un cortège de « maladresse » qui s'explique par le fait que le continent européen est devenu assez rapidement le nouvel épice de l'épidémie. Cette situation a conduit les gouvernements à s'orienter rapidement vers la gestion matérielle de l'épidémie par l'adoption d'une stratégie nationale d'urgence pour limiter la propagation du virus sur l'ensemble de leur territoire. Il s'agit cependant d'un choix éminemment politique qui aura des répercussions sur la manière dont la CourEDH examinera le contentieux lié au Covid-19. Ainsi, lorsqu'il s'agira d'examiner sur le fond une affaire provenant d'un État qui a dérogé à la Convention, elle devra tenir compte de ces circonstances exceptionnelles et leur accorder une large, voire une vaste marge de manœuvre, en dehors des violations éventuelles aux droits interrogeables. Au contraire, lorsqu'elle traitera d'une affaire qui concerne un des États « abstentionnistes », les circonstances particulières liées à la crise sanitaire devront constituer l'un des éléments qui serviront à la démonstration²⁵.

Or, le fait que tous les États ont adopté le même type de mesures pour faire face à un problème identique pourrait à l'avenir constituer une source complémentaire de complexité dans la mesure où la CourEDH devra dans les faits éviter l'adoption de doubles standards en matière de protection conventionnelle ainsi qu'un traitement inégalitaire entre les différents États lorsque ceci n'est pas justifié par les circonstances. Quoi qu'il en soit, le choix de ne pas déroger à la Convention n'équivaut pas à une « mise en quarantaine de la Convention » en période de crise sanitaire sous condition

²² Il est opportun de souligner que toutes les dérogations ont été notifiées au Secrétaire général après le 11 mars 2020, date à laquelle l'Organisation mondiale de la santé a qualifié le Covid-19 de pandémie : voir [l'Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS](#) lors du point presse sur le Covid-19 le 10 mars 2020.

²³ Il s'agit de l'Arménie, la Géorgie - qui a cependant notifiée une prolongation partielle de la dérogation qui porte uniquement sur les articles 5,6,8 et 11 de la Convention, les articles 1 et 2 du Protocole 1 et l'article 2 du Protocole 4, la Macédoine du Nord, la République de Moldova, la Roumanie, le Saint-Marin et la Serbie.

²⁴ Il s'agit de l'Albanie (articles 8 et 11 CEDH, articles 1 et 2 du Protocole 1 à la Convention et l'art. 2 du Protocole 4 CEDH), l'Estonie (dérogation à certaines obligations en vertu des articles 5, 6 et 11 de la CEDH, articles 1 et 2 du Protocole additionnel, article 2 du Protocole 4 de la Convention), la Lettonie (les articles 8 à 11 CEDH, art. 2 Protocole 1 qui a été retiré par la suite, art. 2 du Protocole 4).

²⁵ Voir aussi, G. Gonzalez, « [L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid-19 ou l'ombre d'un doute](#) », disponible in *RDLF*, chron. n°43, 2020 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

qu'il ne soit pas accompagné d'une « mise en quarantaine » du fonctionnement des juridictions nationales tout au long de la crise²⁶.

L'intérêt principal du choix de déroger à la Convention est donc identifié à l'importance des apparences. C'est une question plus de transparence que d'adéquation entre les mesures adoptées au nom de la santé publique et les restrictions apportées aux libertés²⁷. Déroger, c'est permettre aux institutions du Conseil de l'Europe de conserver une trace écrite de l'évolution des mesures adoptées au niveau national pour lutter contre l'épidémie ; il atteste aussi de l'engagement formel de l'État à un assouplissement progressif des mesures qui ne sont plus nécessaires, adéquates et proportionnés aux risques encourus²⁸. Surveiller donc la durée et les mutations des mesures prises pendant des « circonstances exceptionnelles »²⁹ pour éviter les dérives autoritaires et la (sur)enchère disciplinaire.

Partie III - Les mesures de confinement : restriction ou éclipse des libertés ?

