

# La pandémie de COVID-19 et le droit européen des droits de la personne : réflexions sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'homme* à l'ère du confinement et des masques obligatoires

Anne-Françoise Debruche

Volume 49, numéro 2-3, 2019

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1086484ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1086484ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Debruche, A.-F. (2019). La pandémie de COVID-19 et le droit européen des droits de la personne : réflexions sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'homme* à l'ère du confinement et des masques obligatoires. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 49(2-3), 473–518.  
<https://doi.org/10.7202/1086484ar>

Résumé de l'article

*Comment la Convention européenne des droits de l'homme peut-elle s'appliquer aux multiples situations liées à la pandémie de COVID-19? À travers un examen minutieux des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui représentent la source principale permettant de réfléchir au jugement possible de nouvelles problématiques, l'auteure analyse, dans la première partie de son texte, les obligations qui pèsent sur les États membres en matière de santé au regard de la Convention. L'adoption de mesures destinées à limiter la progression de la pandémie pourra dès lors être évaluée sous l'angle d'une obligation positive à laquelle doivent satisfaire les États afin de protéger le droit à la vie garanti par la Convention, mais également comme une interférence potentielle avec le même droit à la vie lorsque les « effets secondaires » des mesures y portent atteinte directement ou indirectement. Dans la seconde partie de son texte, l'auteure considère deux cas de figure fondés sur les éventuelles répercussions dommageables de mesures emblématiques (confinement et masques obligatoires) : elle étudie la façon dont les victimes pourraient invoquer certains droits et libertés garantis par la Convention pour obtenir réparation devant la Cour, parmi lesquels se trouve l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, des privations de libertés arbitraires et de la discrimination.*

# La pandémie de COVID-19 et le droit européen des droits de la personne : réflexions sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'homme* à l'ère du confinement et des masques obligatoires

par Anne-Françoise DEBRUCHE\*

*Comment la Convention européenne des droits de l'homme peut-elle s'appliquer aux multiples situations liées à la pandémie de COVID-19? À travers un examen minutieux des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui représentent la source principale permettant de réfléchir au jugement possible de nouvelles problématiques, l'auteure analyse, dans la première partie de son texte, les obligations qui pèsent sur les États membres en matière de santé au regard de la Convention. L'adoption de mesures destinées à limiter la progression de la pandémie pourra dès lors être évaluée sous l'angle d'une obligation positive à laquelle doivent satisfaire les États afin de protéger le droit à la vie garanti par la Convention, mais également comme une interférence potentielle avec le même droit à la vie lorsque les « effets secondaires » des mesures y portent atteinte directement ou indirectement. Dans la seconde partie de son texte, l'auteure considère deux cas de figure fondés sur les éventuelles répercussions dommageables de mesures emblématiques (confinement et masques obligatoires) : elle étudie la façon dont les victimes pourraient invoquer certains droits et libertés garantis par la Convention pour obtenir réparation devant la Cour, parmi lesquels se trouve l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, des privations de libertés arbitraires et de la discrimination.*

---

\* Professeure agrégée, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

*How is the European Convention on Human Rights likely to apply to the many aspects of the current pandemic? As always with novel factual questions, the answer can only be found in a thorough and innovative examination of the case-law of the European Court of Human Rights. We consider firstly the duties of Member States with respect to health issues under the Convention. From this starting point, we will then seek to determine whether the measures adopted by States to limit the spread of the virus should be viewed as the fulfillment of the positive obligation to protect the right to life enshrined in the Convention, or rather as an encroachment on that right because of the many “side-effects” of those measures on the day to day lives of individuals. We will then present two fictional scenarios involving the potential deleterious impact of common measures such as confinement and mandatory masks in the context of the question of how victims might obtain redress from the Court for the alleged violation of certain rights and freedoms protected under the Convention, for example the prohibition against inhumane and degrading treatment, arbitrary detention and discrimination.*

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	477
<b>I. La Convention européenne des droits de l'homme à l'heure de la pandémie et des mesures d'urgence : quel droit à la vie?</b> .....	479
A) L'obligation positive de préserver la vie : la justification « évidente » de mesures sanitaires drastiques .....	481
1. L'organisation des soins de santé dans les hôpitaux publics ou privés .....	481
2. La prévention des atteintes à la santé dans l'environnement extérieur .....	484
a) Une obligation sanitaire préventive théorique .....	485
b) La pandémie vue comme un événement incontrôlable susceptible de causer des pertes humaines importantes .....	486
3. Une vaccination obligatoire? .....	489
B) Une obligation positive qui est aussi une ingérence? Le choix entre la peste et le choléra .....	490
1. L'autre versant du droit à la vie .....	490
2. Une marge d'appréciation étatique qui devrait l'emporter .....	492
<b>II. La protection du droit à la vie au regard des autres droits et libertés : réflexions concrètes autour de deux cas d'actualité</b> .....	495
A) L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et le confinement dans un bateau de croisière .....	497
1. Le confinement peut-il être considéré comme une privation de liberté arbitraire au sens de l'article 5 CEDH? .....	498
a) Est-il question de privation de liberté ou de restriction à la liberté de circulation? .....	498
b) La justification épidémiologique et l'interdiction de l'arbitraire .....	500
2. Le droit à la santé des passagers confinés .....	503
B) L'interdiction de la discrimination et le port du masque obligatoire pour sortir de chez soi .....	509
1. Le confinement et la discrimination .....	510
2. Le masque comme condition obligatoire au déconfinement : une discrimination indirecte? .....	513
<b>Conclusion</b> .....	516



## Introduction

La mise entre parenthèses ou la réduction de certains droits et libertés fondamentaux pour maîtriser la crise sanitaire provoquée par la pandémie de COVID-19 apparaissent pour la plupart justifiées et naturelles à beaucoup de gens, professionnels du droit ou non. Cette relative absence d'inquiétude et de polémique témoigne d'un degré de confiance appréciable dans la capacité des institutions à ne pas restreindre plus que nécessaire ces droits et libertés fondamentaux pendant la pandémie, et à lever ces restrictions dès qu'il sera possible de le faire. La crainte de dérives sécuritaires, voire de l'émergence d'un « État fort » au despotisme grandissant, ne semble guère préoccuper les esprits. Mais cette confiance spontanée, entretenue par le climat de peur que distillent les médias à grand renfort de chiffres quotidiens et d'images « chocs », est-elle fondée?

Au sein du Conseil de l'Europe, organisation internationale régionale regroupant aujourd'hui 47 États et 830 millions de citoyens, cette question se pose avec acuité par référence à la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)<sup>1</sup>. Qu'il s'agisse de démocraties bien ancrées comme le Royaume-Uni, la Norvège ou l'Islande, ou encore de très jeunes démocraties issues de l'éclatement de l'URSS (Hongrie, Serbie, Russie, etc.) ou bien de pays où les bastions de la démocratie ne sont plus aussi assurés qu'ils l'étaient (par exemple, la Turquie), la question de l'application de la CEDH dans le contexte de la pandémie de COVID-19 se pose en termes différents, mais chaque État membre est touché d'une manière ou d'une autre. Le président de l'Assemblée parlementaire, Rik Daems, a rappelé dès le 23 avril 2020 que la plupart des droits garantis par la CEDH comportent déjà d'amples possibilités de dérogation de façon à pouvoir s'adapter aux nécessités économiques ou sociales du moment, mais qu'il existe tout de même des « lignes rouges » à ne pas dépasser<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sa dénomination officielle est : « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour concrétiser la protection des droits fondamentaux en Europe » (ci-après « CEDH »).

<sup>2</sup> Rik DAEMS, « COVID-19 : que l'exception ne devienne pas la "nouvelle normalité" », *APCE*, 23 avril 2020, Actualités, en ligne : <<https://pace.coe.int/fr/news/7861/covid-19-que-l-exception-ne-devienne-pas-la-nouvelle-normalite->>.

Les États parties à la CEDH auraient-ils pu s'abstenir de toute mesure pour lutter contre la pandémie de COVID-19 en tablant sur la construction d'une immunité collective? S'ils décidaient d'adopter des mesures, jusqu'où pourraient-ils aller? Dans la première partie de notre texte, nous tenterons de répondre à la première question en examinant la mesure des obligations étatiques découlant de l'article 2 CEDH, qui protège le droit à la vie, dans ce contexte de pandémie (I). Dans la seconde partie, à travers deux trames factuelles suggérées par des situations pratiques emblématiques, nous verrons comment certains droits et libertés garantis par la CEDH peuvent être mis en cause concrètement par des mesures comme le confinement ou le port d'un certain type de masque obligatoire dans les lieux publics (II). Au fil du texte, des références ponctuelles à la *Charte canadienne des droits et libertés* montreront que la discussion pourrait être prolongée en droit canadien, et nous suggérerons des réflexions alternatives, le cas échéant.

Précisons que notre étude porte essentiellement sur les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), analysés de façon prospective par rapport à des questions de fait nouvelles plutôt que sur une collection de doctrine. En effet, au contraire du volume conséquent de la doctrine consacrée au droit de l'Union européenne, les études sectorielles (par opposition aux manuels généraux) portant sur le droit européen des droits de la personne ne sont pas légion, au même titre que les revues spécialisées dans le domaine (comme par exemple la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*). Toute question nouvelle et spécifique doit donc être abordée de manière autonome par les chercheurs, sur la base des sources primaires étudiées dans le détail, notamment par la comparaison des trames factuelles<sup>3</sup>. Les sources secondaires génériques (manuels) appuieront donc le fil de notre recherche, et référence sera faite aux contributions plus spécifiques dans la mesure où elles existent.

---

<sup>3</sup> Pour deux rares exemples, en relation avec la pandémie, qui ne comportent pratiquement que des références jurisprudentielles : Ledi BIANKU, « La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », (2021) 125 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 15; Frédéric SUDRE, « Le droit à la protection de la santé, droit diffus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », (2021) 125 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 49.

## I. La Convention européenne des droits de l'homme à l'heure de la pandémie et des mesures d'urgence : quel droit à la vie?

L'article 2 CEDH garantit le droit à la vie de façon inconditionnelle, c'est-à-dire qu'il n'est pas permis aux États membres du Conseil de l'Europe d'y déroger formellement de manière générale au motif d'un quelconque état d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles<sup>4</sup>. L'article 2 lui-même prévoit certaines exceptions dans le cas où la mort surviendrait à la suite de l'utilisation d'une force meurtrière rendue absolument nécessaire par les circonstances, et au service d'un but légitime (comme défendre quelqu'un contre des violences illicites), mais ces exceptions sont de stricte interprétation, et la marge d'appréciation dont disposent les États dans leur mise en œuvre est très réduite<sup>5</sup>.

À l'instar d'autres droits garantis par la CEDH, l'interprétation faite de l'article 2 par la Cour EDH permet d'en dégager deux types d'obligations pour les États membres. Ceux-ci ont, au premier chef, l'obligation négative de ne pas donner la mort illégalement à travers leurs institutions et agents (par exemple, la police), donc de s'abstenir d'une « ingérence » dans le droit à la vie. Mais l'article 2 implique aussi une double obligation dite « positive » à charge des États membres, la première imposant à l'État de prendre les mesures nécessaires pour prévenir les décès prévisibles (volet « substantiel » ou matériel), et la seconde consistant en une obligation d'enquêter de manière indépendante et efficace en cas de décès suspect pour faire toute la lumière sur les circonstances de celui-ci (volet « procédural »)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 15 CEDH.

<sup>5</sup> *McCann, Farrell et Savage c. Royaume-Uni* [GC], 27 septembre 1995, n° 18984/91, § 147.

<sup>6</sup> Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2019, n° 103-112; Laurens LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations in the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016.



L'arrêt *Osman c. Royaume-Uni* (1998)<sup>7</sup> fournit une illustration bien connue de ce type d'obligations positives. Saisie d'un recours initié par le fils et la veuve d'un homme tué par un professeur d'école secondaire, qui manifestait de façon inquiétante des sentiments obsessionnels pour le fils de la victime, au point que la famille Osman avait demandé la protection de la police, la Grande Chambre a estimé que l'État défendeur n'avait pas manqué à son obligation positive substantielle de préserver la vie. En effet, une législation pénale suffisamment dissuasive existait, et la police avait pris des mesures concrètes raisonnables afin d'éviter la matérialisation d'un « risque certain et immédiat » pour la vie, mais l'attaque telle qu'elle était survenue n'était pas prévisible. Par contre, la Grande Chambre a également jugé que les recours offerts à la famille du défunt pour faire examiner de manière contradictoire l'action de la police étaient insuffisants, et que sous cet aspect procédural il y avait violation de l'article 2 CEDH<sup>8</sup>.

