



La protection des droits de l'homme à l'heure de la pandémie : nouveaux défis et nouvelles perspectives



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Dialogue entre juges

Actes du séminaire
24 juin 2022

*La protection des droits de l'homme à
l'heure de la pandémie :
nouveaux défis et nouvelles perspectives*

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2022* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2022

© Photos : Cour européenne des droits de l'homme/Conseil de l'Europe

TABLE DES MATIÈRES

Actes du séminaire

Robert Spano Président de la Cour européenne des droits de l’homme	5
Armen Harutyunyan Juge à la Cour européenne des droits de l’homme	7
Yuval Shany Chaire Hersch Lauterpacht de droit international de l’université hébraïque de Jérusalem	9
Lady Arden of Heswall Ancien Juge de la Cour suprême du Royaume-Uni	15
Katja Šugman Stubbs Juge de la Cour constitutionnelle de Slovénie	20

Audiencelle solennelle
à l’occasion de l’ouverture de l’année judiciaire

Robert Spano Président de la Cour européenne des droits de l’homme	34
Katerina Sakellaropoulou Présidente de la République hellénique	40
Dunja Mijatović Présidente de la République hellénique	42



Robert Spano

Président de la Cour européenne
des droits de l’homme

DISCOURS D’OUVERTURE

Mesdames et Messieurs les Présidents de cours constitutionnelles et suprêmes, Mesdames et Messieurs les intervenants, Chères et chers collègues, Chères et chers amis,

Permettez-moi, au nom de tous mes collègues juges, de vous souhaiter la bienvenue à l’occasion de ce séminaire, qui marque l’ouverture officielle de l’année judiciaire, même si elle a été reportée. Il s’agit de la 17^e édition du séminaire judiciaire, qui, depuis sa création, a pour but d’entretenir, de renforcer et d’approfondir notre dialogue avec vous, juges nationaux qui officiez dans les juridictions supérieures de votre pays. On ne dira jamais assez que c’est en réalité au niveau national que commence et, souvent, s’achève la protection des droits de l’homme.

Cette année, le thème choisi pour nos débats est la pandémie de COVID-19, en particulier ses répercussions sur la protection des droits de l’homme et sur notre travail en qualité de juges. Malheureusement, ce sujet n’a rien perdu de sa pertinence.

Pour autant, je suis heureux de pouvoir m’adresser à vous sans masque cet après-midi et encore plus heureux de vous voir aussi nombreux, présents physiquement. La pandémie nous a appris que la technologie, malgré ses multiples avantages, ne remplace pas les contacts humains directs.

Permettez-moi de commencer par accueillir chaleureusement nos intervenants invités : le Professeur Yuval Shany, Lady Arden of Heswall et la Professeure Katja Šugman Stubbs.

Je tiens également à remercier les membres du Comité d’organisation de ce séminaire : le juge Armen Harutyunyan, Marko Bošnjak, María Elósegui, Ivana Jelić et Raffaele Sabato. J’adresse également tous mes remerciements à Rachael Kondak, Tara Beattie, Valerie Schwartz et Tatiana Kirsanova.

Mon mandat en tant que Président de la Cour a commencé en mai 2020, deux mois seulement après le début de la pandémie. Affronter cette pandémie a constitué un défi majeur pour la Cour comme pour vos propres juridictions.

Elle a contraint nos États membres à honorer les obligations positives de protection de la vie et de la santé qui s’imposent à eux. Toutefois, comme j’ai déjà eu l’occasion de le dire, on ne peut exclure le risque que la pandémie serve de prétexte à un exercice abusif de la puissance publique et soit donc utilisée pour imposer à la population des mesures qui, même si elles semblent à première vue convaincantes en présence de ce qui constitue une menace sans précédent contre la vie et le bien-être humains, sont finalement manifestement disproportionnées et mettent en danger les fondements mêmes de la vie démocratique, de sociétés reposant sur l’état de droit et la protection des droits de l’homme. Il est vital de trouver le juste équilibre.

Nous avons beaucoup à apprendre les uns des autres. C'est l'une des raisons pour lesquelles, quelques mois seulement après le début de la pandémie, nous avons organisé un séminaire en ligne avec les juridictions sœurs que sont la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour échanger nos expériences et nos points de vue.

Notre propre expérience en matière d'examen de requêtes liées à la pandémie et de réponse aux demandes de mesures provisoires est exposée dans le document de référence très utile établi dans la perspective des débats de ce jour.

Il en ressort que les requêtes très diverses que nous avons reçues jusqu'à présent portent sur les mesures de couvre-feu, le pass vaccinal, les restrictions à la liberté de réunion et d'expression et les préjudices financiers subis par les entreprises. D'autres requêtes seront très vraisemblablement formées à l'avenir, mais nous n'avons pas été submergés comme nous l'avions peut-être anticipé au tout début de la pandémie. De multiples raisons peuvent être avancées pour l'expliquer, et nous aborderons sans nul doute certaines d'entre elles aujourd'hui.

Comme l'année dernière, je vous encourage à participer activement aux débats de cet après-midi. Vous êtes nos partenaires dans le système de la Convention. Votre avis nous importe et nous tenons à l'entendre.

Je vais maintenant laisser la parole au juge Harutyunyan, qui va présenter le séminaire au nom du Comité d'organisation.

Je vous souhaite à toutes et à tous un après-midi de débats productif et fructueux.



Armen Harutyunyan

**Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme**

INTRODUCTION

Les dernières décennies ont vu la montée progressive de tendances qui sapent les valeurs fondamentales qui rassemblent tous les pays membres du Conseil de l'Europe. Certains pays ont même commencé à mettre en place une série d'actions systémiques et planifiées visant à affaiblir l'ordre démocratique des droits de l'homme fondé sur la prééminence du droit.

Dans ce contexte, il convient de souligner le rôle de la CEDH, car, premièrement, elle identifie les problèmes systémiques en matière de droits de l'homme, deuxièmement, elle constitue un instrument d'alerte précoce pour les menaces qui pèsent sur la prééminence du droit et la démocratie et, troisièmement, elle oblige les États membres à mettre leur système juridique et les modalités d'application de la loi en conformité avec les exigences de la Convention et la jurisprudence de la Cour. En d'autres termes, la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concilient la liberté et le droit.

Selon la Cour, la démocratie est une caractéristique fondamentale de l'ordre public européen qui ressort du préambule de la Convention. Le préambule établit un lien très clair entre la démocratie et la Convention et affirme que la réalisation et la préservation des droits de l'homme et des libertés sont mieux assurés par une démocratie politique effective et par une conception commune des droits de l'homme. Le préambule affirme que les pays européens partagent leur tradition politique, leurs idées, ainsi qu'un héritage commun de liberté et de prééminence du droit. La Cour a noté à plusieurs reprises que la Convention vise à maintenir et à promouvoir les valeurs d'une société démocratique.

Dans la théorie du droit constitutionnel et dans les sciences politiques, il a été affirmé que l'existence d'une démocratie dépend du respect des droits et libertés **civils et politiques**. Cela permet de qualifier les pays de démocratiques.