Le confinement de la population a été mis en place le 17 mars par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19. Juridiquement le confinement a pris la forme d'une « interdiction du déplacement de toute personne hors de son domicile » à quelques exceptions précises³⁰. Il ne s'agissait donc pas d'un confinement total dans la mesure où des autorisations de sortir étaient prévues pour des raisons professionnelles, de santé ou pour le « bien être » de la personne. Saisi par le *Syndicat jeunes médecins* qui demandait, entre autres, une restriction conséquente des cas d'autorisation des déplacements prévue par le décret, le Conseil d'État en formation de juge des référés a constaté que le confinement « total » au niveau national risquerait de provoquer « de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie et à retarder l'acheminement des matériels indispensables à cette protection »³¹. Tout en

²⁶ F. Sudre, « [La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme](#) », disponible in *Le club des juristes*, blog du coronavirus [dernière consultation le 15 septembre 2020].

²⁷ Voir, J.-P. Costa, « Le recours à l'article 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », précité ; voir, dans un sens différent, S. Touzé, « [La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation...](#) », disponible in *Le club des juristes*, blog du coronavirus [dernière consultation le 15 septembre 2020].

²⁸ Le gouvernement letton, par exemple, a déclaré qu'à partir du 12 mai, les rassemblements et les événements jusqu'à 25 participants seront autorisés sous réserve de la capacité des organisateurs à garantir que tous les participants respectent une distance de 2 mètres entre eux et respectent les obligations qui ont été fixées pour la sécurité épidémiologique. Ces obligations comprennent notamment que l'organisateur doit fournir des désinfectants et que les rassemblements à l'intérieur doivent être limités à 3 heures.

²⁹ L'expression fut utilisée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (cons.2) afin de justifier le contournement « gravissime » par le gouvernement de la règle procédurale prévue par l'article 46, § 2 de la Constitution concernant les délais d'examen d'une loi organique en procédure accélérée : voir, entre autres, J.-M. Gicquel, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », *La Gazette du Palais*, 7 avril 2020, n° 14, p. 3 ; M. Verpeaux, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *Actualité juridique. Droit administratif*, 27 avril 2020, n° 15, pp. 839-842.

³⁰ Article 1 du Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans la lutte contre la propagation du virus covid-19, JORF n°0066 du 17 mars 2020.

³¹ Conseil d'État, ord. du 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n°439674, § 8.

faisant preuve de pragmatisme, il a cependant enjoint au gouvernement de préciser davantage la portée des dérogations en place³².

L'opinion publique a accepté aisément cette mesure liberticide comme un devoir civique afin de sauver des vies et empêcher la propagation du virus. Le confinement de la population constituait en effet « une stratégie thérapeutique qui fonctionne »³³ et qui se justifiait par des calculs liés à la santé publique. À cet égard, il constituait plus une nécessité qu'un choix parmi d'autres mesures moins invasives. Or, la nature juridique de cette mesure n'est pas si évidente : s'agit-il d'une mesure restrictive de la liberté personnelle au sens où l'interdiction de déplacement hors du domicile enfreint *de plano* la liberté d'aller et de venir telle qu'elle est garantie par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ou s'agit-il d'une mesure privative de la liberté individuelle soumise au régime juridique prévu par l'article 66 de la Constitution ?

Le Conseil constitutionnel avait déjà opéré un déploiement des notions de libertés individuelle et personnelle à l'occasion de la décision du 22 décembre 2015 à propos des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence terroriste. Dans cette décision, il avait tranché définitivement en faveur d'une restriction du champ de la liberté individuelle en considérant qu'une mesure d'assignation à résidence ne constitue pas une mesure privative de liberté tant dans le champ de l'article 66 de la Constitution sauf si la mesure d'astreinte à domicile dépasse la plage horaire de douze heures par jour³⁴. Au-delà de douze heures, la mesure est considérée comme privative de la liberté individuelle et doit faire l'objet d'un contrôle par le juge judiciaire (principe de *l'habeas corpus*). Telle est d'ailleurs la position de la CourEDH, qui a souligné à maintes reprises qu'entre une privation et une restriction de liberté, « il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, et non de nature ou d'essence »³⁵, et qui a dissocié les cas d'un confinement à domicile sous surveillance avec interdiction de sortir³⁶ avec les autres mesures d'assignation à domicile ou de placement sous une surveillance de la police sans confinement dans un local délimité³⁷. Dans le premier cas, il s'agit d'une privation de liberté qui porte atteinte à l'article 5, § 3 de la Convention, alors que dans le second cas, il s'agit d'une mesure restrictive de la liberté de circulation.