Comme on le voit, les obligations positives substantielles sont susceptibles de conférer à la CEDH une dimension horizontale, de telle sorte qu'elle s'applique le cas échéant à des litiges nés de l'action répréhensible d'un individu (le professeur dans l'arrêt *Osman*) sur un autre (la victime décédée), plutôt que de l'action directe d'un agent de l'État sur un individu. Toutefois, la théorie des obligations positives suppose que la violation potentielle réside alors dans l'inaction de l'État défendeur plutôt que dans l'acte du tiers qui a provoqué la mort<sup>9</sup> : en ce sens, l'application de la CEDH se situe à mi-chemin entre celle de la *Charte canadienne des droits et libertés* (application verticale aux seuls organes de l'État) et celle de la *Charte des droits et libertés de la personne* au Québec (application

---

<sup>7</sup> *Osman c. Royaume-Uni* [GC], 28 octobre 1998, n° 23452/94 (ci-après « arrêt *Osman* »).

<sup>8</sup> En l'espèce, il était question d'une violation de l'article 6§1 CEDH (violation du droit à un juge), mais elle sera examinée de façon conjointe avec la violation du volet procédural de l'article 2 : *Osman*, préc., note 7, §§ 123 et 153.

<sup>9</sup> Pour cette clarification, voir : David J. HARRIS, Michael O'BOYLE, E.P. BATES et Carla M. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 26 et 27.

---

horizontale proprement dite, ou *drittwirkung*, entre particuliers, en plus de l'application verticale classique).

Dans un contexte de crise sanitaire et de pandémie, le droit à la vie garanti par la CEDH s'analyse surtout au travers de la nature des obligations positives qui incombent aux États membres afin de protéger les personnes relevant de leur juridiction de la COVID-19 (A). Toutefois, au vu de l'ampleur des mesures préventives adoptées par la plupart des gouvernements européens pour lutter contre la pandémie, il est légitime de se demander si l'exécution de cette obligation positive ne se transforme pas en ingérence injustifiée (B).

A) L'obligation positive de préserver la vie : la justification « évidente » de mesures sanitaires drastiques

Confinement obligatoire généralisé, report de soins de santé considérés comme non essentiels, fermeture indéterminée des écoles, des entreprises, des services publics et des commerces : les mesures sanitaires préventives destinées à faire face à la pandémie de COVID-19 et à en endiguer la progression sont d'une ampleur sans précédent. Étaient-elles requises par l'obligation positive de préserver la vie telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour EDH dans des circonstances comparables? Traditionnellement, celle-ci s'est peu avancée dans le domaine de l'organisation des soins de santé (1), mais elle requiert l'adoption de mesures préventives énergiques dans le cas de désastres environnementaux prévisibles (2). Elle s'est également montrée favorable aux campagnes de vaccination publiques (3).

1. L'organisation des soins de santé dans les hôpitaux publics ou privés

Dans le domaine de l'organisation institutionnelle de la santé, la Cour EDH s'incline le plus souvent devant la marge d'appréciation des États membres. Il est aisé d'en comprendre la raison : comme les ressources financières sont limitées, les choix afférents à l'allocation de ces dernières relèvent en principe du jugement des États, non de celui de la

Cour EDH<sup>10</sup>. Ainsi, les droits garantis par la CEDH, notamment le droit à la vie, le droit au respect de la vie privée et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, ne sont pas interprétés comme garantissant de manière générale le droit à des soins de santé gratuits<sup>11</sup>. Plus fondamentalement, pour la majorité des juges européens, « la Convention doit rester à la porte de l'hôpital »<sup>12</sup>, en ce sens que l'obligation positive substantielle des États en matière de santé ne permet pas de mettre en cause leur responsabilité en cas de négligence médicale individuelle ou de manque de coordination entre les différents services d'un hôpital<sup>13</sup>. Il en va différemment de leur obligation positive d'enquête en cas de décès survenu en milieu hospitalier : à cet égard, une procédure adéquate, effective et indépendante devra faire la lumière sur les circonstances de la mort pour éviter que de tels événements se reproduisent<sup>14</sup>.

En ce qui concerne l'organisation des soins de santé, les obligations positives matérielles des États découlant de l'article 2 CEDH se limitent donc au devoir de « mettre en place un cadre réglementaire

<sup>10</sup> *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC], 19 décembre 2017, n° 56080/13, § 175 (ci-après « arrêt *Lopes de Sousa Fernandes* »); voir aussi *Pentiacova et autres c. Roumanie* (déc.), 4 janvier 2005, n° 14462/03. Les États sont en effet les mieux à même de juger des priorités en matière de santé ainsi que des limites à l'utilisation des ressources et des besoins sociaux de leur population : *Shelley c. Royaume-Uni* (déc.), 4 janvier 2008, n° 23800/06.

<sup>11</sup> *Wiater c. Pologne* (déc.), 15 mai 2012, n° 42290/08, où il était question du remboursement d'un médicament contre le cancer.

<sup>12</sup> Ainsi s'exprime, avec regret, le juge portugais dissident dans l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, § 93.

<sup>13</sup> C'est la conclusion « définitive » de l'arrêt « phare » en matière de soins de santé, *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, où la Grande Chambre a rejeté l'approche plus exigeante retenue par la Chambre lors du premier examen de l'affaire, voir notamment : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 214 et 215.

<sup>14</sup> Il est plus aisé d'engager la responsabilité de l'État sur cette base : à nouveau, voir la mise au point de l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 214-221, pour les principes généraux, mais aussi l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque (§§ 69-70) qui plaide pour le droit à la voie pénale. Voir également : *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], 17 janvier 2002, n° 32967/96, §§ 49-51; *Panaitescu c. Roumanie*, 10 avril 2012, n° 30909/06; Frédéric SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 2019, p. 152-155.

effectif » en vue de l'adoption de « mesures appropriées pour protéger la vie des patients » dans les hôpitaux tant publics que privés<sup>15</sup>. Ce n'est qu'en cas de négligence grossière de la part d'un État dans l'organisation de l'accès à des traitements d'urgence vitale, résultant le plus souvent d'un dysfonctionnement systémique des services hospitaliers, que la mort consécutive d'un patient pourra engager la responsabilité de l'État au titre de l'article 2<sup>16</sup>. Dans de rares cas, l'incurie des autorités est telle que le constat de violation de l'obligation positive substantielle en matière de soins de santé s'impose presque de lui-même : ainsi, dans l'arrêt *Nencheva et autres c. Bulgarie* (2013), où quinze enfants et jeunes adultes handicapés sont morts dans un centre d'accueil où ils avaient été placés par l'État en l'espace de trois mois, pendant l'hiver, faute de nourriture, de chauffage et de soins<sup>17</sup>.

Dans le contexte de la pandémie de COVID-19, l'application de ces principes ne semble pas poser de problème particulier quant à la réorganisation des services hospitaliers pour faire face à l'afflux de personnes infectées. Ou bien les hôpitaux n'ont tout simplement pas assez de moyens pour soigner autant de malades, et la Cour EDH ne constatera pas de manquement à l'article 2 CEDH dans son volet substantiel parce que les ressources sont plus rares dans certains États que dans d'autres, et qu'il appartient à l'État membre de décider au mieux de leur affectation. Ou bien les hôpitaux ont suffisamment de moyens et de lits pour s'occuper de tous dans des conditions raisonnablement décentes, et la Cour EDH se

---

<sup>15</sup> *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 166 et 186. Voir également l'arrêt *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, n° 78103/14, qui conforte la grande marge d'appréciation des États membres : F. SUDRE, préc., note 3, p. 23.

<sup>16</sup> *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 191-192. Il en a été jugé ainsi, par exemple, dans le cas d'un nouveau-né décédé après avoir été ballotté d'un hôpital à l'autre à la recherche de la couveuse qui lui était indispensable dans une région qui en manquait cruellement : *Mehmet Senturk c. Turquie*, 9 avril 2013, n° 13423/09. Voir aussi : *Asiye Genc c. Turquie*, 27 janvier 2015, n° 24109/07; *Elena Cojocarui c. Roumanie*, 22 mars 2016, n° 74114/12; *Aydogdu c. Turquie*, 30 août 2016, n° 40448/06.

<sup>17</sup> *Nencheva et autres c. Bulgarie*, 18 juin 2013, n° 48609/06. Voir aussi, pour le traitement extrêmement négligent d'un jeune handicapé par des structures d'accueil roumaines, l'arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], 17 juillet 2014, n° 47848/08.

mêlera encore moins de juger leur mode de fonctionnement sur la base de l'article 2 si d'aventure un patient s'en plaignait<sup>18</sup>. Quant aux décisions de transférer ou non un malade atteint de la COVID-19 d'une maison de retraite vers l'hôpital, ou vers une unité de soins intensifs, la marge d'appréciation des États est d'autant plus grande qu'elle s'appuie en principe sur le jugement d'un médecin, et que la Cour EDH tendra à respecter l'expertise de celui-ci au motif qu'elle implique « une connaissance spéciale et approfondie du sujet »<sup>19</sup>. Par contre, il ne faudrait pas que les services d'urgence refusent à des patients atteints d'autres pathologies des « traitements d'urgence vitale », faute de s'être organisés pour continuer à les accueillir en temps de pandémie, car cela pourrait représenter une violation de l'obligation positive découlant de l'article 2.

## 2. La prévention des atteintes à la santé dans l'environnement extérieur

La CEDH ne garantit pas un droit à la santé en tant que tel, et l'approche de la Cour EDH en la matière est donc nécessairement fragmentée<sup>20</sup>. Si le droit à la vie de l'article 2 a été mis à contribution pour définir, de façon minimaliste comme nous venons de le voir, la responsabilité des États quant aux soins prodigués dans les hôpitaux, il a également été utilisé dans le contexte des accidents industriels et des désastres naturels prévisibles ayant entraîné des pertes de vies humaines. Toutefois, l'article 2 n'est alors pas le seul à être invoqué : lorsque le danger environnemental se révèle potentiel plutôt qu'actuel, ou prend la forme d'une pollution qui porte atteinte à la santé des riverains, mais n'a pas encore tué, c'est la protection de la vie privée et familiale garantie par l'article 8 CEDH qui est appelée en renfort.

---

<sup>18</sup> Dans le même sens : L. BIANKU, préc., note 3, p. 25 et 26.

<sup>19</sup> *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, § 199, citant l'arrêt *Pockajevs c. Lettonie* (déc.), 21 octobre 2004, n° 76774/01. Toutefois, il en irait différemment si la politique de transfert était fixée au préalable par les autorités, et que les médecins devaient s'y soumettre contre leur propre jugement.

<sup>20</sup> Pour une excellente présentation, voir le jugement dissident du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 29-59, et F. SUDRE, préc., note 3.

---

Alors qu'elle demeurait prudente sur l'existence de mesures sanitaires préventives au titre de l'obligation positive de l'État de préserver la vie en matière de soins de santé (a), la Cour EDH est allée plus loin quand le danger pour la vie et la santé résulte de catastrophes naturelles prévisibles ou d'activités industrielles dangereuses pour la population avoisinante (b).

a) Une obligation sanitaire préventive théorique

Dans l'arrêt *Shelley c. Royaume-Uni* (2008)<sup>21</sup>, un détenu anglais alléguait que l'absence d'un programme d'échange de seringues usagées au sein de la prison accroissait indûment la probabilité qu'il contracte une infection mortelle, en violation de l'article 2 ou 8 CEDH. La Cour EDH a estimé que, au vu des données statistiques et autres informations fournies par le gouvernement sur le taux des infections en prison, la menace n'était pas suffisamment grave pour impliquer le droit à la vie protégé par l'article 2, mais qu'elle pouvait par contre entrer dans le champ d'application de l'article 8, qui, à travers la protection de la vie privée, est interprété comme garantissant le droit à l'intégrité physique et morale. C'est donc le caractère mortel ou non de la menace qui permet d'établir une démarcation entre l'application de ces deux dispositions, et non la mort de la victime elle-même. Tout en décidant que le requérant n'avait pas démontré que le manque de seringues propres avait eu un impact négatif concret sur sa vie privée, et que sa demande était à cet égard manifestement mal fondée, la Cour EDH a précisé que l'article 8 ne pouvait être interprété comme imposant aux États des obligations sanitaires de type préventif, mais elle n'a pas exclu qu'il puisse en être autrement si le niveau de la menace était tel qu'il entre dans le champ d'application des articles 2 ou 3 CEDH<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> *Shelley c. Royaume-Uni*, préc., note 10.