À cet égard, les pays démocratiques peuvent être qualifiés de démocraties maximales et minimales, mais d'autres qualifications pourraient être données aux démocraties « minimales » – « régimes hybrides », « autoritarisme compétitif », « semi-autoritarisme », etc. Cependant, le cœur du problème est que la dynamique des processus mondiaux modernes, y compris paneuropéens, révèle une situation dans laquelle un défi aux droits de l'homme et à la démocratie est dissimulé derrière un vernis démocratique. Cela signifie que des démocraties anti-démocratiques sont en train d'émerger. Tous les types de démocraties illibérales, qui sont par nature des « semi-démocraties », défient la démocratie. Ces « démocraties formelles » affaiblissent l'essence de la forme démocratique dans l'organisation du pouvoir de l'État.

Dans le concept de démocratie, les droits de l'homme et les libertés sont traités comme une propriété inhérente de l'individu. Les États peuvent restreindre les droits et libertés de l'homme, à condition que, premièrement, une telle restriction soit fondée sur le droit, deuxièmement, qu'elle poursuive un but légitime et, troisièmement, qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique.

Dans ces circonstances, la pandémie de COVID-19 est un défi de taille pour les États membres du Conseil de l'Europe comme pour le système de la Convention dans son ensemble. Outre les difficultés objectives qu'elle crée pour la démocratie et l'état de droit, elle a surtout pour effet de mettre à rude épreuve la stabilité des mécanismes traditionnels d'équilibre des pouvoirs. À ce propos, des conférences comme celle d'aujourd'hui sont importantes parce qu'elles permettent de dialoguer sur les enseignements tirés, mais aussi de comprendre ce qui fonctionne dans ces anciens mécanismes et ce qui exige une nouvelle approche.

Il y a cependant un autre danger, encore plus grand, qui consiste à voir la pandémie, non comme un défi qui met à l'épreuve le système établi de protection des droits de l'homme, mais comme une chance à saisir pour oublier les droits de l'homme au profit des intérêts des autorités et pour suivre la voie du positivisme juridique, ce qui revient à transformer totalement le concept même de droit et à s'écarter de la prééminence du droit pour s'orienter vers le positivisme juridique.

C'est pourquoi ce séminaire a été organisé autour de trois thématiques : (I) les restrictions aux droits de l'homme pendant la pandémie ; (II) les obligations positives des États pendant une pandémie ; et (III) les procédures judiciaires.

La première thématique abordée aujourd'hui concerne les mesures que les États ont mises en place, souvent dans l'urgence, pour prévenir et contenir la propagation du virus et les effets du COVID-19. Ces mesures ont pris la forme de restrictions aux droits et libertés individuels d'une ampleur sans précédent à l'époque moderne – restrictions à la liberté de circulation et de réunion à l'échelle nationale, traçage des contacts et collecte de données en masse et mise en place de systèmes nationaux de vaccination et de pass sanitaire.

La deuxième thématique concerne l'obligation qu'ont les États de protéger les droits de leurs administrés pendant une pandémie. À l'évidence, ils ont le devoir de protéger la vie et la santé des individus, à la fois en adoptant des mesures de protection adéquates pour empêcher la propagation du virus et en garantissant l'accès à des traitements et soins de santé. Une attention particulière doit être portée à la protection des plus vulnérables et des personnes qui se trouvent sous le contrôle de l'État, comme les détenus.

La troisième thématique se rapporte aux difficultés rencontrées pendant la pandémie dans le cadre des procédures judiciaires et les mesures prises pour s'y adapter. Au niveau régional, la Cour a réagi aux exigences imposées par la crise sanitaire et aux mesures prises dans le pays où se trouve son siège en aménageant certains aspects de sa pratique et de son fonctionnement. Elle a par ailleurs été saisie de requêtes liées à des procédures judiciaires internes qui avaient, par exemple, été reportées, suspendues ou adaptées en raison de la crise.

Rares sont les domaines de la vie qui n'ont pas été touchés par une pandémie qui a submergé toute l'Europe – et le reste du monde – pendant plus de deux ans. Il est donc parfaitement normal que cette crise sanitaire et la riposte des États membres aient des liens étroits avec des questions relatives au respect des droits de l'homme. Cette année, le séminaire judiciaire a pour but de nous permettre d'examiner certaines des questions les plus pertinentes en nous attardant sur les difficultés engendrées par la pandémie et les perspectives qu'elle a ouvertes. Nous espérons que les enseignements tirés serviront de boussole, de telle manière que les acteurs soient mieux préparés et que les droits de l'homme soient plus sûrement à l'abri face à d'autres pandémies ou crises sanitaires.

Pour terminer, permettez-moi de remercier pour leur travail et leur dévouement les membres du Comité d'organisation qui a préparé le séminaire judiciaire de cette année : les juges Marko Bošnjak, María Elósegui, Ivana Jelić et Raffaele Sabato, ainsi que Maria Elosegui.

Je vous souhaite un fructueux après-midi d'échanges.



Yuval Shany

**Chaire Hersch Lauterpacht de droit international
de l'université hébraïque de Jérusalem**

RESTRICTIONS DES DROITS DE L'HOMME PENDANT LA PANDÉMIE

Chers juges, chers collègues, éminents invités et amis,

Je suis heureux d'avoir été invité à débattre avec vous de questions touchant à l'application des droits de l'homme pendant la période de pandémie. J'ai fait partie du Comité des droits de l'homme des Nations Unies au cours de la première année de la pandémie et j'ai joué un rôle clé dans la rédaction de sa déclaration d'avril 2020 sur les états d'urgence. Celle-ci s'ajoute à d'autres déclarations publiées par les neuf autres organes internationaux de protection des droits de l'homme sur l'application des droits de l'homme pendant la pandémie. Je concentrerai mes observations sur la question de l'application de restrictions à l'exercice des droits de l'homme pendant la pandémie, telle qu'elle ressort desdites déclarations. Lady Arden, qui prendra la parole après moi, parlera du fameux « revers de la médaille », autrement dit des obligations positives que la pandémie fait peser sur les États de la pandémie.

Indéniablement, la pandémie de COVID-19 a créé des conditions propres à justifier la mise en place de restrictions ou de limitations sur le fondement d'instruments relatifs aux droits de l'homme. Dans de nombreux pays, la nécessité de réduire le nombre d'infections a conduit à l'adoption de restrictions à la liberté de circulation, telles que le confinement, la limitation des rassemblements de masse – y compris religieux et politiques –, la distanciation physique et l'accès limité à certains espaces (notamment les lieux de travail, les écoles et les hôpitaux), ainsi que les restrictions aux voyages internationaux. Une logique similaire a également sous-tendu d'autres mesures qui, prétendent fondées sur des considérations épidémiologiques, pèsent néanmoins lourdement sur la capacité des individus à jouir de leurs droits fondamentaux ; mentionnons l'obligation de porter le masque, le passeport vaccinal et les programmes de traçage des contacts. Certains États ont aussi invoqué la lutte contre la pandémie pour justifier des mesures restrictives telles que la répression de la désinformation ou la limitation des activités politiques, dont la compatibilité avec les normes du droit international est très discutable.