Au regard donc de la ligne jurisprudentielle des deux juridictions susmentionnées, il serait possible de soutenir que l'interdiction générale de déplacement hors de son

³² Il s'agissait, plus précisément, de la dérogation au confinement pour raison de santé, ainsi que la dérogation pour « déplacements brefs, à proximité du domicile » (§ 17 de l'ordonnance du 22 mars 2020, précitée).

³³ L'argument a été soulevé par le *Syndicat jeunes médecins* lors de la procédure devant le Conseil d'État ; v. aussi [le 3^e avis du Conseil scientifique COVID-19 du 16 mars 2020](#) qui propose pour la première fois « la mise en œuvre d'un confinement généralisé strict sur le modèle de l'Italie, mis en place au niveau national sur l'ensemble de la population française, avec éventuellement des mesures plus strictes dans les zones les plus touchées » [dernière consultation le 15 septembre 2020].

³⁴ CC, Déc. n°2020-800 DC du 11 mai 2020 [Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions], cons. 33.

³⁵ Voir, entre autres, CourEDH, GC, 23 février 2017, *Tommaso c. Italie*, req. n°43395/09, § 80 ; CourEDH, GC, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n°10593/08, § 225 ; CourEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n°19776/92, § 42 ; CourEDH, Plén., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, § 92.

³⁶ Voir, entre autres, CourEDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, n°58442/00 ; CourEDH, Plén., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76.

³⁷ CourEDH, 9 février 2006, *Freimanis et Lidumsc c. Lettonie*, n° 73443/01 et n° 74860/01.

domicile ne peut être assimilée à une mesure privative de la liberté individuelle à trois égards : premièrement, la mesure a été assortie d'une série – certes limitée – d'exceptions ; deuxièmement, les individus pouvaient sélectionner un lieu d'hébergement adapté à leurs besoins ; troisièmement, la contrainte de ne pas sortir était relative. Dans ce contexte, le confinement de la population constitue une mesure restrictive de la liberté personnelle car les individus pouvaient, lorsqu'ils le jugeaient nécessaire, sortir de chez eux pendant des périodes courtes. Restait alors à chacun d'évaluer la légalité de la sortie, de remplir l'attestation de déplacement dérogatoire et, éventuellement, d'assumer le risque de s'exposer à une amende de 135 euros (contravention de la 4^e classe)³⁸, qui en cas de trois verbalisations dans un délai de trente jours, pourrait l'exposer à un emprisonnement de six mois et une amende de 3750 euros³⁹.

La situation se présente autrement lorsqu'il s'agit des mesures individuelles de mise en quarantaine et des mesures de placement en isolement prescrites « par décision individuelle motivée du représentant de l'État dans le département sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé »⁴⁰ et qui peuvent durer jusqu'à quatorze jours. Dans sa décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, le Conseil constitutionnel a constaté que ces mesures constituent une mesure privative de la liberté individuelle et justifient à ce titre un contrôle judiciaire adéquat, alors que le gouvernement y voyait une simple mesure restrictive de la liberté d'aller et de venir. En réitérant la distinction classique entre la décision de privation de liberté – qui peut être prononcée par une autorité administrative – et le contrôle des modalités d'exécution dans le temps de cette décision – qui appartient au juge judiciaire, le Conseil a jugé conforme à la Constitution le délai de quatorze jours pour l'intervention du juge judiciaire lors de l'adoption des mesures de mise en quarantaine et des mesures de placement en isolement⁴¹. Optant donc pour un critère purement numérique, il a associé la durée de l'isolement à l'intensité de l'atteinte à la liberté portée par la décision de l'autorité compétente. Ainsi, « la qualification de la liberté concernée dépend de la durée de sa limitation et donc de l'intensité de l'atteinte portée par la loi »⁴². En d'autres termes, une astreinte à demeurer dans le lieu de son domicile d'une durée pouvant aller jusqu'à quatorze jours constitue une restriction à la liberté d'aller et de venir, alors qu'au-delà

³⁸ Article 1 du décret n°2020-264 du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population, JORF n°0067 du 18 mars 2020 reprise par l'alinéa 3 de l'article L. 3136-1 DU code de la santé publique modifié par l'article 2 de la Loi n°2020-290 du 23 mars 2020.