<sup>22</sup> L'article 3 CEDH, dont il sera question dans la seconde partie de notre texte, interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Il entretient avec l'article 2 la même relation que l'article 8 en ce qui concerne la gravité des conséquences de la violation : si le mauvais traitement est de nature à entraîner la mort ou la cause effectivement, on applique l'article 2 plutôt que l'article 3.

- b) La pandémie vue comme un évènement incontrôlable susceptible de causer des pertes humaines importantes

C'est dans le domaine des désastres environnementaux causés par la nature ou l'activité humaine que la Cour EDH a avancé une théorie plus audacieuse d'obligations sanitaires positives de nature préventive à charge des États membres, et l'arrêt *Boudaïeva c. Russie* (2008) en fournit l'illustration la plus pertinente dans le contexte de l'application à la pandémie de COVID-19<sup>23</sup>. À la suite des dommages causés par plusieurs coulées de boue dans une ville du Caucase, une digue avait été construite, mais elle n'était plus entretenue depuis un certain temps de manière satisfaisante. Les autorités en avaient été averties sans que rien ne soit fait. Il y a eu par la suite de nouvelles coulées meurtrières, et les familles endeuillées ont porté leur action jusqu'à Strasbourg. La Cour EDH leur a donné raison en constatant une violation du volet matériel de l'article 2 CEDH : en ne prenant pas les mesures d'encadrement et de protection effective des citoyens alors qu'il existait un risque connu pour la vie humaine dans cette région, la Russie avait manqué à son obligation positive de protéger la vie des habitants touchés par ce risque. Appliquant les principes élaborés quatre ans plus tôt quant à la prévention des accidents industriels dans l'arrêt *Oneryildiz c. Turquie* (2004)<sup>24</sup>, la Cour EDH rappelle que le choix des mesures concrètes appartient en principe à l'État membre et ressort de sa marge d'appréciation, traditionnelle en matière de santé quand il s'agit de répartir des ressources limitées<sup>25</sup>, mais qui se révèle d'autant plus étendue ici que le problème se pose dans un domaine technique et social complexe, et qu'il est question d'un accident naturel incontrôlable<sup>26</sup>. Devant de tels phénomènes, « la prévention ne peut consister qu'à adopter des mesures visant à la réduction de leurs

<sup>23</sup> *Boudaïeva c. Russie*, 20 mars 2008, n° 15339/02 (ci-après « arrêt *Boudaïeva* »).

<sup>24</sup> *Oneryildiz c. Turquie* [GC], 30 novembre 2004, n° 48939/99, §§ 89 et 90.

<sup>25</sup> *Boudaïeva*, préc., note 23, § 135, rappelant le principe posé dans l'arrêt *Osman*, préc., note 7, § 116.

<sup>26</sup> *Boudaïeva*, préc., note 23, §§ 134 et 135. Ce caractère incontrôlable est également mis en exergue dans l'arrêt *M. Özel et autres c. Turquie*, 17 novembre 2015, n° 14350/05, § 173, à propos de séismes récurrents dans une région.

effets pour atténuer au maximum leur dimension catastrophique »<sup>27</sup>. On pourrait en dire autant de la propagation du coronavirus au sein de la population, qui, au même titre qu'un séisme ou un glissement de terrain, emporte pour les autorités une obligation de prévention consistant « essentiellement à adopter des mesures renforçant la capacité de l'État à faire face à ce type de phénomènes naturels violents et inattendus »<sup>28</sup>. Et si la Cour EDH ne sanctionne habituellement l'inaction que devant un risque raisonnablement prévisible, ce n'est pas toujours le cas<sup>29</sup>.

Parmi les obligations positives préventives destinées à protéger la vie et la santé tant des individus que des familles, l'obligation d'informer les personnes visées est primordiale et elle résulte autant de l'article 2 que de l'article 8 CEDH car, en matière de risques environnementaux, les principes qui gouvernent leur application sont identiques, et celle-ci n'est qu'une affaire de degré<sup>30</sup>.

Pour apprécier si l'État a satisfait à ces obligations de manière satisfaisante, la Cour EDH suggère dans l'arrêt *Boudaïeva* de considérer la légalité, appréciée selon les exigences de la législation nationale, des actes et des omissions des autorités, ainsi que « la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées et la complexité de la question surtout lorsque sont en jeu des intérêts concurrents protégés par la Convention »<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *M. Özel et autres c. Turquie*, préc., note 26; dans le même sens : voir l'arrêt *Boudaïeva*, préc., note 23, § 137.

<sup>28</sup> *M. Özel et autres c. Turquie*, préc., note 26.

<sup>29</sup> Dans l'arrêt *Georgel et Georgeta Stoicescu c. Roumanie*, 26 juillet 2011, n° 9718/03, la Cour EDH a estimé l'État défendeur responsable d'attaques par des chiens errants à Bucarest parce que les autorités n'avaient pris aucune mesure pour enrayer ce problème, alors qu'il n'était même pas établi qu'elles en avaient eu connaissance.

<sup>30</sup> *Boudaïeva*, préc., note 23, §§ 132-133; *Oneryildiz c. Turquie*, préc., note 24, §§ 89, 90 et 160; *Guerra et autres c. Italie* [GC], 19 février 1998, n° 14967/89, § 60; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28 février 2012, n° 17423/05, § 159.

<sup>31</sup> *Boudaïeva*, préc., note 23, § 136, citant l'arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], 8 juillet 2003, n° 36022/97, § 128, et l'arrêt *Fadeïeva c. Russie*, 9 juin 2005, n° 55723/00, §§ 96-98.



Enfin, cette jurisprudence s'applique également aux risques environnementaux auxquels sont exposés des travailleurs dans le cadre de leurs activités<sup>32</sup>. Le fait de ne pas informer les travailleurs du risque réel auquel ils doivent faire face, de ne pas se doter d'une législation adéquate pour les protéger et de ne prendre aucune autre mesure appropriée pour leur sécurité appelle un constat de violation des articles 2 ou 8 CEDH en fonction de la gravité du risque, qui doit en principe, de nouveau, être connue des autorités<sup>33</sup>.

Ainsi, l'approche suggérée par les obligations positives préventives associées à la protection du droit à la vie (ou à la vie privée et familiale) dans le contexte des atteintes à la santé issues de l'environnement (plutôt que d'un milieu hospitalier proprement dit) s'avère particulièrement fructueuse pour analyser les devoirs des États membres du Conseil de l'Europe qui doivent affronter la pandémie de COVID-19.

À l'aune de ce patron théorique et en particulier de cet angle de catastrophe de grande ampleur annoncée par les experts, notre premier constat est que les États assujettis à la CEDH ne pouvaient demeurer simplement inactifs. Une absence complète de mesures préventives aurait certainement constitué une violation des articles 2 et 8 CEDH<sup>34</sup>. Quant au choix des mesures elles-mêmes et de leur portée, elles seraient sans doute considérées comme légitimes par la Cour EDH, et leur variété même ne poserait pas problème étant donné l'ample marge d'appréciation qui serait reconnue aux autorités nationales. En effet, compte tenu à la fois de la

<sup>32</sup> Citons la présence d'amiante dans les locaux de travail (*Brincat et autres c. Malte*, 24 juillet 2014, n° 60908/11, avec un double constat de violation des articles 2 et 8 CEDH), ou les radiations résultant d'essais militaires pour les soldats (*L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, n° 23413/94; *Roche c. Royaume-Uni* [GC], 19 octobre 2005, n° 32555/96).

<sup>33</sup> Cependant, la Cour EDH peut, ici encore, estimer que les autorités auraient dû savoir, compte tenu des informations scientifiques connues à l'époque : *Brincat et autres c. Malte*, préc., note 32, §§ 105 et 106, au sujet des risques de l'amiante.

<sup>34</sup> Frédéric BOUHON, Andy JOUSTEN, Xavier MINY et Emmanuel SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de COVID-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du Crisp*, 2020/1, n° 2446, p. 5, aux pages 7 et 8; L. BIANKU, préc., note 3, p. 16-20.

---

complexité du problème, de l'urgence (qui dispense de la nécessité de réaliser des enquêtes approfondies pour éclairer le processus décisionnel) et des conflits potentiels entre intérêts individuels protégés, dont nous reparlerons ci-dessous et dans la seconde partie de notre texte, les États disposent d'une indéniable liberté dans les choix opérationnels présidant à leur stratégie de prévention<sup>35</sup>. Même quant au respect par les États de leur propre législation, « le fait pour l'État concerné de ne pas mettre en œuvre une mesure déterminée prévue par le droit interne ne l'empêche pas de remplir son obligation positive d'une autre manière »<sup>36</sup> : c'est dire si la latitude est importante en présence de menaces environnementales de grande ampleur.

### 3. Une vaccination obligatoire?

Il nous reste à nous demander, pour conclure l'étude des obligations positives préventives des États qui se trouvent aux prises avec une pandémie, si un vaccin providentiel protégeant de la COVID-19 devrait, une fois découvert et approuvé, être rendu obligatoire au titre de ces obligations.

La question n'a jamais été posée telle quelle à la Cour EDH mais, au vu de la marge d'appréciation traditionnelle des États en matière de santé dont il a été question jusqu'à présent, la réponse est vraisemblablement négative. Les décisions existantes relatives aux campagnes de vaccination publique concernent soit des campagnes de vaccination obligatoire auxquelles les requérants souhaitent se soustraire pour des motifs philosophiques ou personnels en alléguant une violation de leur vie privée<sup>37</sup>, soit l'effet indésirable d'un vaccin (obligatoire ou non) ayant entraîné la mort ou une maladie grave, et dont l'indemnisation des

---

<sup>35</sup> Pour un même constat, voir : L. BIANKU, préc., note 3, p. 22.

<sup>36</sup> *Fadeïeva c. Russie*, préc., note 31, § 96, relayé par l'arrêt *Boudaïeva*, préc., note 23, § 134.

<sup>37</sup> Citons par exemple, dans les arrêts *Acmanne et autres c. Belgique*, 10 décembre 1984, n° 10435/83 (Commission EDH), et *Boffa et autres c. Saint-Marin*, 15 janvier 1998, n° 26536/95 (Commission EDH), rejetant les requêtes comme manifestement mal fondées au regard de l'article 8.

victimes par les autorités est contestée<sup>38</sup>. Il a aussi été question, dans une telle hypothèse, du défaut d'information par l'État quant à de tels effets secondaires potentiels<sup>39</sup>.

Un recours probable, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, reposerait plutôt sur la disponibilité d'un tel vaccin pour toutes les personnes qui souhaiteraient en bénéficier alors que les ressources sont limitées, mais là encore il a été noté que la Cour EDH affirme avec constance qu'il appartient alors aux États de décider au mieux dans de telles circonstances<sup>40</sup>.

B) Une obligation positive qui est aussi une ingérence? Le choix entre la peste et le choléra

Les mesures destinées à lutter contre la propagation de la COVID-19 lèsent inmanquablement, nous y reviendrons dans la seconde partie de notre texte, d'autres droits et libertés individuels, mais elles découlent de l'obligation positive faite aux États membres du Conseil de l'Europe de protéger la vie. Cependant, en parallèle, ces restrictions sanitaires elles-mêmes, par leur ampleur et leur durée, sont déjà en train de causer des dommages conséquents et parfois irréversibles à la vie de nombreuses personnes. À ce titre, pourraient-elles être vues comme une ingérence dans ce même droit à la vie (1)? Et si c'est le cas, une telle ingérence pourrait-elle être considérée comme justifiée (2)?

1. L'autre versant du droit à la vie

Les mesures sanitaires destinées à endiguer la progression de la COVID-19 visent ouvertement, avec une efficacité et un succès variables

<sup>38</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *Salvetti c. Italie* (déc.), 9 juillet 2002, n° 42197/98.

<sup>39</sup> *Association of Parents c. Royaume-Uni*, 12 juillet 1978, n° 7154/75 (Commission EDH), où l'on constate une évaluation paternaliste du droit à l'information au travers de sa non-pertinence pour des profanes (les parents), plutôt que pour des professionnels de la santé, ce qui serait inacceptable à l'heure actuelle.

<sup>40</sup> *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 13 novembre 2012, n° 47039/11; pour le principe, D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 524-526.

---

selon les particularités de chaque pays<sup>41</sup>, à protéger les personnes que le coronavirus pourrait tuer. Comme on continue à ignorer qui sont précisément ces personnes, même si les données statistiques indiquent que certaines catégories sont plus vulnérables que d'autres, les États décident par principe de protéger tout le monde, y compris par l'adoption de mesures de confinement destinées à éviter que des personnes infectées asymptomatiques contaminent des individus vulnérables<sup>42</sup>. L'ampleur et la durée des mesures sont donc dictées par l'imprécision de la menace quant à son mode de propagation et aux symptômes qui la révèlent, mais surtout quant à sa cible.