Toutes les restrictions liées à la pandémie doivent être évaluées à l'aune des diverses clauses de limitation et de dérogation contenues dans les traités pertinents relatifs aux droits de l'homme – qui reflètent souvent des restrictions juridiques similaires prévues par les législations internes. Ces clauses de limitation et de dérogation renferment en règle générale des conditions de légalité, de légitimité, de nécessité et de proportionnalité. Compte tenu du décalage existant entre, d'un côté, le temps de réaction lent du système international de protection des droits de l'homme – lequel fonctionne généralement selon un mode réactif, par le biais de communications individuelles dont la résolution prend des années (et qui impliquent un seuil élevé pour l'adoption de mesures provisoires de protection) ou par le biais de cycles d'établissement de rapports par État dont la durée est aujourd'hui

en moyenne d'environ huit ans par État – et, de l'autre, la nécessité de fournir d'urgence aux États des orientations concernant l'application des traités pendant la pandémie, tous les organes internationaux de protection des droits de l'homme ont choisi de publier des déclarations d'orientation. Celles-ci ont été formulées parfois de façon individuelle, parfois dans le cadre du travail collectif de plusieurs comités et en coopération avec des organes conventionnels tels que des rapporteurs spéciaux et d'autres responsables des Nations Unies. L'examen de ces déclarations nous donne un aperçu des principales questions liées à la limitation des droits pendant la pandémie qui ont occupé le système international en « temps réel », et des principales approches normatives que le système a adoptées.

La déclaration du Comité des droits de l'homme du 24 avril 2020¹ aborde les quatre conditions fondamentales susmentionnées pour limiter les droits, mais dans le contexte d'une question juridique spécifique : celle de l'invocation, fondée sur l'article 4 du PIDCP, de dérogations liées à un danger exceptionnel, qu'une vingtaine d'États parties ont formellement prononcées. Le Comité était toutefois préoccupé par le fait que de nombreux autres États prenaient des mesures d'exception qui semblaient aller au-delà des limitations autorisées par le Pacte, et ce sans formuler de dérogations expresses, ce qui appelait un contrôle international portant sur le respect des conditions particulières de dérogation. Ces conditions spécifiques englobent la proclamation officielle de l'état d'urgence, la notification au Secrétaire général, la conformité avec d'autres obligations internationales, la non-discrimination et le respect des droits non susceptibles de dérogation – que le Comité a interprétés comme englobant des droits susceptibles de dérogation qui sont essentiels pour faire respecter les droits non susceptibles de dérogation, tels que le droit d'accès à un tribunal ou le droit à un recours utile.

La déclaration souligne également l'objectif précédemment énoncé dans l'Observation générale n° 29² du Comité, à savoir le « retour à une situation normale, permettant d'assurer de nouveau le plein respect du Pacte », la nécessité de limiter autant que possible la portée des dérogations et la nécessité d'envisager les solutions alternatives les moins préjudiciables qui permettent de jouir autant que faire se peut des droits énoncés dans le Pacte.

Il faut souligner que la déclaration introduit également un critère général, celui de la « solution alternative la moins préjudiciable » – ce qui signifie qu'un État ne devrait recourir à une dérogation que lorsqu'il ne peut pas se fonder simplement sur une limitation prévue par une disposition pertinente du Pacte. En outre, le Comité a réaffirmé l'obligation de traiter toutes les personnes – y compris les détenus – avec humanité et respect pour la dignité humaine, et a demandé aux États de veiller à ce que le discours sur la pandémie ne laisse pas de place au discours de haine prohibé contre les groupes marginalisés ou vulnérables, notamment les minorités et les étrangers. Enfin, la déclaration souligne l'importance de préserver la liberté d'expression et un espace civique ouvert en tant que garanties contre l'abus des pouvoirs d'urgence.

D'autres déclarations ont été publiées par d'autres organes conventionnels :

– un appel lancé par les dix présidents des organes conventionnels afin que toute limitation soit appliquée dans un cadre juridique valable³.

– des lignes directrices du Groupe de travail et du Comité sur les disparitions forcées visant à ce que la recherche des personnes disparues demeure une priorité en matière de droits de l'homme même en période de pandémie, et soulignant la nécessité de veiller à ce que les restrictions à l'accès aux lieux de détention et la modification des modalités de traitement des restes humains due à la pandémie n'entraînent pas de nouveaux cas de disparition⁴.

– une déclaration du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁵ soulignant les effets disparates (notamment la violence domestique et sexuelle) des restrictions à la liberté de circulation comme le confinement sur les femmes, les filles, les personnes handicapées et les femmes appartenant à des groupes minoritaires et autochtones, condamnant la manière discriminatoire sur le plan racial dont certaines limitations sont appliquées, et demandant en particulier des mesures destinées à garantir un accès effectif à l'éducation face aux restrictions imposées sur le terrain. Il s'agit là d'une question particulièrement importante dans les situations où une fracture numérique sépare différents groupes de la population d'un État. Enfin, le comité a demandé que des mesures soient prises pour promouvoir la participation des groupes minoritaires à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de riposte à la pandémie.

– quatre déclarations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels⁶ :

La **première** déclaration demandait que les réponses à la pandémie soient fondées sur les meilleures preuves scientifiques disponibles, que les obligations fondamentales découlant du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels soient considérées comme prioritaires et que l'accès à la justice et à des recours juridiques utiles soit garanti. Cette déclaration accordait une attention particulière aux préoccupations concernant la réalisation de gains exorbitants sur les denrées alimentaires, l'accès à des informations précises et la nécessité de ne pas imposer de limites à l'exportation d'équipements médicaux et à la circulation des biens nécessaires d'une manière qui porterait préjudice aux populations les plus indigentes du monde. La **deuxième** déclaration appelait à l'assouplissement des sanctions internationales et à l'allègement de la dette internationale. Dans une **troisième** déclaration, le comité plaidait en faveur d'un meilleur accès aux vaccins et condamnait les limites et priorités discriminatoires en la matière. Il préconisait également des mesures efficaces pour lutter contre la désinformation concernant les vaccins et recommandait que des consultations publiques soient menées pour définir les priorités en matière d'accès. La **quatrième** déclaration condamnait le nationalisme vaccinal et préconisait un régime de droits de propriété intellectuelle qui empêche un relâchement de l'accès aux médicaments et aux vaccins.

– les lignes directrices publiées par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁷ concernaient principalement l'impact disproportionné sur les femmes des mesures restrictives adoptées, la nécessité de protéger les femmes contre la violence fondée sur le genre pendant le confinement, la participation égale des femmes à l'élaboration de réponses à la pandémie et la nécessité de maintenir l'accès des femmes à l'éducation. Le comité a également

4 Lignes directrices sur la COVID-19 et les disparitions forcées, 18 septembre 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disappearances/Guidelines-COVID19-EnforcedDisappearance-fr.pdf>.

5 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Statement on the coronavirus (COVID-19) pandemic and its implications under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7 août 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/TB/COVID19/Statement-CERD-COVID-19.docx>.