³⁹ Un mécanisme de gradation des peines issu d'un amendement du gouvernement qui a été présenté en séance publique à l'Assemblée nationale qui a été jugée conforme à l'article 9 de la Déclaration de 1789 par le Conseil constitutionnel : CC, Déc. n°2020-846+847/848 QPC du 26 juin 2020, *M. Oussman G. et autres* [Violations réitérées du confinement], cons. 12 où le Conseil souligne que « le législateur a suffisamment déterminé le champ de l'obligation et les conditions dans lesquelles sa méconnaissance constitue un délit. »

⁴⁰ Articles L. 3131-15 et L. 3131-17 du Code de santé publique.

⁴¹ À titre comparatif, voir, CC, Déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* (cons. 73) concernant les délais de l'intervention du juge dans le cadre de la rétention administrative d'un étranger fixé à sept jours ; voir aussi, CC, Dec. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement], (cons. 16) où il a considéré que le maintien non consenti en hospitalisation psychiatrique au-delà de quinze jours imposait l'intervention d'un juge judiciaire sous peine d'une violation de l'article 66 de la Constitution.

⁴² D. Rousseau, P.Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, L.G.D.J., 2020, 6^e édition, p. 613.

de quatorze jours la même mesure est rattachée à l'article 66 de la Constitution et constitue une privation de la liberté individuelle.

Quant aux modalités du renouvellement des mesures de mise en quarantaine et de placement en isolation, le Conseil constitutionnel a souligné qu'au-delà de la plage horaire de douze heures par jour, l'interdiction de sortir doit être considérée comme « totale » et l'isolement doit être considéré comme « complet ». Sous cette forme, elles constituent une privation de la liberté individuelle et ne sont pas conformes à l'article 66 de la Constitution. Outre cette exigence, précise-t-il, « aucune intervention systématique d'un juge judiciaire n'est prévue dans les autres hypothèses »⁴³. Ainsi, le Conseil a reconnu que l'autorité judiciaire ne doit pas être omniprésente tout au long de l'exécution de la mesure. Elle ne doit non plus être présente au moment de l'adoption de ces mesures privatives de la liberté individuelle. Il suffit donc pour le législateur de bien prévoir un délai raisonnable pour l'intervention du juge judiciaire pour qu'un recours soit effectif au sens de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Cela n'exclut pas pour autant le droit de la personne concernée de déposer un recours contre la décision de mise en quarantaine ou de placement en isolement pendant la durée de la validité de la mesure initiale. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé conforme à la Constitution la non-intervention systématique du juge judiciaire lorsque la durée de la privation de liberté est particulièrement courte, dans sa décision n° 2012-253 QCM du 8 juin 2012 à propos de l'arrestation en état d'ivresse⁴⁴. Cela étant, le régime juridique applicable aux décisions individuelles de mise en quarantaine (qui concerne les personnes provenant des régions où le virus circule de manière active) est identique à celui des mesures de placement et de maintien en isolation (qui concerne les personnes infectées) et peut être assimilé à celui appliqué aux mesures d'assignation à résidence.

* * *

Ces analyses montrent que les lois d'exceptions (ou similaires) sont à juste titre soupçonnées d'être liberticides, alors que toute dérogation prolongée du droit commun (quelle qu'elle soit sa dénomination juridique) doit être constamment surveillée pour éviter tout type express ou camouflé de (sur)enchère autoritaire. Ce constat vaut aussi pour les mesures individuelles aménagées en période de crise sanitaire qui doivent faire systématiquement l'objet d'un contrôle de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité. Ainsi, bien que la Constitution n'interdise pas au législateur d'adopter des lois d'urgence, les calculs d'utilité escomptée visant à maximiser le solde global net de satisfactions doivent faire constamment l'objet d'un contrôle juridictionnel accentué. Dans ce dessein, la dérogation à la Convention pour toute la période du déploiement des mesures nationales visant à faire face à la crise du Covid-19, y compris celle couvrant le régime transitoire organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, aurait été fort souhaitable, d'autant plus que la ligne de démarcation entre l'éclipse d'une liberté relève plus de l'intensité que de la nature des restrictions qui lui sont apportées. Un constat qui dépasse

⁴³ CC, Déc. n°2020-800 DC du 11 mai 2020, précitée, cons. 43.

⁴⁴ En l'espèce, le Conseil avait estimé qu'« eu égard de la brièveté de cette privation de liberté organisée à des fins de police administrative par les dispositions contestées, l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution » (cons. 8).

d'ailleurs largement la distinction décrite entre privation de liberté individuelle et restriction de la liberté personnelle.