Le problème est que l'ensemble des restrictions sans précédent destinées à lutter contre la pandémie de COVID-19 sont susceptibles, par leur durée, d'engendrer une atteinte à la vie qui pourrait rivaliser avec celle que ces mesures sont supposées prévenir. Le premier aspect de cette ingérence potentielle a trait à la réorganisation des structures de soins pour augmenter la capacité d'accueil des patients infectés par le coronavirus qui présentent des symptômes inquiétants. Plus cette priorité accordée à la COVID-19 perdure, plus les autres malades, dont beaucoup sont en danger de mort également, voient leur chance de survie réduite faute de traitements appropriés en temps utile. En dépit de louables tentatives de communication de la part des autorités, de nombreux patients souffrant d'autres pathologies n'osent plus se rendre aux urgences. Les visites de routine chez le médecin sont reportées ou ont lieu à distance, la vaccination des jeunes enfants prend du retard, et les examens de dépistage ou d'exploration, au même titre que des opérations chirurgicales cruciales, sont différés. Les personnes souffrant de troubles mentaux ont du mal à poursuivre leur traitement, et le confinement lui-même concourt à fragiliser la santé mentale. Sans mettre en cause la bonne volonté de la plupart des États pour tenter de réduire de tels dommages collatéraux, nous constatons qu'en pratique les atteintes à la santé des patients qui ne

---

<sup>41</sup> Les pays qui ont continué à investir dans leur capacité hospitalière, dont l'administration fonctionne de manière efficace et dont la population tend à mieux respecter les normes tant juridiques que sociales sont naturellement avantagés, mais la densité de population et les choix politiques comptent également.

<sup>42</sup> Le même constat est fait par L. BIANKU, préc., note 3, p. 24 et 25.

souffrent pas de la COVID-19 croissent avec la prolongation des mesures exceptionnelles destinées à protéger les malades touchés par le coronavirus.

Le second aspect de cette problématique de conflit entre différents droits à la vie réside dans les conséquences dramatiques des mesures de confinement et de fermeture des services, des commerces et des entreprises sur la santé et la vie des personnes qui ne retrouveront pas leur emploi lorsque ces mesures prendront fin. De la même façon que les épidémiologistes annonçaient, statistiques à l'appui, un nombre de morts sans précédent si des mesures sanitaires énergiques n'étaient pas prises, les spécialistes de l'économie prédisent une catastrophe économique qui sera au moins égale à la grande dépression. Or, contrairement au poncif qui consiste à opposer idéologiquement l'une à l'autre, l'économie ne peut être séparée concrètement de la santé des personnes : le chômage et la précarité sont périlleuses pour leur propre santé physique et mentale, mais aussi celle de leurs proches et dépendants, et un État en récession ne peut plus assurer la qualité des soins de santé publique comme il le souhaiterait. Il en va de même de la protection et des droits de groupes vulnérables.

Dans cette optique de conflit entre deux aspects du droit à la vie, l'adoption par certains gouvernements de mesures préventives s'appuyant sur un confinement généralisé de longue durée revenait à choisir entre une peste immédiate et un choléra différé, dont les taux de mortalité respectifs apparaissent aussi incertains que les variables sur lesquelles se fondent les modèles statistiques censés les prédire.

## 2. Une marge d'appréciation étatique qui devrait l'emporter

Le respect par l'État de son obligation positive de préserver la vie est-il donc susceptible de déboucher sur une ingérence injustifiée au regard des articles 2 et 8 CEDH? La Cour EDH s'est déjà prononcée en ce sens dans l'arrêt *Hanzelkovi c. République tchèque* (2014)<sup>43</sup>, qui impliquait un confinement individuel imposé dans l'intérêt présumé d'un tiers. M<sup>me</sup> Hanzelkovi avait décidé de rentrer chez elle sitôt après son

---

<sup>43</sup> *Hanzelkovi c. République tchèque*, 11 décembre 2014, n° 43643/10.

accouchement, en dépit de la politique de l'hôpital qui préconisait un séjour à l'hôpital d'au moins 72 heures même lorsque l'enfant paraissait en bonne santé, ce qui était le cas. Les autorités de l'hôpital ayant contacté les services sociaux, la police était venue rechercher l'enfant *manu militari* pour le reconduire à la clinique contre la volonté de ses parents. La majorité de la Cour EDH a conclu à une violation de l'article 8, car elle estimait l'ingérence disproportionnée, notamment au vu de l'impact de l'absence de la mère pendant les premiers jours de l'enfant et du caractère théorique de la menace planant sur la santé de celui-ci<sup>44</sup>.

Par contre, il est difficile à quelques-uns de contester des mesures sanitaires préventives adoptées au nom de l'intérêt collectif. La jurisprudence relative aux campagnes de vaccination publiques en témoigne. C'est en effet au requérant qu'il appartient de prouver positivement que cette vaccination mettrait sa vie en péril, sans quoi « la solidarité humaine » oblige « l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables »<sup>45</sup>. Il est également admis qu'une politique de santé publique peut varier d'un pays à l'autre, et qu'un État respecte d'autant mieux la CEDH qu'il adapte sa stratégie sanitaire en fonction de l'évolution des circonstances, pour minimiser l'ingérence possible dans d'autres droits garantis<sup>46</sup>. Même lorsque le lien de causalité entre la campagne de santé publique (en l'occurrence, la vaccination) et l'atteinte au droit à la vie des requérants est établi (la mort de certains enfants à la suite de complications rares résultant du vaccin), il n'y a pas non plus de violation de l'article 2 CEDH :

[S]i, dans le cadre d'une campagne de vaccination dont l'unique objectif est de protéger la santé de la communauté par l'éradication des maladies infectieuses, il se produit un petit nombre d'accidents mortels, on ne saurait dire qu'il y a eu intention d'infliger la mort au sens de l'article 2, paragraphe 1, ni

---

<sup>44</sup> Pour la minorité, par contre, il aurait fallu déférer à l'expertise du personnel soignant quant à la pertinence de la pratique de confinement postnatal sur la santé du nouveau-né.

<sup>45</sup> *Acmanne et autres c. Belgique*, préc., note 37; dans le même sens, voir : l'arrêt *Boffa et autres c. Saint-Marin*, préc., note 37.

<sup>46</sup> *Acmanne et autres c. Belgique*, préc., note 37.

que l'État a omis de prendre les mesures voulues pour protéger la vie<sup>47</sup>.

La différence avec le « choléra » de la dépression économique et de la mortalité en résultant se situe entre ces deux cas extrêmes : d'une part, le lien de causalité ne serait pas aisé à démontrer dans de nombreux cas mais, d'autre part, le taux de mortalité serait loin d'être négligeable.

Au final toutefois, la marge d'appréciation des États membres permettrait sans doute de conclure à la non-violation du droit à la vie des victimes des mesures préventives justifiées par la lutte contre la pandémie de COVID-19. Nous avons déjà dit que cette latitude demeurerait le principe quant au choix des politiques de santé publique et à l'allocation de ressources limitées (par exemple, celles que requiert la multiplication des tests posée comme condition d'un déconfinement réussi). L'urgence représente un autre facteur favorable aux États membres : la proportionnalité des mesures sanitaires préventives doit être appréciée au moment de leur adoption, non au vu des conséquences dramatiques qu'elles pourraient engendrer par la suite<sup>48</sup>. De plus, nous l'avons déjà souligné, la Cour EDH tend à s'incliner devant l'expertise des professionnels de la santé : l'État ayant fondé ses mesures préventives sur leurs recommandations, il ne saurait donc *a priori* être taxé d'avoir agi de façon disproportionnée. Enfin, les différentes mesures mises en place par les autorités afin de soutenir tant les secteurs de l'économie touchés par le confinement et les fermetures imposées que les patients qui ne souffrent pas de la COVID-19 mais sont privés de traitements adéquats jouent également en faveur d'une absence de violation de la CEDH. Si l'État a fait du mieux qu'il le pouvait dans ces circonstances exceptionnelles, au nom de la protection du droit à la vie de tous, ce n'est pas la Cour EDH à Strasbourg, « qui se trouve sous

---

<sup>47</sup> *Association of Parents c. Royaume-Uni*, préc., note 39.

<sup>48</sup> F. BOUHON et al., préc., note 34, p. 37. Encore faut-il que ces conséquences soient imprévisibles, ce qui est vraisemblable si le confinement envisagé était de courte durée. Toutefois, l'autre catastrophe sanitaire, celle qui découle de la débâcle économique provoquée par un confinement plus long, devient raisonnablement prévisible au fur et à mesure de la prolongation du confinement.

une cloche de verre, à mille kilomètres de là »<sup>49</sup>, dont l'autorité demeure consensuelle et soumise au principe de subsidiarité<sup>50</sup>, qui viendra le déclarer responsable d'une violation de l'article 2 CEDH au motif que la lutte contre la peste immédiate a fini par engendrer le choléra de demain.

## II. La protection du droit à la vie au regard des autres droits et libertés : réflexions concrètes autour de deux cas d'actualité

Les mesures sanitaires adoptées par les États pour protéger le droit à la vie des personnes relevant de leur juridiction lèsent naturellement d'autres droits et libertés garantis par la CEDH et ses protocoles additionnels : la liberté de circulation et la liberté d'association, le droit à l'instruction, le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>51</sup>, notamment, sont indéniablement restreints par les mesures de confinement, de fermeture des écoles et d'interdiction des rassemblements. De telles ingérences peuvent être justifiées à certaines conditions inscrites dans les textes conventionnels eux-mêmes, mais les États peuvent aussi déroger à ces droits et libertés au motif de l'état d'urgence consécutif à la pandémie de COVID-19<sup>52</sup>.

Pour illustrer de tels conflits de droits, imaginons deux situations concrètes suscitées par la pandémie de COVID-19 : le confinement dans

---

<sup>49</sup> Ainsi s'exprimait le juge italien Bonello dans l'arrêt *Lautsi c. Italie* [GC], 18 mars 2011, n° 30814/06, § 15 de son jugement concordant. La question en litige, très délicate, concernait la présence de crucifix dans les écoles italiennes au mépris apparent du droit à l'instruction et de la liberté de religion des requérants, mais en accord avec la culture catholique encore très présente en Italie.

<sup>50</sup> Ceci signifie que la Cour EDH n'intervient qu'en dernier ressort, et qu'il appartient aux États membres, au premier chef, de remédier aux violations des droits fondamentaux relevant de leur juridiction : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 17 et 18. L'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 15 prévoit d'ailleurs l'inscription explicite de ce principe de subsidiarité, de concert avec celui de la marge d'appréciation des États membres, dans le préambule de la CEDH, mais il n'est pas entré en vigueur à ce jour (la Bosnie et l'Italie doivent encore le ratifier).

<sup>51</sup> Ce sont respectivement les articles 2 du protocole additionnel n° 4 (circulation), 11 CEDH (association), 2 du premier protocole additionnel (instruction) et 8 CEDH (vie privée et familiale).

<sup>52</sup> Art. 15 CEDH.



les bateaux de croisière et, par extension, dans les prisons, les centres fermés ou à la maison (A), et le port d'un certain type de masque obligatoire comme condition de déconfinement (B). Chaque situation sera présentée sous la forme d'un cas pratique susceptible d'être soumis à la Cour EDH, car celle-ci ne peut connaître que de violations spécifiques et non d'une action populaire en vue de contrôler la conformité à la CEDH d'un texte législatif ou constitutionnel<sup>53</sup>. Toutefois, gardons à l'esprit que de tels recours ne sont pas pour demain : en effet, compte tenu de la règle de recevabilité tenant à l'épuisement des voies de recours internes<sup>54</sup> et de l'engagement de la Cour EDH<sup>55</sup>, il faut d'ordinaire au moins quatre ou cinq ans au minimum après le dépôt d'une requête pour obtenir un jugement sur le fond.

---

<sup>53</sup> La Cour EDH n'est pas une cour constitutionnelle, et la CEDH se distingue à cet égard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]. Pour une illustration, voir l'arrêt *Le Mailloux c. France* (déc.), 3 décembre 2020, n° 18108/20, où la Cour EDH refuse d'examiner en général la conformité par rapport à la CEDH des mesures adoptées par l'État français pour lutter contre la pandémie : le requérant doit pouvoir démontrer qu'il en est « victime » de façon spécifique (art. 34 CEDH).

<sup>54</sup> Cette condition de recevabilité impose au requérant de se prévaloir de toutes les possibilités de recours au niveau national avant de déposer sa requête à Strasbourg (art. 35§1 CEDH) et qui est interprétée de façon de plus en plus restrictive (donc défavorable au requérant) par la Cour EDH : F. SUDRE, préc., note 14, p. 907-909; voir, par exemple, l'arrêt *Uzun c. Turquie* (déc.), 30 avril 2013, n° 10755/13.