6 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, 6 avril 2020, doc. ONU E/C.12/2020/1 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, déclaration intitulée « COVID-19: UN Experts call for international solidarity to alleviate financial burdens of developing countries and the most vulnerable », 7 avril 2020, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/TB/COVID19/COVID-19_Call_for_international_solidarity.docx ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration sur l'accès universel et équitable aux vaccins contre la maladie à coronavirus (COVID-19), 27 novembre 2020, doc. ONU E/C.12/2020/2 (2020) ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration sur la vaccination universelle abordable contre la maladie à coronavirus (COVID-19), la coopération internationale et la propriété intellectuelle, 23 avril 2021, doc. ONU E/C.12/2021/1 (2021).

7 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Guidance Note on CEDAW and COVID-19, 22 avril 2020, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/TB/COVID19/Guidance_Note.docx.

1 Comité des droits de l'homme, Déclaration sur les dérogations au Pacte dans le contexte de la pandémie de COVID-19, 24 avril 2020, doc. ONU CCPR/C/128/2.

2 Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 29 : doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

3 Communiqué de presse du HCDH, « UN Human Rights Treaty Bodies Call for Human Rights Approach in Fighting COVID-19 », 24 mars 2020, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/03/un-human-rights-treaty-bodies-call-human-rights-approach-fighting-covid-19?LangID=E&NewsID=25742>.

publié une déclaration⁸ qui attirait l'attention notamment sur la discrimination multiple due à l'impact des mesures restrictives (exacerbation du nationalisme, du populisme, etc.), ainsi que sur les effets négatifs de la fermeture des frontières sur la solidarité internationale. Le comité s'est également dit préoccupé par le fait que, en raison de la pandémie, les ressources financières soient détournées des organismes de promotion de l'égalité des sexes.

– Dans une déclaration conjointe, le Comité des Nations Unies contre la torture et le Sous-comité pour la prévention de la torture, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et la présidente du Conseil d'administration du Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture⁹ ont attiré l'attention sur la vulnérabilité associée à la situation des personnes détenues dans des espaces confinés et se sont déclarés préoccupés par l'usage excessif de la force pour faire respecter les couvre-feux.

– Le Sous-comité pour la prévention de la torture a également publié des déclarations¹⁰ appelant les États à réduire la population carcérale, à veiller à ce que les mécanismes de plainte en matière de détention restent opérationnels, à prévoir d'autres modalités de visite dans les lieux de détention, à ne pas recourir automatiquement aux protocoles d'isolement disciplinaire à des fins d'isolement médical et à traiter les personnes mises en quarantaine comme des personnes libres à toutes fins autres que celle de la quarantaine elle-même et à les considérer comme des personnes privées de liberté devant pouvoir bénéficier de toutes les garanties fondamentales.

– Une déclaration du Comité des droits de l'enfant¹¹ attirant l'attention sur les effets des restrictions prolongées liées à la pandémie dans les domaines de la santé, de l'éducation, de l'économie et des loisirs, et appelant les États à explorer des solutions créatives telles que les activités de plein air et la diffusion d'émissions adaptées aux enfants, à garantir l'accès à l'apprentissage en ligne et à renforcer les services de protection de l'enfance pour les enfants en situation de confinement. La déclaration appelait également les États à envisager de mettre fin à la privation de liberté des enfants détenus s'il n'était pas possible de leur rendre visite là où ils se trouvaient, à s'abstenir de placer des enfants en détention pour violation des règles relatives à la COVID-19 et à ne pas invoquer les difficultés financières comme un obstacle à la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant.

– Le Comité pour les travailleurs migrants a publié trois déclarations¹² en collaboration avec divers autres organes et responsables internationaux œuvrant dans le domaine des droits des migrants. La première déclaration appelait à mettre en place des garanties spéciales dans le cadre des mesures de lutte contre la COVID, notamment en respectant les normes énoncées dans la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et en s'assurant que les mesures d'urgence sont nécessaires, légitimes, proportionnées et non discriminatoires, en fournissant aux enfants de migrants un accès virtuel à l'éducation, en « découplant » l'application de la législation relative à l'immigration et l'accès à la santé et à d'autres services publics, en réduisant la rétention des immigrants et en envisageant la suspension des expulsions pendant la pandémie. La deuxième déclaration recommandait la protection des droits des migrants placés en centre de rétention et l'adoption de mesures en vue de leur rapatriement dans de bonnes conditions de sécurité et de dignité. La troisième déclaration appelait à un accès équitable des migrants aux vaccins.

– Le Comité pour les droits des personnes handicapées a également publié deux déclarations¹³. La première (publiée avec un autre responsable des Nations Unies) recommandait des mesures rapides de désinstitutionnalisation des personnes handicapées ainsi que l'inclusion et la participation effective à la préparation des mesures à prendre face à la pandémie. La seconde déclaration approuvait un rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme qui préconisait, relativement aux personnes handicapées, des réponses spécifiques à la pandémie s'inspirant des meilleures pratiques internationales, consistant notamment à exempter les aidants des personnes handicapées de restrictions de déplacement, à assouplir les règles de confinement pour les personnes handicapées et à remettre en liberté les détenus handicapés.

En fin de compte, dans ces nombreuses déclarations les organes internationaux n'ont objecté que de manière limitée à la nécessité réelle d'imposer de larges restrictions aux droits de l'homme pendant la pandémie. En revanche, ils ont donné une certaine impulsion pour que des contraintes soient associées à la portée et à l'élaboration des restrictions adoptées, et une impulsion plus forte encore pour l'introduction de mesures correctives ou de mesures de réduction des dommages. Permettez-moi d'aborder trois aspects clés qui illustrent cette approche générale.

Premièrement, les restrictions apportées aux droits de l'homme en période de pandémie sont perçues par les organes internationaux comme un « mal nécessaire » – une chose à laquelle les États non seulement peuvent recourir, mais doivent recourir afin de protéger la santé publique et le droit à la vie. La question n'est donc pas de savoir s'il faut ou non restreindre, mais comment restreindre et que restreindre. Sur ce point, les déclarations montrent une grande attention accordée au fait d'opérer dans les cadres juridiques existants – la législation interne, y compris les lois d'urgence, ainsi

8 Déclaration du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Call for joint action in the times of the COVID-19 pandemic », 21 avril 2020, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/TB/COVID19/CEDAW_Call_for_joint_action.doc.

9 Déclaration conjointe publiée par le Comité des Nations Unies contre la torture, le Sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et le Conseil d'administration du Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture, « COVID-19 Exacerbates the risk of Ill-Treatment and Torture Worldwide », 26 juin 2020, <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/06/covid-19-exacerbates-risk-ill-treatment-and-torture-worldwide-un-experts?LangID=E&NewsID=25995>.

10 Communiqué de presse du HCDH, « UN Torture Prevention Body: COVID-19 Shows Need to Strengthen National Preventive Mechanisms », 2 juillet 2020, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/07/un-torture-prevention-body-covid-19-shows-need-strengthen-national?LangID=E&NewsID=26031> ; Sous-comité pour la prévention de la torture, Avis adressé par le Sous-Comité aux États parties et aux mécanismes nationaux de prévention concernant la pandémie due au coronavirus (COVID-19), 25 mars 2020, doc. ONU CAT/OP/40/2 (2020).