<sup>55</sup> Cet état de chose n'a cessé de croître depuis l'instauration du droit de recours individuel, la suppression de la Commission comme organe de filtrage et l'adhésion de nombreux pays de l'Est à la suite de la désagrégation de l'URSS. Pour en mesurer la portée, il suffit de comparer la deuxième et dernière partie du numéro de référence de chaque arrêt, qui indique l'année en abrégé (par exemple, n° 10755/13 montre que le recours a été introduit en 2013) avec la date du jugement.

A) L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et le confinement dans un bateau de croisière

L'arrêt *Laurier c. Royaume-Uni*  
(req. n° 3245/22)

Pendant la traversée de l'Atlantique qu'effectue le Queen Mary 2, en provenance de New York, plusieurs passagers et membres d'équipage présentent des symptômes de la COVID-19. À l'arrivée à Southampton, le paquebot est autorisé à mouiller dans le port anglais, mais personne ne peut en débarquer. Des tests confirment les cas de COVID-19 à bord, et les autorités anglaises refusent aux responsables du bateau la permission d'évacuer les passagers vers des hôpitaux ou des centres de confinement à terre par crainte d'une contagion, alors que l'île est apparemment protégée de l'épidémie à ce stade. Le confinement à bord s'organise tant bien que mal. Les passagers ne sont pas autorisés à sortir de leur cabine. Parmi eux, M. Laurier, passager canadien, s'inquiète de voir diminuer ses réserves de médicaments alors qu'il souffre de dépression et d'anxiété. Son épouse, quant à elle, n'a plus d'ampoules injectables, vitales en cas de choc anaphylactique (elle est très allergique aux piqûres d'abeilles). Ils signalent ce double problème à de nombreuses reprises au personnel de bord, mais aucun médicament ne leur est fourni.

Dix jours plus tard, M<sup>me</sup> Laurier se fait piquer par une abeille : son mari ne peut lui faire l'injection salvatrice, et elle meurt en quelques heures. Deux jours après son décès, seul dans la cabine, M. Laurier fait une tentative de suicide et en conserve d'importantes séquelles.

Par la suite, M. Laurier tente d'obtenir réparation de la part des autorités anglaises, sans succès. Il porte alors l'affaire devant la Cour EDH.

L'arrêt *Laurier* met en scène une quarantaine imposée pour des raisons sanitaires : le confinement des passagers dans leur cabine peut-il justifier l'application de l'article 5 CEDH, qui interdit les privations de liberté arbitraires (1)? Et si même ce confinement s'avère justifié,

---

comment la CEDH protège-t-elle le droit à la santé des passagers ainsi confinés (2)?

1. Le confinement peut-il être considéré comme une privation de liberté arbitraire au sens de l'article 5 CEDH?

Le cas des marins consignés dans leur cabine pendant treize jours par l'armée française mène droit au premier type de violation de la CEDH dont M. Laurier pourrait se plaindre à Strasbourg : la privation de liberté arbitraire (art. 5). Cependant, encore faut-il que ce confinement ne se réduise pas à une simple restriction à la liberté de circuler (a) et qu'il ne soit pas justifié par la nécessité d'empêcher la propagation d'une maladie contagieuse (b).

- a) Est-il question de privation de liberté ou de restriction à la liberté de circulation?

L'article 5 CEDH consacre une liberté fondamentale dans toute société démocratique, celle de ne pas être emprisonné de façon arbitraire. Cette privation de liberté peut intervenir hors de tout contexte pénal, et impliquer l'action de personnes ou d'entités privées plutôt que d'agents de l'État : les obligations de ce dernier sont donc d'ordre tant négatif que positif<sup>56</sup>. En soi, le fait que ceux qui exercent un contrôle sur les époux Laurier soient les employés d'une entreprise privée ne dédouane donc pas d'emblée le Royaume-Uni au regard de l'article 5.

Par contre, les modalités du confinement du couple en cabine pourraient donner lieu à discussion. Dans les divers cas impliquant des bateaux de croisière pendant la pandémie de COVID-19, ces modalités ont considérablement varié. Si, comme on le lit dans notre encadré, les passagers ne sont pas autorisés à quitter leur cabine, la privation de liberté se révèle indiscutable. Qu'en est-il s'ils peuvent sortir à certains moments de la journée pour aller prendre l'air ou se restaurer?

---

<sup>56</sup> Voir en particulier l'arrêt *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, n° 61603/00, où une adolescente avait été internée contre son gré dans une clinique psychiatrique privée; pour le principe, D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 300 et 301.

La distinction entre une « privation de liberté », visée par l'article 5 CEDH, et la simple restriction à la liberté de circulation (garantie par l'article 2 du quatrième protocole additionnel à la CEDH, que le Royaume-Uni n'a pas ratifié), n'est pas toujours aisée à établir en pratique<sup>57</sup>. Depuis l'arrêt *Guzzardi c. Italie* (1980), l'approche de la Cour EDH se fonde sur les circonstances concrètes de chaque espèce et se concentre sur le type de contrôle exercé au jour le jour sur la vie de l'individu concerné (dans son genre, sa durée, ses effets et ses modalités d'exécution)<sup>58</sup>. M. Guzzardi, suspecté d'activités mafieuses, avait été assigné à résidence sur un îlot à proximité de la Sardaigne pendant seize mois et y était confiné dans les limites d'un hameau de 2,5 km<sup>2</sup> avec d'autres personnes soumises au même régime. Sa femme et ses enfants avaient pu l'y rejoindre, mais peu de personnes extérieures avaient accès au village. Il devait rendre compte à la police deux fois par jour et respecter un couvre-feu. Estimant que, au vu de l'ensemble de ces éléments, ce régime évoquait un internement dans une « prison ouverte », la Cour EDH a conclu à l'applicabilité de l'article 5 CEDH<sup>59</sup>. Ces principes ont été réaffirmés dans l'arrêt *De Tommaso c. Italie* (2017) à propos d'un autre cas d'assignation à résidence, mais ils ont conduit à une application différente parce qu'en l'espèce le requérant n'était pas isolé ni surveillé de façon quasi permanente : consigné à son domicile (et non dans un espace exigu), il avait pu continuer à mener une vie sociale en sortant le jour et donc à entretenir des relations avec l'extérieur<sup>60</sup>.

Le cas de M. Laurier satisfait aisément aux critères posés par l'arrêt *Guzzardi*, puisqu'il était interdit aux passagers du *Queen Mary 2* de sortir de leur cabine<sup>61</sup>. Si, comme cela a été le cas sur d'autres bateaux de

<sup>57</sup> *De Tommaso c. Italie* [GC], 23 février 2017, n° 43395, § 87.

<sup>58</sup> *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, n° 7367/76 (Cour plénière), § 92 (ci-après « arrêt *Guzzardi* »).

<sup>59</sup> *Id.*, § 95.

<sup>60</sup> *De Tommaso c. Italie*, préc., note 57, § 85; en général : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 293 et 294; L. BIANKU, préc., note 3, p. 30.

<sup>61</sup> La cabine de bateau devient alors l'équivalent d'une cellule de prison. Le fait que des passagers disposent d'un téléphone cellulaire et se trouvent en mesure de joindre certains de leurs proches ou d'accéder aux réseaux sociaux n'empêche pas la privation de liberté au motif qu'ils pourraient ainsi maintenir le contact avec l'extérieur : à ce compte, de plus en plus de prisonniers ont accès

croisière, M. Laurier avait été autorisé à sortir pour se promener ou prendre ses repas, il n'en demeurerait pas moins qu'une cabine de bateau est indéniablement un espace de confinement exigü. Tout dépendrait alors du type de surveillance exercé sur les passagers lors de leurs sorties autorisées, de la fréquence et de la durée de celles-ci ainsi que du degré de socialisation permis. La durée même du confinement sanitaire, qui se mesure en semaines plutôt qu'en mois, serait pertinente si les possibilités de sortie étaient souples<sup>62</sup>. Cependant, il est douteux que l'organisation du confinement dans un navire abritant des milliers de passagers leur permette de quitter leur cabine et de se déplacer à leur guise; à ce compte, comme dans l'arrêt *Guzzardi*, le modèle demeure *a priori* un modèle carcéral même si la prison est un peu « ouverte ». Dans l'arrêt *Medvedyev c. France* d'ailleurs, le fait que les soldats qui avaient pris le contrôle du navire ont permis aux membres de l'équipage de quitter un peu leur cabine pendant les treize jours de traversée n'a pas empêché la Cour EDH d'analyser leur situation comme une privation de liberté : le confinement était double, à la fois dans les cabines et sur l'espace restreint du bateau, et tant les mouvements du navire que ceux de l'équipage consigné étaient contrôlés par l'armée française<sup>63</sup>.

b) La justification épidémiologique et l'interdiction de l'arbitraire

Si l'on admet que le confinement dans un bateau de croisière en eau territoriale, même avec permission de sortie de la cabine de temps en temps, soit considéré comme une « privation de liberté » au sens de l'article 5 CEDH, cette contrainte est-elle pour autant arbitraire dans un contexte de pandémie? L'article 5 (1) (e) mentionne en effet la « détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse » parmi les exceptions énumérées. Toutefois, la détention doit avoir lieu dans le respect des voies légales (au regard du droit national tant substantiel que processuel) et doit être « régulière »<sup>64</sup>, ce que la Cour EDH

---

à Internet, et personne ne conteste qu'ils sont effectivement privés de liberté au regard de l'article 5 CEDH.

<sup>62</sup> Pour une discussion de l'application de l'article 5 CEDH à d'autres mesures comme le couvre-feu, voir L. BIANKU, préc., note 3, p. 30 et 31.

<sup>63</sup> *Medvedyev c. France* [GC], 29 mars 2010, n° 3394/03, § 74.

<sup>64</sup> *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, n° 56529/00, § 36 (ci-après « arrêt *Enhorn* »).

interprète comme signifiant non seulement qu'il doit exister un danger réel pour la santé publique (ce n'est pas le cas de toutes les maladies contagieuses), mais aussi que la privation de liberté s'avère nécessaire, dans le sens d'une mesure de « dernier recours » indispensable là où des mesures plus légères seraient inefficaces, pour éviter la contagion<sup>65</sup>.

L'unique arrêt appliquant effectivement l'exception de l'article 5 CEDH afférente aux maladies contagieuses, soit l'arrêt *Enhorn*, concerne un homme séropositif maintenu contre sa volonté dans un hôpital suédois pendant près d'un an et demi par crainte qu'il ne contamine d'autres personnes. La majorité de la Cour EDH a estimé que cette privation de liberté n'était pas régulière, car d'autres mesures moins intrusives n'avaient même pas été prises en considération : elle a ajouté qu'il n'existait du reste pas de « juste équilibre » entre la protection de l'intérêt général (il n'était pas établi que le requérant ait jamais eu un comportement sexuel à risque) et l'ingérence dans son droit à la liberté individuelle<sup>66</sup>. Cet *obiter* a été mis en cause dans les deux opinions concordantes accompagnant l'arrêt *Enhorn*. Le juge portugais Cabral Barreto rejetait catégoriquement la référence au juste équilibre au motif que ce test de proportionnalité introduisait le risque d'une plus grande marge d'appréciation des États dans l'application de l'article 5, ce qui n'était pas souhaitable. De son côté, Jean-Paul Costa, président français de la Cour EDH à l'époque, estimait que les rapports entre le critère de proportionnalité et celui, classique, de la nécessité de la mesure dans l'évaluation du caractère arbitraire de la privation de liberté étaient nébuleux, même si la question du « juste équilibre » entre intérêt individuel et intérêt collectif se posait effectivement de manière aiguë dans un contexte grave d'épidémie<sup>67</sup>. Prophétique, il jugeait une clarification nécessaire et « d'autant plus utile que les évolutions épidémiologiques peuvent malheureusement rendre plus nombreuses » de telles requêtes<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> *Id.*, § 44.

<sup>66</sup> *Id.*, §§ 54 et 55.

<sup>67</sup> *Id.*, § 11 (Jean-Paul Costa).

<sup>68</sup> *Id.*, § 14 (Jean-Paul Costa).

L'arrêt *Enhorn* est pourtant le seul dont nous disposions aujourd'hui pour guider l'application de l'article 5 (1) (e) CEDH aux privations de liberté consécutives à la pandémie de COVID-19. Lorsqu'un bateau de croisière doit confiner ses passagers pour cause de coronavirus à bord, au même titre que dans l'hypothèse d'un confinement à domicile, la justification de la privation de liberté ne pose aucun problème au regard du danger que représenterait pour l'État membre visé le risque de contagion si les passagers étaient autorisés à débarquer. Par contre, la nécessité de la mesure de confinement (n'y avait-il en l'espèce aucune mesure plus respectueuse de la liberté individuelle qui convienne?) soulève davantage de questions. Tout dépend des circonstances de l'espèce, et en particulier du moment dans la progression de l'épidémie dans ce pays. La population de cet État membre était-elle déjà très touchée? Les hôpitaux nationaux étaient-ils (déjà) débordés? Que savait-on à ce moment du ou des modes de propagation du virus (et donc comment en protéger les soignants chargés de prendre les passagers en charge le cas échéant)? Si le confinement des passagers avait eu lieu alors que l'État membre était très peu touché par l'épidémie, jouissait de capacités hospitalières confortables et que l'on savait comment protéger les intervenants de la contagion, on aurait pu au moins argumenter que le fait de ne pas évacuer les passagers malades vers des structures de soins adaptées violait l'article 5<sup>69</sup>. Et si l'État défendeur était en mesure de tester le reste des passagers en vue de les libérer, mais ne l'a pas fait, il pourrait en être de même.

Cependant, l'utilisation additionnelle du critère du « juste équilibre » reposant sur la proportionnalité entre intérêt collectif et intérêt individuel dans l'arrêt *Enhorn* aboutit ici, ainsi que l'avait déjà relevé le juge Cabral Barreto, à permettre à l'État visé de se retrancher davantage derrière sa marge d'appréciation quant au caractère nécessaire ou « régulier » de la mesure sanitaire de confinement en lieu et place de la prise en charge des passagers. Quand on sait en outre que, ces dernières

---

<sup>69</sup> Le caractère inadapté du lieu de détention est du reste susceptible d'intervenir dans l'appréciation du caractère « régulier » de la privation de liberté, particulièrement lorsqu'il existe un lien étroit entre le motif de celle-ci et l'endroit où elle intervient : *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, n° 25357/94; D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 301 et 302, 331 et 332.

années, la Cour EDH a infléchi sa jurisprudence protectrice de la liberté individuelle en faveur d'impératifs sécuritaires invoqués par les États membres<sup>70</sup>, on se dit que l'impératif sanitaire pourrait à son tour justifier une relativisation similaire dans ce qui apparaît (pour le moment, à tout le moins) comme une circonstance exceptionnelle. La privation de liberté des passagers confinés serait alors « régulière », et il n'y aurait pas de violation de l'article 5 CEDH.

## 2. Le droit à la santé des passagers confinés

Les obligations positives dictées par l'article 2 CEDH s'accroissent lorsqu'il est question de la santé d'individus vulnérables, que ce soit du fait de leur jeune âge<sup>71</sup>, d'un handicap<sup>72</sup>, de troubles mentaux<sup>73</sup> ou tout simplement d'une privation de liberté<sup>74</sup>. Dans le cas des détenus en particulier, les autorités doivent fournir l'assistance médicale que requiert leur état de santé dans les circonstances, et le respect de cette obligation positive sera analysé en fonction de la gravité des conséquences imputées au manquement allégué : sur la base de l'article 2 en cas de décès<sup>75</sup>, de

---

<sup>70</sup> Voir en particulier : *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], 15 mars 2012, n° 39692/09, où le confinement de passants par la police pendant plusieurs heures au sein d'un « cordon » pour contrôler une manifestation n'a pas été considéré comme une privation de liberté; *S., V. et A. c. Danemark* [GC], 22 octobre 2018, n° 35553/12, où le principe de l'interprétation restrictive des exceptions de l'article 5 CEDH est abandonné. La Cour EDH prête également une oreille attentive aux limites budgétaires orientant les choix des États : Béatrice PASTRE-BELDA, « La protection des droits fondamentaux de la personne privée de liberté : quelles évolutions dans la jurisprudence européenne? », (2019) 119 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 599, 610-612.

<sup>71</sup> *Kemaloglu c. Turquie*, 10 avril 2012, n° 19986/06.

<sup>72</sup> *Nencheva et autres c. Bulgarie*, préc., note 17.

<sup>73</sup> *Dodov c. Bulgarie*, 17 janvier 2008, n° 59548/00; pour plusieurs critères de vulnérabilité réunis : *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], préc., note 17, § 130.

<sup>74</sup> Parmi de nombreux arrêts, voir : *Tais c. France*, 1<sup>er</sup> juin 2006, n° 39922/03, § 98; *Karpynenko c. Ukraine*, 11 février 2016, n° 15509/12, § 80.

<sup>75</sup> Citons à cet effet l'arrêt *Mustafayev c. Azerbaïdjan*, 4 mai 2017, n° 47095/09 (décès d'un détenu transporté trop tard à l'hôpital pour traiter les blessures causées par un incendie dans sa cellule), et l'arrêt *Jasinskis c. Lettonie*, 21



l'article 3 lorsque le défaut de soins est suffisamment grave pour équivaloir à un traitement inhumain ou dégradant<sup>76</sup> et de l'article 8 quand il n'atteint pas ce seuil de gravité, mais qu'il représente au moins une atteinte à la vie privée de la personne privée de liberté<sup>77</sup>. Cependant, les articles 2 et 3 ne sont pas mutuellement exclusifs, et la violation du seul article 3 peut être constatée alors que l'état de santé précaire du détenu a pourtant largement contribué à son décès<sup>78</sup>. Ils emportent également une obligation positive procédurale imposant aux États de faire toute la lumière sur les circonstances du décès ou encore des traitements inhumains ou dégradants<sup>79</sup>.

De manière générale, la protection de la santé des prisonniers se place traditionnellement sous l'égide de l'article 3 CEDH interdisant les mauvais traitements<sup>80</sup>, et leur vulnérabilité commande un renversement de la charge de la preuve en leur faveur. C'est en effet à l'État défendeur qu'il revient d'expliquer qu'il a tout mis en œuvre pour soigner

---

décembre 2010, n° 45744/08 (décès d'un sourd-muet à la suite d'une commotion et d'absence de soins de la part de la police, qui l'avait placé en cellule de dégrisement).

<sup>76</sup> La différence entre les traitements inhumains et dégradants qu'évoque l'article 3 est surtout affaire de degré, mais les traitements dégradants ne sont pas nécessairement infligés délibérément, alors que les traitements inhumains le sont. En tout état de cause, particulièrement dans le contexte carcéral, la Cour EDH ne les distingue pas systématiquement, et préfère parler de « mauvais traitements » : J.-F. RENUCCI, préc., note 6, p. 109.

<sup>77</sup> *Shelley c. Royaume-Uni*, préc., note 10, analysé précédemment quant au rapport entre les articles 2 et 8 CEDH. Pour la démarcation entre les articles 3 et 8, voir D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 519-522.

<sup>78</sup> C'était le cas dans l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, n° 27229/95, dans un autre cas de suicide en prison, parce le risque à cet égard était imprévisible (il n'y avait donc pas violation de l'article 2 CEDH), mais que les autorités pénitentiaires n'avaient pas assuré un suivi médical approprié par rapport aux troubles mentaux du détenu (violant ainsi l'article 3 CEDH).

<sup>79</sup> Voir aussi : l'arrêt *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, n° 57671/00, §§ 29-31, pour son application aux articles 2 et 3 CEDH en milieu carcéral.

<sup>80</sup> *Id.*, § 27; voir aussi : *Selmouni c. France* [GC], 28 juillet 1999, n° 25803/94, § 87. Le type et le mode de détention doivent être compatibles avec la dignité humaine, et ne pas infliger de la détresse ou des souffrances excédant celles qui découlent inévitablement d'une privation de liberté : *Dzieciak c. Pologne*, 9 décembre 2008, n° 77766/01, § 91.

correctement un détenu dont l'état de santé se détériore rapidement de façon importante, ce qui suscite un « doute inévitable » quant à la qualité des soins prodigués<sup>81</sup>. Et si la mort survient, ce doute se révèle d'autant plus grand que le droit à la vie entre en jeu<sup>82</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, c'est parce que les autorités ont assumé le contrôle de la personne des détenus qu'elles savent ou devraient savoir mieux que quiconque ce qui se passe dans leurs prisons et autres commissariats<sup>83</sup>, et qu'il leur appartient donc de démontrer qu'elles ont fait tout ce qui était raisonnablement possible, de bonne foi et avec diligence, pour tenter d'éviter la concrétisation du risque de mauvais traitement ou de mort<sup>84</sup>. Ce risque « réel et immédiat »<sup>85</sup> devait toutefois être connu des autorités, ce qui signifie notamment qu'elles devaient ou auraient dû savoir que tel détenu souffrait d'une affection physique ou psychique, et que tel type de traitement était requis pour y remédier autant que possible<sup>86</sup>. Les troubles mentaux et le risque de suicide avérés imposent également l'administration d'un traitement approprié et l'adoption de précautions de base<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> *Salakhov et Islyamova c. Ukraine*, 14 mars 2013, n° 28005/08, § 129. Le fait que l'État défendeur se montre incapable de fournir un dossier médical confirme ce doute et permet de conclure en l'espèce à la violation de l'article 3 CEDH (§ 138).

<sup>82</sup> *Keenan c. Royaume-Uni*, préc., note 78, § 91; *Makharadze et Sikharuridze c. Géorgie*, 22 novembre 2011, req. n° 35254/07, § 72.

<sup>83</sup> *Dzieciak c. Pologne*, préc., note 80, § 92.

<sup>84</sup> Ceci s'apparente au devoir du défendeur dans une action en responsabilité civile extracontractuelle : *Makharadze et Sikharuridze c. Géorgie*, préc., note 82, § 74; *Karpylenko c. Ukraine*, préc., note 74, § 81.

<sup>85</sup> *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, préc., note 17, § 130.

<sup>86</sup> Ainsi, le décès d'une personne détenue peut être « soudain, ponctuel et imprévu », à la manière d'une « force majeure » à laquelle l'État ne peut pas faire face parce que la situation est imprévisible : *Nencheva et autres c. Bulgarie*, préc., note 17, § 122. Ce n'était pas le cas en l'espèce vu que les décès de jeunes handicapés dans un centre d'accueil s'étaient échelonnés sur plusieurs mois. Voir aussi : l'arrêt *Karpylenko c. Ukraine*, préc., note 74, § 88 (décès d'un prisonnier séropositif privé de traitement pendant 10 mois); *Makharadze et Sikharuridze c. Géorgie*, préc., note 82, §§ 77 et 80 (décès d'un prisonnier atteint de la tuberculose); *Dzieciak c. Pologne*, préc., note 80, § 101 (décès d'un prisonnier faute d'opération cardiaque).

<sup>87</sup> *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, n° 46477/99, § 56; *Keenan c. Royaume-Uni*, préc., note 78; *Renolde c. France*, 16 octobre 2008, n°

Toutefois, la Cour EDH demeure réaliste et interprète cette obligation positive de soins de façon à ne pas « imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif » compte tenu de l'imprévisibilité éventuelle du comportement humain, et des choix opérationnels qui incombent aux États en matière de priorités et de ressources à leur disposition<sup>88</sup> : la marge d'appréciation nationale croît donc en fonction de la complexité des enjeux et de l'étendue du problème.

L'application de ces principes à l'arrêt *Laurier* que nous avons présenté plus haut pourrait sembler aisée à première vue. M<sup>me</sup> Laurier est décédée à la suite d'un choc anaphylactique provoqué par une piqûre d'abeille, réaction qui n'a pu être traitée à temps faute du médicament nécessaire, pourtant réclamé à plusieurs reprises. Le risque pour sa santé et le traitement approprié étaient donc connus, ce qui permettrait à M. Laurier d'invoquer une atteinte au droit à la vie garanti par l'article 2 CEDH<sup>89</sup>. Quant à sa propre tentative de suicide et aux séquelles qui en ont résulté, le fait de le laisser seul confiné dans sa cabine après la mort de son épouse, alors qu'il souffre de dépression et d'anxiété, ce dont il a aussi fait part aux autorités en demandant qu'on lui fournisse les médicaments appropriés, qu'il n'a pas obtenus, représente à tout le moins un traitement dégradant au sens de l'article 3 CEDH. Les conjoints étant privés de leur liberté, ils sont considérés comme des personnes vulnérables, et leurs géôliers ont l'obligation positive de veiller à leur santé.