11 Déclaration du Comité des droits de l'enfant : « Le Comité des droits de l'enfant met en garde contre les graves conséquences physiques, émotionnelles et psychologiques de la pandémie de COVID-19 sur les enfants et appelle les États à protéger les droits de l'enfant », 8 avril 2020, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CRC/STA/9095&Lang=en.

12 Comité des Nations Unies pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, Joint Guidance Note on the Impacts of the COVID-19 Pandemic on the Human Rights of Migrants, 26 mai 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants.pdf> ; Communiqué de presse du HCDH, « COVID-19: Governments must protect the rights of migrants during the pandemic and beyond, UN experts urge », 26 mai 2020, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/05/covid-19-governments-must-protect-rights-migrants-during-pandemic-and-beyond?LangID=E&NewsID=25904> ; Comité des Nations Unies pour les travailleurs migrants (CMW), Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), Rapporteur spécial sur les réfugiés, les demandeurs d'asile, les personnes déplacées et les migrants en Afrique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Représentant spécial de la Secrétaire générale sur les migrations et les réfugiés du Conseil de l'Europe et Rapporteur sur les droits des migrants de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Joint Guidance Note on Equitable Access to COVID-19 Vaccines for All Migrants (2020), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/JointGuidanceNoteCOVID-19-Vaccines-for-Migrants.pdf> ; Communiqué de presse du HCDH, « Stranded migrants need safe and dignified return – UN Migrant Workers Committee », 1er octobre 2020, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/09/stranded-migrants-need-safe-and-dignified-return-un-migrant-workers?LangID=E&NewsID=26325>.

13 Déclaration conjointe du Président du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées, au nom du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées et de l'Envoyée spéciale du Secrétaire général des Nations Unies sur le handicap et l'accessibilité, « Les personnes handicapées et le COVID-19 », 1er avril 2020, <https://www.ohchr.org/fr/statements/2020/04/joint-statement-persons-disabilities-and-covid-19-chair-united-nations-committee?LangID=E&NewsID=25765> ; Comité pour les droits des personnes handicapées, Statement on COVID-19 and the human rights of persons with disabilities, 9 juin 2020, <https://www.ohchr.org/en/news/2020/06/statement-covid-19-and-human-rights-persons-disabilities?LangID=E&NewsID=25942>.

que les clauses de limitation et de dérogation des traités internationaux –, au maintien de l'accès aux organes juridictionnels et aux voies de recours, et à la préservation d'un espace civique même pendant la pandémie. En d'autres termes, il y a un grand effort en faveur du maintien de l'état de droit dans une période exceptionnelle, de la préservation du contrôle juridictionnel sur les mesures appliquées, et de la protection des institutions démocratiques. À cet égard, les lois, les tribunaux et les services d'application des lois et, plus largement, l'espace civique où les revendications sont formulées et exprimées, sont considérés par les organes conventionnels comme un service essentiel que l'on ne peut pas fermer, même en cas de pandémie.

Deuxièmement, les déclarations en question témoignent d'une très vive préoccupation quant aux effets disparates des mesures liées à la pandémie – préoccupation relative à la discrimination indirecte, c'est-à-dire au fait que des mesures qui a priori s'appliquent à tous de manière égale, touchent de manière particulièrement préjudiciable les personnes en situation de vulnérabilité, notamment les personnes exposées à une discrimination multiple ou intersectionnelle comme les femmes appartenant à des minorités ou les enfants handicapés. Grâce à leur expertise et à leur attention prioritaire à des catégories particulières de victimes (migrants, détenus, personnes disparues, etc.), les organes conventionnels spécialisés peuvent mieux cerner ces préjudices spécifiques et demander des mesures d'atténuation et des actions préventives, par exemple la participation des femmes ou des groupes minoritaires à l'élaboration et à la mise en œuvre des mesures de réaction ou la libération des personnes placées en rétention administrative.

Troisièmement, les déclarations sont relativement succinctes au sujet des mesures abusives impliquant des réponses inutiles ou disproportionnées à la pandémie, telles que l'interdiction des manifestations politiques, le recours à des programmes de surveillance non volontaires, la criminalisation de la diffusion de « fausses nouvelles » et la suspension des activités du parlement pour raisons sanitaires. Ces abus spécifiques sont censés être examinés par des organes internationaux et par la Cour européenne dans les années à venir. Il est regrettable, par exemple, que dans son récent examen du rapport soumis par Israël¹⁴, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'ait pas davantage attiré l'attention sur le recours à l'Agence israélienne de sécurité (ISA) pour le traçage des contacts ou sur la fermeture brutale des frontières, y compris pour les citoyens israéliens qui étaient à l'étranger – deux types de mesures que d'autres États ont prises de manière semblable ou analogue.

En résumé, la pandémie a représenté non seulement un problème de santé publique et une crise humanitaire, mais aussi un défi pour la résilience même du cadre international (et national) des droits de l'homme. Si le cadre juridique semble être resté applicable et adaptable, la qualité de la surveillance effective par les organes internationaux – un système qui même en temps normal fait face à des difficultés et défis de taille – a considérablement pâti de la perturbation des activités des organes conventionnels à Genève et de l'absence de solutions alternatives efficaces aux réunions en présence. D'autres juridictions régionales et nationales ont aussi rencontré de réelles difficultés. Nous verrons hélas, dans les années à venir, les dommages que la crise de la pandémie a causés aux droits de l'homme.

Je vous remercie de votre attention.



Lady Arden of Heswall

Ancien Juge de la Cour suprême
du Royaume-Uni

OBLIGATIONS POSITIVES DES ÉTATS LORS D'UNE PANDÉMIE

1. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

Dans cette contribution, j'aborde principalement le concept d'obligation positive incombant à un État, en particulier en vertu de l'article 2 de la Convention, dans le contexte de la pandémie de COVID-19. J'avance que trois principes doivent être respectés : égalité, équité et commodité.

2. OBLIGATION DE L'ÉTAT FACE AUX RISQUES MENAÇANT L'EXERCICE DES DROITS GARANTIS PAR LA CONVENTION

La doctrine relative aux obligations positives découlant du droit à la vie est exposée dans l'arrêt **Osman c. Royaume-Uni (requête 87/1997/871/1083)**. L'affaire concernait, non pas la pandémie, mais un meurtre commis par un acteur non étatique. En l'espèce, un enseignant qui nourrissait des sentiments obsessionnels et perturbants pour un élève avait tué le père de celui-ci. La famille avait déjà demandé la protection de la police. Le droit du Royaume-Uni ne permettait pas d'engager un recours contre la police pour défaut de protection.

La Grande Chambre a estimé que cinq conditions devaient être réunies pour qu'un manquement à l'obligation positive puisse être constaté :

1. Il devait y avoir un risque pour la vie
2. La vie menacée devait être celle de personnes identifiées
3. Le risque devait être réel
4. Le risque devait être immédiat et
5. L'État en connaissait ou aurait dû en connaître l'existence.

La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) a clairement considéré qu'il fallait mettre en balance les mesures que l'État devait prendre dans l'intérêt de la société d'une part et dans l'intérêt de la personne concernée d'autre part, mais que la Convention n'imposait pas à l'État d'agir au-delà de ce qui était raisonnable. Autrement dit, le fait que la vie soit menacée ne doit pas automatiquement conduire à présumer que l'État devait prendre des mesures pour protéger la vie. La Grande Chambre s'est exprimée ainsi :

« 116. Pour la Cour, et sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en

¹⁴ Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique soumis par Israël, doc. ONU CCPR/C/ISR/CO/5 (2022).

prévenir la réalisation. [...] Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par l'article 2, essentiel pour l'économie de la Convention, il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. »

Elle a ajouté que la question de savoir si l'État avait failli à son obligation positive dépendait des faits de l'espèce :

« Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire en question. » (*Osman*, paragraphe 116)

Cet élément est important parce qu'au vu des faits, la Grande Chambre a estimé que l'État n'avait pas failli à son obligation, la police ayant pris les mesures concrètes qui pouvaient raisonnablement être prises pour empêcher que le risque réel et immédiat pour la vie ne se matérialise.

Il est possible de dégager quatre conclusions de principe pertinentes pour le sujet qui nous intéresse aujourd'hui.

1. L'État n'avait pas seulement une obligation négative : il avait aussi une obligation positive de protéger le droit à la vie. Rien, dans la Convention, n'indique que les obligations mises à la charge de l'État devraient être limitées à des obligations négatives. La jurisprudence *Osman*, maintenant ancienne, le réaffirme.
2. L'essentiel est de déterminer s'il existait un risque réel et immédiat et si l'État a pris des mesures raisonnables pour y remédier. Un risque réel n'est pas nécessairement immédiat, et l'évaluation du caractère immédiat d'un risque dépend du contexte. De surcroît, l'accent étant mis sur le « risque », les obligations positives dans ce contexte ne consistent pas tant à réparer les conséquences qu'à examiner la nature du risque. Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat.
3. Dans l'affaire *Osman*, il y avait un conflit entre l'intérêt de la société (l'affectation des ressources disponibles pour le maintien de l'ordre) et celui de la personne concernée. Pour résoudre ce conflit, la Grande Chambre a ménagé un équilibre entre le risque pour les droits individuels, dont le droit absolu qu'est le droit à la vie, et l'intérêt de la société. L'État jouit en outre d'une ample marge d'appréciation. Néanmoins, en présence de plusieurs victimes potentielles, les mesures prises ne doivent pas introduire de discrimination entre les victimes sans justification légitime. La Cour examine alors ces mesures de façon extrêmement attentive (voir *Safi c. Grèce*, 5418/15, 7 juillet 2022, paragraphe 152).
4. La deuxième condition a été quelque peu modifiée, en ce sens qu'il n'est plus besoin de démontrer qu'il y a nécessité de protéger certains individus en particulier – plutôt que la société en général (voir *Cevrioglu c. Turquie*, 69546/12).

3. DURANT LA CRISE DU COVID-19, LES POUVOIRS PUBLICS ONT ÉTÉ CONFRONTÉS À DE MULTIPLES PROBLÈMES

Le COVID ne ressemblait à aucune des catastrophes naturelles que l'Europe ait connues au cours de la période récente. Pour mémoire, voici quelques exemples des difficultés auxquelles les pouvoirs publics se sont trouvés confrontés :

- Faut-il rendre le port du masque obligatoire ?
- Faut-il imposer un confinement ?
- Faut-il reporter les soins courants pour permettre l'hospitalisation des patients atteints du COVID ?

- Que faut-il faire pour protéger les plus vulnérables durant un éventuel confinement ?
- Quelles dispositions faut-il prendre pour les élèves dont la scolarité risque d'être gravement perturbée ?
- Que faut-il faire pour protéger les détenus et les immigrés en rétention ?
- Faut-il privilégier les jeunes par rapport aux plus fragiles pour l'accès aux soins hospitaliers ?
- Faut-il interdire les visites des amis et proches à l'hôpital ou dans les établissements d'accueil ?
- Faut-il admettre les personnes âgées en maison de retraite ou les faire sortir de maison de retraite ?
- Faut-il que les tribunaux restent ouverts et doivent-ils rester accessibles au public ?
- Faut-il rendre la vaccination contre le COVID-19 obligatoire et, dans l'affirmative, pour qui ?
- Faut-il autoriser l'immigration et le tourisme ?

Cette liste n'est pas exhaustive. L'État avait d'innombrables occasions de commettre des erreurs. Au début de la pandémie, le Royaume-Uni a été confronté à une énorme pénurie de vêtements de protection individuelle, et des histoires épouvantables ont circulé concernant des professionnels de santé dans l'incapacité de se protéger correctement contre le risque d'infection. Les mesures prises pour remédier à cette pénurie ont été amplement critiquées. Au Royaume-Uni, il est également reproché à l'exécutif d'avoir abusé de son pouvoir lorsqu'il agissait dans le cadre de pouvoirs spéciaux, sans contrôle du Parlement. De surcroît, les dispositions législatives adoptées ont parfois été obscures voire contradictoires. Une enquête officielle, qui devrait commencer en janvier 2023 sous la direction de la baronne Hallett, devrait permettre d'évaluer la gestion du COVID par le Royaume-Uni et son impact dans le pays, ainsi que de dégager des leçons pour l'avenir.

4. LES DIVERSES APPROCHES ADOPTÉES PAR LES DIFFÉRENTS PAYS DU MONDE POUR MAÎTRISER LE RISQUE DE SANTÉ PUBLIQUE

Autre difficulté : les pays ont adopté des stratégies différentes face au COVID. À titre d'exemple, la Nouvelle-Zélande a fermé ses frontières et a appliqué une stratégie « zéro COVID », mais lorsqu'une personne a introduit le variant Omicron dans le pays, la population était vulnérable. À l'inverse, la Suède a estimé qu'il fallait légiférer le moins possible et s'en remettre à la responsabilité individuelle. Par ailleurs, il y a eu des avancées scientifiques considérables concernant le traitement de la maladie, son mode de transmission et l'approche thérapeutique à adopter. Bien souvent, la Cour n'est pas qualifiée pour évaluer quelle politique est la bonne dans telle ou telle situation. Alors qu'un gouvernement dispose d'une marge raisonnable pour adopter une politique particulière, la Cour n'a pas la liberté de dire qu'elle aurait agi différemment. Dans la plupart des situations, elle doit respecter le choix du gouvernement.

5. LE TEXTE DE LA CONVENTION EST D'UNE AIDE LIMITÉE

La Convention ne comporte aucune disposition sur un éventuel droit aux soins de santé. Les obligations qui incombent à l'État doivent être déduites des autres dispositions de la Convention, par exemple des articles 2 et 3, et de la jurisprudence de la Cour.