Le problème du confinement dans un bateau de croisière est que l'État sur le territoire duquel ce navire se trouve n'assume pas lui-même l'organisation matérielle de la privation de liberté : en quelque sorte, l'interdiction de débarquer faite par les autorités nationales transforme le paquebot en prison privée, et l'équipage se voit attribuer le rôle traditionnellement dévolu à la direction et aux gardiens d'un centre de

---

5608/05; *Keller c. Russie*, 17 octobre 2013, n° 26824/04, § 82; *Lykova c. Russie*, 22 décembre 2015, n° 68736/11, § 129; *Slimani c. France*, préc., note 79, § 28.

<sup>88</sup> *Nencheva et autres c. Bulgarie*, préc., note 17, § 108.

<sup>89</sup> Dans de tels cas, la victime directe ne peut évidemment poursuivre elle-même, et sa famille proche peut alors invoquer l'article 2 CEDH à titre de victime au sens de l'article 34 : voir, par exemple, l'arrêt *Renolde c. France*, préc., note 87, § 89.

détention. Cependant, une telle privatisation ne libère pas l'État membre de toute responsabilité au regard des articles 2, 3 et 8 CEDH : les passagers privés de liberté demeurent des personnes vulnérables, et les obligations positives de l'État relativement à la préservation de leur santé ne s'éteignent pas au motif que la violation émane d'une institution ou d'une entreprise privée plutôt que publique. Qu'il soit question de privations de liberté arbitraires ou de la qualité des soins de santé prodigués par les hôpitaux, l'État doit à tout le moins se tenir au courant de ce qui se passe, et se doter d'une réglementation destinée à contrôler minimalement la régularité des activités à l'intérieur de tels établissements privés<sup>90</sup>.

Les obligations positives du Royaume-Uni dans notre exemple devront donc tenir compte de l'interposition d'une autorité carcérale « privée », ainsi que des ressources dont ce pays dispose et de la progression de la COVID-19 sur son territoire. Pour évaluer les risques menaçant la santé des passagers, les autorités étatiques dépendent *a priori* du personnel de bord et des informations qui leur seront transmises par son intermédiaire. Toutefois, le risque que des passagers, partis pour un voyage d'une durée déterminée, puissent manquer de médicaments (dont certains d'importance vitale) si ce voyage se prolonge de plusieurs semaines, est prévisible, et l'État ne peut par ailleurs se fier exclusivement aux informations fournies par un équipage susceptible d'être débordé par cette situation exceptionnelle. Sauf si elles sont elles-mêmes accaparées par une situation aiguë d'épidémie à l'échelle du pays, ce qui n'est pas le cas dans notre exemple, on pourrait au moins s'attendre que les autorités médicales de l'État s'assurent des besoins réels des passagers en fait de médicaments, ne serait-ce qu'en envoyant quelques représentants (dûment protégés) à bord. Et si les ressources du pays le permettent, que les médicaments les plus nécessaires soient fournis aux passagers qui le requièrent. Parallèlement, on peut aussi attendre d'un État qui en aurait les moyens logistiques et financiers qu'il transfère les passagers victimes de

---

<sup>90</sup> Pour les privations de liberté dans une clinique privée, et donc de personnes vulnérables, voir l'arrêt *Storck c. Allemagne*, préc., note 56, §§ 102 et 103, 108; pour les hôpitaux tant publics que privés en général, voir l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 166 et 186.

problèmes de santé graves nécessitant une intervention d'urgence (crise cardiaque, accident vasculaire cérébral (AVC) ou insuffisance respiratoire due à la COVID-19, par exemple) en milieu hospitalier pour y être soignés.

Une fois encore, tout dépend de la situation sanitaire du pays ayant accepté de recevoir le bateau de croisière sur son territoire, et des ressources dont il dispose, car la Cour EDH n'entend pas transformer les obligations positives découlant des articles 2 et 3 CEDH en un fardeau excessif, et méconnaître la marge d'appréciation traditionnelle dont disposent les États en matière de santé. À cet égard, les obligations de l'Italie envers les passagers ne seraient pas celles de l'Allemagne, car les ressources de la première sont bien inférieures à celles de la seconde, et les obligations du Royaume-Uni seraient plus étendues au début de l'épidémie, comme dans l'affaire *Laurier*, que lorsque les victimes se comptaient par dizaine de milliers dans le pays.

B) L'interdiction de la discrimination et le port du masque obligatoire pour sortir de chez soi

*Poelvoorde et autres c. Belgique*  
(req. n° 75642/23)

Dans le contexte de sa stratégie de déconfinement, le gouvernement fédéral belge a décidé d'imposer le port de masques antiprojections FFP1 de grande qualité en-dehors du domicile. Or, en raison des difficultés de communication entre les différents niveaux de pouvoir (fédéral, régional, communautaire, provincial et communal), ainsi que de la très forte demande mondiale pour ce type de masques, certaines régions du pays n'ont pas été approvisionnées en masques ainsi qu'elles auraient dû l'être conformément au plan de déconfinement fédéral. M. Poelvoorde habite l'une de ces régions. Il a parcouru des kilomètres pour tenter de trouver les masques requis dans les pharmacies de la région, en vain. En raison de l'interdiction de s'éloigner de plus de 20 kilomètres de son domicile, toujours en vigueur, il n'a pas pu chercher plus loin, et a été verbalisé à quatre reprises par la police, car il se déplaçait avec un simple masque en tissu. Il n'a pas pu rouvrir son salon de toilettage pour chiens, qui a fait faillite, et se trouve sans revenus avec ses trois enfants, privés d'école faute de masques. Un soir où il sort son chien, il est brutalement agressé par un passant qui l'accuse d'être un « criminel sans masque » et doit séjourner trois mois à l'hôpital en rééducation.

L'action en responsabilité que M. Poelvoorde intente contre l'État belge avec d'autres victimes de la pénurie des masques lors du déconfinement est rejetée, et les requérants introduisent alors un recours auprès de la Cour EDH.

Les stratégies de confinement plébiscitées pour ralentir la progression de la pandémie de COVID-19 réduisent considérablement, en pratique, la jouissance des droits et libertés garantis par la CEDH, et ces restrictions, pour justifiées qu'elles soient, doivent de surcroît s'abstenir de toute discrimination (1). Cependant, l'importance du principe de non-discrimination inscrit dans l'article 14 CEDH ressort particulièrement dans

la mise en œuvre des règles adoptées pour encadrer la sortie du confinement (2).

### 1. Le confinement et la discrimination

Les mesures de confinement adoptées pour lutter contre la pandémie lèsent incontestablement bon nombre de droits et de libertés garantis par le système conventionnel. Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH) dont il a été question sur les bateaux de croisière interdits de débarquement, qui condamne les emprisonnements arbitraires, est bien sûr l'un des premiers qui vient à l'esprit à cet égard, mais il est loin d'être le seul : le droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH), le droit au respect des biens et à l'instruction (art. 1 et 2 du premier protocole additionnel), la liberté d'association et de réunion (art. 11 CEDH), d'expression (art. 10 CEDH), de circulation (art. 2 du quatrième protocole additionnel) et de religion (art. 9 CEDH) sont immanquablement touchés par le principe même du confinement et des mesures d'interdiction des rassemblements qui l'accompagnent<sup>91</sup>. Pour autant, l'interférence avec ces droits et libertés garantis par la CEDH n'emporte pas nécessairement leur violation : les textes qui les reconnaissent prévoient la possibilité pour les États d'y porter atteinte pour toute une série de motifs jugés légitimes, parmi lesquels la nécessité d'enrayer la propagation d'une maladie contagieuse<sup>92</sup> ou bien la protection de la santé<sup>93</sup> ou de l'intérêt général<sup>94</sup>. De telles ingérences, conséquences du confinement, doivent toutefois être autorisées par une norme suffisamment accessible et prévisible, et être proportionnelles au regard du but légitime poursuivi par la mesure (ici la protection de la santé de la population)<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> L. BIANKU, préc., note 3, p. 29 et suiv.

<sup>92</sup> Art. 5 § 1 e) CEDH, dont il a été question ci-dessus en relation avec le confinement sur les bateaux de croisière.

<sup>93</sup> Art. 8, 9, 10 et 11 CEDH et art. 2 du quatrième protocole additionnel.

<sup>94</sup> Art. 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel.

<sup>95</sup> Pour une présentation globale du contrôle de la justification des ingérences, voir : Bernadette RAINEY, Pamela MCCORMICK ET Clare OVEY, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 307-333.

Mais encore faut-il que ces ingérences justifiées dans les droits et libertés protégés ne touchent pas certaines personnes de façon disproportionnée et déraisonnable par rapport à d'autres, donc qu'elles ne soient pas discriminatoires. L'article 14 CEDH prévoit en effet ceci :

[l]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

L'originalité de cette disposition est sa nature « parasitaire »<sup>96</sup> : sa violation ne peut être constatée que conjointement avec celle d'un autre droit ou liberté reconnu par la CEDH et ses protocoles additionnels, qui doit donc être applicable au cas d'espèce. Malgré cette absence d'existence indépendante, l'article 14 permet parfois de découvrir une double violation là où une violation de l'autre disposition seule n'aurait pas été constatée<sup>97</sup>. En dépit du caractère excessivement large de la version française du texte<sup>98</sup>, une discrimination illicite au sens de l'article 14 requiert une différence de traitement dans la jouissance d'un droit ou d'une liberté protégé qui soit dépourvue de « justification objective et raisonnable »<sup>99</sup>. Définie au départ plutôt par référence à une égalité formelle (différence de traitement entre des situations comparables)<sup>100</sup>, la notion de discrimination renvoie aussi aujourd'hui à une vision plus

<sup>96</sup> D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 765.

<sup>97</sup> *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, dite plus communément « Affaire linguistique belge », 23 juillet 1968, n° 1474/62 (Cour plénière), § 9; *Abdulaziz et autres c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80 (Cour plénière), §§ 69 et 83; F. SUDRE, préc., note 14, p. 105. L'article 1<sup>er</sup> du douzième protocole additionnel prévoit une interdiction de la discrimination autonome, mais il n'a été ratifié que par 20 États membres sur les 47 que compte le Conseil de l'Europe, et son application demeure très occasionnelle : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 801-803.

<sup>98</sup> Comparer la mention « sans distinction aucune » à la version anglaise de l'article 14 : « without discrimination ».

<sup>99</sup> *Affaire linguistique belge*, préc., note 97, § 10.

<sup>100</sup> *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, n° 8919/80 (Cour plénière), § 46.



concrète et substantielle de l'égalité (absence d'une différence de traitement lorsque les situations sont différentes)<sup>101</sup>, sur laquelle nous reviendrons plus loin.

À ce stade, notons que l'application « différenciée » des mesures de confinement, qui influent sur la jouissance de nombreux droits et libertés garantis par le système conventionnel, peut naturellement se traduire par une violation de ceux-ci que précipiterait l'article 14 CEDH. Prenons par exemple la permission accordée à certaines personnes de continuer à travailler (soignants, employés dans l'alimentation, policiers, etc.) et non à d'autres (comme les professionnels du spectacle ou les coiffeurs) : ce traitement différent dans la jouissance du droit à la vie privée (art. 8 CEDH), qui inclut le droit d'exercer son travail<sup>102</sup>, est-il discriminatoire? Étant donné le caractère légitime du but poursuivi par la distinction (maintenir les services essentiels pendant la pandémie de COVID-19, tout en réduisant la propagation du virus) et sa proportionnalité apparente (un juste équilibre entre la protection de l'intérêt collectif et le respect des droits et libertés garantis)<sup>103</sup>, on peut en douter dans ce cas, d'autant plus que la Cour EDH reconnaît en principe une ample marge d'appréciation aux États membres dans la détermination de politiques générales en matière sociale ou économique<sup>104</sup>. Cependant, les choix opérés quant à la stratégie du confinement peuvent poser problème si les États membres ne respectent pas les « règles du jeu » en fait de discrimination, particulièrement en s'astreignant à autant de proportionnalité que possible. C'est que nous allons constater en évoquant, par l'entremise de l'arrêt *Poelvoorde*, un aspect délicat de la politique de

---

<sup>101</sup> Cette approche était déjà contenue en germe dans l'*Affaire linguistique belge*, préc., note 97, § 10; F. SUDRE, préc., note 14, p. 110.

<sup>102</sup> *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 23 juin 2015, n° 50421/08.

<sup>103</sup> Le test à deux branches est posé dès l'*Affaire linguistique belge*, préc., note 97, § 7 : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 772-776.

<sup>104</sup> *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79 (Cour plénière), § 46. Cependant, le contrôle de la Cour sera davantage poussé en raison de motifs de discrimination jugés plus préoccupants que d'autres, par exemple, la race, la nationalité, le sexe, la naissance (légitime ou non), la religion, l'orientation sexuelle, le handicap et la maladie : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 776-790.

---

confinement, soit les mesures accompagnant la sortie progressive de celui-ci.