Il n'est pas fait clairement mention des droits en jeu en cas de pandémie, si ce n'est que l'article 5 § 1 e) autorise la détention régulière d'une personne afin d'éviter la propagation « d'une maladie contagieuse ». Même si la protection des personnes en détention est peut-être implicitement visée dans cette disposition, il n'est pas possible de considérer qu'une obligation positive plus large, visant la population dans son ensemble, en découle. Il est important et pertinent de souligner que la détention telle que prévue dans cette disposition doit être envisagée comme une solution de dernier recours (**Enhorn c. Suède, 56529/00**).

6. PRÉSENTATION DE QUELQUES AFFAIRES

Vavříčka c. République tchèque, 47621/13 (document de référence, page 10)

Cette affaire ne concernait pas le COVID-19 mais elle avait trait à la vaccination. Selon la législation tchèque, les enfants doivent être vaccinés contre certaines maladies connues. S'ils ne le sont pas, les parents risquent une sanction pénale et les enfants qui n'ont pas de contre-indication à la vaccination ne peuvent pas être admis à l'école maternelle. Dans cette affaire, des parents ont saisi la Cour sur le terrain de l'article 8, mais ils ont été déboutés. La Cour s'est livrée à un examen très détaillé des preuves et elle est parvenue à la conclusion que la vaccination servait à la fois l'intérêt des enfants et celui de la société, dans la mesure où elle était soutenue et approuvée à l'échelle internationale et reconnue comme un moyen efficace de promouvoir la santé publique. Elle perdrait en outre son efficacité si elle était volontaire.

L'arrêt *Vavříčka* est une décision courageuse et novatrice dans le domaine de la santé publique, mais il n'avait pas pour enjeu la vaccination obligatoire. La vaccination pose la question de l'équilibre entre intérêt particulier et intérêt collectif. En Europe et aux États-Unis, des tentatives ont été faites pour imposer la vaccination contre le COVID à certaines catégories de travailleurs, mais d'après mes informations, en Europe, ces projets ont avorté.

Au Royaume-Uni, le programme de vaccination volontaire a, comme ailleurs, été un succès. Il s'est accompagné d'une vaste campagne d'information sur la sûreté et les avantages de la vaccination contre le COVID. L'objectif était de contrer les arguments que les « antivax » diffusaient dans les réseaux sociaux et ailleurs. Des mesures ont également été prises pour compliquer certains aspects de la vie des personnes qui refusaient de se faire vacciner. La vaccination obligatoire en revanche supposerait de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne et serait donc difficile à justifier. Néanmoins, si des salariés choisissent de travailler dans un secteur particulier et sont en contact avec des personnes à risque face au COVID, il semble en principe envisageable d'exiger qu'ils soient vaccinés ou portent un masque dans la mesure du possible (il ne s'agirait cependant pas d'imposer une interdiction générale arbitraire).

Q et R c. Slovaquie, 19938/20 (document de référence, page 25)

Communauté genevoise d'action syndicale (GCAS) c. Suisse, 21881/20 (document de référence, page 8)

R(Gardner) c. Secretary of State for Health and Social Care [2022 EWHC 967]. Dans cette affaire très récente dont a eu à connaître la *Divisional Court of England and Wales*, deux séries de directives émises par le secrétariat d'État à la santé et aux affaires sociales relativement au transfert en maison de retraite de personnes âgées hospitalisées étaient contestées. Les arguments tirés des droits protégés par la Convention ont été écartés, mais celui fondé sur des principes internes a prospéré au motif que les directives ne soulignaient pas que les personnes admises en maison de retraite pouvaient être asymptomatiques et auraient dû être placées en quarantaine.

7. RECOLLER LES MORCEAUX DU PUZZLE – PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE L'OBLIGATION DE PROTÉGER DURANT UNE PANDÉMIE

Quelles sont les principales caractéristiques de l'obligation de protéger ?

1. **Ne rien faire est impossible.** En présence d'une menace réelle et immédiate contre la vie, le gouvernement ne peut pas mener la politique de l'autruche et prétendre que le COVID n'est rien de plus qu'une forme de grippe et qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter. Il doit prendre des mesures pour protéger la vie de la population.
2. **Ménager un équilibre.** En cas de conflit potentiel entre les droits individuels et ceux de la société, un exercice de mise en balance est indispensable. Il faut tenir compte des ressources. À titre d'exemple, certains États sont mieux placés que d'autres pour fournir des vaccins.
3. **Mesures de santé publique.** Les pouvoirs publics ne doivent pas se livrer à une discrimination sans justification.
4. **Ample marge d'appréciation.**
 - a. **Ressources et priorités.** En matière de santé publique, l'action exige souvent des ressources considérables. Le plus souvent, les pouvoirs publics doivent être capables de décider par eux-mêmes de ce qu'il faut faire et de la priorité à donner à diverses dépenses publiques – faut-il financer les hôpitaux ou préserver la santé des personnes qui ne peuvent plus gagner leur vie en raison d'un confinement ou encore agir pour que le système éducatif ou l'économie soient le moins perturbés possible, et ainsi de suite. La question qui se pose est celle de savoir si le gouvernement a pris des mesures raisonnables compte tenu de ce qu'il savait ou aurait dû savoir au sujet des risques.
 - b. **Formes de protection.** L'arrêt *Osman* a trait à l'atténuation des risques et non à l'obligation d'éviter tous les risques ou de protéger la vie en toute circonstance. Il existe pour l'État différentes manières de protéger. Dans certains contextes, il lui suffit d'adopter une réglementation, à condition toutefois que cette réglementation soit efficace. Dans d'autres, il peut suffire qu'il garantisse un recours civil ou érige un comportement en infraction pénale.
5. **Obligation d'assurer un contrôle des mesures :** Lorsqu'il ne leur est pas possible d'avoir du recul, les pouvoirs publics doivent rester en phase avec les progrès scientifiques. De plus, lorsque les mesures ne sont plus nécessaires, ils doivent en réduire l'ampleur ou les retirer.

En somme, pour que l'État s'acquitte des obligations positives mises à sa charge par l'article 2 de la Convention face à la menace existentielle que représente une pandémie, trois conditions doivent être réunies : équité, égalité et commodité.



Katja Šugman Stubbs

Juge de la
Cour constitutionnelle de Slovénie

PROCÉDURES DEVANT LES TRIBUNAUX :
L'EXPÉRIENCE DES TRIBUNAUX NATIONAUX

I. INTRODUCTION

Comme de nombreuses juridictions du monde pendant l'épidémie, la Cour constitutionnelle slovène (ci-après « la Cour ») a été confrontée à des défis inédits lorsqu'elle a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité des mesures prises dans le cadre de la Covid-19. Nous étions relativement peu préparés à l'épidémie. La principale base légale de la gestion des épidémies est la loi de 1995 sur les maladies transmissibles. Sur la base de cette loi, le gouvernement a commencé à adopter de nombreux règlements visant à limiter la propagation de l'épidémie. Très vite après l'entrée en vigueur des premiers règlements, de nombreuses personnes physiques et morales ont introduit des recours devant la Cour, au point que celle-ci s'est parfois trouvée littéralement submergée de demandes d'examen de constitutionnalité ou de légalité¹.