2. Le masque comme condition obligatoire au déconfinement : une discrimination indirecte?

La notion de discrimination indirecte est généralement envisagée par la Cour EDH de façon collective : cette règle générale a des « effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe »<sup>105</sup>. La discrimination indirecte peut donc résulter d'une situation de fait<sup>106</sup>. Même si les autorités n'avaient pas l'intention de désavantager un groupe de personnes en particulier, si c'est là l'effet pratique de leur réglementation, leur bonne foi à cet égard est irrelevante<sup>107</sup>.

Parallèlement, l'approche de la discrimination indirecte met aussi l'accent sur le caractère substantiel de l'égalité, et donc sur « l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité [...] sans justification objective et raisonnable ». Toutefois, ces deux optiques – celle du groupe particulièrement touché et celle de l'omission d'un traitement différent – sont complémentaires plutôt qu'alternatives<sup>108</sup>. La seconde convient particulièrement bien à l'analyse de situations où une réglementation discrimine indirectement un certain groupe de façon potentielle, mais où seule une personne de ce groupe est victime concrètement de cette discrimination : par exemple, une aveugle dont le

---

<sup>105</sup> *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], 13 novembre 2007, n° 57325/00, § 175 (ci-après « arrêt *D.H. et autres* »); *Di Trizio c. Suisse*, 2 février 2016, n° 7186/09, § 80 (ci-après « arrêt *Di Trizio* »).

<sup>106</sup> *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, n° 17209/02, § 76. Cette situation de fait peut notamment prendre la forme du placement d'enfants roms dans des écoles spéciales (*D.H. et autres*, préc., note 105; *Orsus et autres c. Croatie* [GC], 16 mars 2010, n° 15766/03 (ci-après « arrêt *Orsus et autres* »); *Sampani et autres c. Grèce*, 11 décembre 2012, n° 59608/09, § 78 (ci-après « arrêt *Sampani et autres* »)) ou d'un processus de sélection des jurés qui favorise le choix d'hommes plutôt que de femmes (*Zarb Adami c. Malte*, préc., note 106).

<sup>107</sup> *Orsus et autres*, préc., note 106, § 155; *D.H. et autres*, préc., note 105, § 184.

<sup>108</sup> Pour une analyse concise mais stimulante des deux optiques conjuguées, voir F. SUDRE, préc., note 14, p. 111 et 112.

conservatoire de musique refuse l'inscription faute de certificat médical d'aptitude<sup>109</sup>, ou un jeune paraplégique qui ne peut poursuivre ses études à l'université en raison des infrastructures qui ne lui sont pas accessibles<sup>110</sup>.

Quoi qu'il en soit, les deux approches se complètent dans les différentes étapes de l'analyse d'une discrimination indirecte fondée sur l'article 14 CEDH. Souvent, la norme ou la pratique à l'origine de celle-ci poursuit un but légitime, mais son caractère proportionnel (sa « justification objective et raisonnable »<sup>111</sup>) implique nécessairement l'existence de garanties suffisantes et effectives pour tenir compte des besoins spécifiques du groupe lésé, donc que l'État ait tenté de lutter contre la discrimination indirecte de manière active et spécifique<sup>112</sup>. La complexité de la problématique (et des mesures correctives)<sup>113</sup> et la pluralité des approches possibles, dont témoignerait la législation des États membres du Conseil de l'Europe, plaident en faveur de la reconnaissance d'une plus ample marge d'appréciation pour l'État défendeur<sup>114</sup>; il en va de même de sa bonne volonté pour tenter de résoudre le problème<sup>115</sup>. Pour ce qui est de la charge de la preuve, la victime d'une discrimination indirecte peut se contenter de démontrer qu'elle subit un traitement différent qui n'est pas pris en considération de manière spécifique par des mesures adaptées, notamment à l'aide de données statistiques<sup>116</sup>. Il

<sup>109</sup> *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, n° 51500/08.

<sup>110</sup> *Enver Sahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, n° 23065/12.

<sup>111</sup> L'expression est invariable : voir par exemple les arrêts *Di Trizio*, préc., note 105, § 80, et *D.H. et autres*, préc., note 105, § 175.

<sup>112</sup> *Orsus et autres*, préc., note 106, § 157; *Sampani et autres*, préc., note 106, § 103; *D.H. et autres*, préc., note 105, § 207.

<sup>113</sup> *D.H. et autres*, préc., note 105, § 205; *Orsus et autres*, préc., note 106, § 180.

<sup>114</sup> *Di Trizio*, préc., note 105, § 81; *Enver Sahin c. Turquie*, préc., note 110, § 62; *Çam c. Turquie*, préc., note 109, § 64.

<sup>115</sup> Contraster à cet égard, par exemple, les efforts de la République tchèque et de la Croatie pour encadrer la scolarité des enfants roms (*D.H. et autres*, préc., note 105, § 208; *Orsus et autres*, préc., note 106, § 184), que salue la Cour EDH, et la démission des autorités grecques placées devant le même problème (*Sampani et autres*, préc., note 106, § 100).

<sup>116</sup> *D.H. et autres*, préc., note 105, § 180; *Zarb Adami c. Malte*, préc., note 106, §§ 77-78; *Di Trizio*, préc., note 105, § 85. Le commencement de preuve peut résulter d'autres éléments (*Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, n° 43577/98 (Grande Chambre), § 157), et son degré de certitude dépend de

appartient alors à l'État défendeur de tenter de renverser cette présomption de discrimination en démontrant à la fois que sa réglementation poursuit un but légitime et qu'elle se justifie de façon « objective et raisonnable »<sup>117</sup>.

Telle est donc la position dans laquelle se trouve placé l'État belge dans notre affaire *Poelvoorde*, étant donné qu'il sera relativement aisé pour le requérant de prouver, statistiques à l'appui, que sa région, comme certaines autres, n'a pas reçu les masques de qualité FFP1 exigés par la stratégie de déconfinement et qu'à ce titre il ne peut sortir de chez lui. Les droits et libertés lésés ici sont donc ceux que restreint ce confinement qui ne s'achève pas pour M. Poelvoorde : du droit à la liberté et à la vie privée et familiale, en passant par la liberté de réunion, d'expression et de religion et d'autres, ils sont multiples. Ce commencement de preuve de discrimination indirecte sur la base de la région de résidence étant acquis<sup>118</sup>, l'État belge n'aura guère de difficulté à démontrer que la mesure incriminée poursuit un but légitime, car l'idée est de sortir du confinement en protégeant autant que possible la santé publique, donc en tentant, par l'imposition à tous du port d'un masque de qualité, d'éviter une résurgence de l'épidémie.

Par contre, la proportionnalité de la mesure apparaît beaucoup plus discutable. En effet, dans la mesure où la pénurie de masques dans certaines régions est due en partie au manque de communication et de collaboration entre les différents niveaux de pouvoir de l'État, celui-ci n'a pas brillé par son dynamisme dans la mise en œuvre de garanties destinées à tenir compte des besoins spécifiques des habitants de ces régions, dont les droits étaient pourtant gravement mis en péril par le prolongement du

---

l'ensemble des circonstances ainsi que de la nature du droit en jeu (*D.H. et autres*, préc., note 105, § 178).

<sup>117</sup> Sur le principe du renversement de la charge de la preuve, qui s'appuie sur le fait que l'État est le mieux placé pour s'expliquer, voir notamment : *D.H. et autres*, préc., note 105, § 177; *Orsus et autres*, préc., note 106, § 150; *Di Trizio*, préc., note 105, § 84.

<sup>118</sup> La résidence peut être considérée comme un motif de discrimination : *Carson c. Royaume-Uni* [GC], 16 mars 2010, n° 42184/05; *Pichkur c. Ukraine*, 7 novembre 2013, n° 10441/06; *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, n° 11581/85.

confinement. Même si les masques de qualité FFP1 obligatoires pour sortir étaient rares sur le marché international, les autorités auraient pu imaginer des mesures provisoires ciblant les régions touchées, en autorisant par exemple des masques d'un autre type, comme les masques en tissu artisanaux. Le fait que ceux-ci sont considérés comme suffisants dans de nombreuses autres stratégies de déconfinement au sein du Conseil de l'Europe, et que le port du masque dans les lieux publics y est souvent encouragé plutôt qu'obligatoire, montre par ailleurs qu'il existe un certain consensus quant à la méthode de déconfinement, auquel la Belgique déroge par un régime nettement plus sévère qui cause ici des dommages conséquents au groupe « non masqué » (la faillite de l'entreprise du requérant notamment). Par suite, malgré l'étendue de la marge d'appréciation que la Cour EDH reconnaîtrait ici à l'État belge en raison de la complexité de la question du déconfinement, il est fort probable qu'elle constaterait la violation d'un ou de plusieurs des multiples droits et libertés mis en cause par le confinement en conjugaison avec l'article 14 CEDH. Ajoutons que le cas des enfants Poelvoorde, eux aussi victimes d'une violation de leur droit à l'instruction (entre autres) et de l'interdiction de la discrimination, se révèle plus préoccupant encore parce que ces derniers sont des personnes vulnérables qu'il convient tout particulièrement de protéger<sup>119</sup>.

Enfin, l'attaque dont a été victime le requérant aurait dû faire l'objet d'une enquête sérieuse conduite de façon impartiale sous peine de violer aussi l'article 3 CEDH dans son volet procédural<sup>120</sup>.

## Conclusion

Au terme de notre texte sur l'application de la CEDH en temps de pandémie, force est de reconnaître que les possibilités de violations

---

<sup>119</sup> *Çam c. Turquie*, préc., note 109, § 67 (au sujet d'enfants handicapés).

<sup>120</sup> Si c'était un phénomène récurrent dont la police ne se souciait pas, il y aurait là une possibilité de violation cumulée des articles 3 et 14 CEDH. L'agression reposait en effet sur la croyance que le requérant était un malade contagieux, et la maladie est un motif de discrimination que la Cour EDH prend très au sérieux : *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, n° 2700/10; *I.B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, n° 552/10.

---

causées par les mesures sanitaires préventives sont multiples. S'il est hautement improbable que le droit à la vie (art. 2 CEDH) soit considéré comme méconnu en raison de l'impact de ces mesures sur le droit au travail et la santé des autres patients (qui ne sont pas atteints de la COVID-19), la pertinence du droit à la vie, à la liberté (art. 5 CEDH) et à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH) s'avère indéniable quant au traitement des passagers confinés dans un bateau de croisière ou chez eux. Le constat est identique pour l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH), conjuguée à tous les droits et libertés mis en cause par le confinement, au stade du déconfinement et de conditions à respecter obligatoirement, comme le port d'un certain type de masque trop rare.

Les deux exemples qui nous ont permis de réfléchir de façon concrète à la pertinence du système de la CEDH devant une situation de pandémie sont loin d'épuiser les manquements possibles<sup>121</sup>. Ainsi, la censure de journalistes critiquant l'action ou l'inertie de leur gouvernement dans la gestion de l'épidémie peut porter atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH. L'interdiction de certains rassemblements religieux, mais pas de tous, pourrait donner lieu à la violation combinée des articles 9 (liberté de religion) et 14 CEDH. L'impossibilité de contester des amendes très lourdes infligées pour non-respect des distances sociales sur la voie publique devant un tribunal indépendant et impartial représente une violation potentielle du droit au juge et à un procès équitable (art. 6 CEDH). L'utilisation de données personnelles numériques pour repérer et contrôler des personnes malades ou suspectées de l'être, ou retrouver leurs contacts, pose un problème au regard du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Le droit au respect des biens (art. 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel) est inévitablement mis en cause lorsque les mesures d'urgence interdisent l'accès des citoyens à leur résidence secondaire. Et que dire de la protection déficiente de groupes vulnérables au regard du droit à la vie et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants?

---

<sup>121</sup>

Voir aussi, à ce sujet : L. BIANKU, préc., note 3, p. 29-47.

En avril 2020, Rik Daems, président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a rappelé ce qui suit :

C'est précisément dans des temps comme ceux que nous traversons que les valeurs des droits de l'homme – basées sur les principes fondamentaux de la liberté, l'équité, de la solidarité et de la dignité humaine – prennent toute leur importance. Elles sont le dernier rempart pour empêcher que le confinement personnel justifié mute, tel un virus, et se transforme en un verrouillage politique injustifié [...] Notre devoir est de veiller à ce que ces « lignes rouges », fixées on ne peut plus clairement par la Convention européenne, ne soient pas franchies. Et une fois sortis de la crise corona, nous devons nous assurer que la situation exceptionnelle d'aujourd'hui ne devienne pas la « nouvelle normalité » de demain<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup>

R. DAEMS, préc., note 2.