Dans cet exposé, je donnerai d'abord un aperçu du cadre constitutionnel slovène, puis je procéderai à un examen critique de quelques grandes affaires dont notre Cour constitutionnelle a été saisie et de la réflexion méthodologique qui a guidé ses décisions pour terminer par une perspective comparative de cette jurisprudence.

II. CADRE CONSTITUTIONNEL

a. Principe de légalité

Dans la conception commune à de nombreux pays d'Europe continentale², le principe de légalité assure les contrôles et contrepoids entre les différentes fonctions de l'État. Pour reprendre les termes de Besselink, Pennings et Prechal, le principe de légalité prescrit que « l'exercice de l'autorité publique sur les citoyens, que ce soit sous la forme d'actes administratifs ou

de règlements contraignants, doit être fondé sur un acte du parlement. »³. Certains auteurs considèrent que la légalité est essentielle pour le maintien de l'état de droit, aux côtés de trois autres éléments cruciaux dont dépend la société moderne, à savoir la démocratie⁴, la séparation des pouvoirs⁵ et le respect des droits de l'homme⁶.

Principe constitutionnel fermement établi dans de nombreux pays⁷, le principe de légalité découle de l'idée de hiérarchie des normes juridiques. Au sommet se trouve la Constitution, suivie des lois (contenant les normes ayant le rang de loi), adoptées par un parlement démocratiquement élu, tandis qu'au plus bas niveau se situent les actes « infralégislatifs », c'est-à-dire les actes qui peuvent être adoptés par différentes autorités, notamment le pouvoir exécutif (par ex., les règlements, les ordonnances)⁸.

Cette organisation se fonde sur la doctrine de la suprématie de la loi, qui signifie 1) que le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire⁹ sont tous deux tenus par la loi¹⁰ et 2) que les actes du pouvoir exécutif doivent être conformes à la loi. Cela impose plusieurs obligations au pouvoir exécutif : 1) les actes des autorités administratives doivent avoir une base légale (pouvoir législatif)¹¹ ; 2) ces autorités doivent agir dans les limites fixées par le législateur. Dès lors, si les actes du pouvoir exécutif violent les textes de niveau supérieur (la Constitution ou les lois), ils sont considérés comme nuls et nonavenus. Autrement dit, les actes juridiques adoptés par le pouvoir exécutif, gouvernement inclus, n'ont pas d'existence autonome ; leur existence juridique dépend de leur base légale, à savoir une certaine loi (et, au niveau supérieur, la Constitution). Tout acte infralégislatif jugé anticonstitutionnel (pour quelque motif que ce soit) cessera d'exister. En conséquence, aucune juridiction ne peut fonder sa décision sur un acte infralégislatif non conforme à sa base législative ou à la Constitution (exception d'illégalité)¹². Il en résulte que les gouvernements ne peuvent pas exercer de pouvoirs qui ne sont pas prévus précisément par le législateur. Le système juridique vise ainsi à prévenir l'exercice d'un pouvoir arbitraire par le gouvernement.

Le système juridique slovène souscrit à cette doctrine puisque l'article 120 de la Constitution slovène exige que les autorités slovènes s'acquittent de leurs missions en toute indépendance, mais dans le cadre et sur la base de la Constitution et des lois. L'article 153 de la Constitution (Harmonisation des actes juridiques) exige que les règlements d'application et les autres actes

3 Ibid., p. 6.

4 M. Verhoeven, R. Widdershoven, « National Legality and European Obligations », in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 57.

5 L'idée de la séparation des pouvoirs trouve son origine à l'époque des Lumières, à commencer par Locke, qui a été l'un des premiers à critiquer l'idée d'une monarchie de droit divin et qui a théorisé la séparation des pouvoirs (le pouvoir revenant en dernier ressort au peuple) conférés aux branches exécutive et législative. L'idée de la séparation des pouvoirs a ensuite été développée par Montesquieu dans *L'esprit des lois* (à partir de 1748). Montesquieu a non seulement établi une distinction entre les branches législative, exécutive (ou administrative) et judiciaire, mais il a également énoncé l'obligation de répartir ces fonctions entre différentes autorités étatiques indépendantes les unes des autres. Voir, par ex., Sharon Krause, « The Spirit of Separate Powers in Montesquieu », *The Review of Politics*, vol. 62, n° 2, 2000, p. 231-265, Céline Spector, Montesquieu, 2020, hal 03149778.

6 U. De Vries, L. Francot-Timmermans, « As Good as it Gets: On Risk, Legality and the Precautionary Principle », in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 25.

7 Ibid. Voir aussi M. Verhoeven, R. Widdershoven, « National Legality and European Obligations », in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 57. Les auteurs affirment que ce principe est également reconnu comme un principe général du droit européen par tous les États membres.

8 Voir, concernant une notion similaire en droit allemand, G. Jurgens, M. Verhoeven, P. Willemsen, « Administrative Powers in German and English Law », in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 38-40.

9 Dans ce document, nous nous attachons à la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ; nous n'évoquerons donc pas le rôle du pouvoir judiciaire.

10 G. Jurgens, M. Verhoeven, P. Willemsen, « Administrative Powers in German and English Law » in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 38-40.

11 Ibid., p. 38.

12 Voir des solutions similaires en droit allemand, *ibid.*, p. 39.

1 Lorsque le gouvernement a introduit une mesure obligeant les fonctionnaires d'État à produire un certificat de vaccination ou de rétablissement, la Cour a reçu 250 demandes d'examen en moins d'une semaine. Voir : [Že 250 pobud za presojo ustavnosti pogoja PC v državni upravi - N1 \(n1info.si\)](#).

2 Le Royaume-Uni est un exemple particulier car, bien que les branches du pouvoir y partagent toutes les fonctions de légalité, le principe de légalité n'est pas reconnu comme un principe directeur. L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal, « Introduction: Legality in Multiple Legal Orders », in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 5-6.

généraux soient conformes à la Constitution et aux lois (textes législatifs). La Cour a déclaré dans de nombreux arrêts que le principe de légalité lie aussi le gouvernement en tant que plus haute autorité de l’administration de l’État¹³.

En général, le législateur détermine librement les domaines dans lesquels il légifère ; cependant, la Constitution impose qu’il soit le seul organe à légiférer dans le domaine des droits de l’homme¹⁴. Les modalités d’exercice des droits de l’homme et des libertés fondamentales ne peuvent être réglementées que par des textes législatifs, à plus forte raison lorsqu’il s’agit de restrictions des droits de l’homme¹⁵. Le principe de légalité est donc appliqué encore plus strictement aux actes du pouvoir exécutif lorsque les droits de l’homme sont concernés : la compétence pour s’ingérer dans les droits de l’homme ne doit jamais être transférée au pouvoir exécutif¹⁶.

b. Questions méthodologiques

Le problème constitutionnel majeur qui s’est posé à la Cour en Slovénie a été de déterminer comment apprécier la constitutionnalité des règlements pris par le gouvernement concernant des mesures liées à l’épidémie. Pendant l’épidémie de Covid, c’est la réalité tout entière du gouvernement qui a changé et, par là, la nature des demandes d’examen dont la Cour a été saisie. Premièrement, le gouvernement (et non plus le parlement) est devenu l’auteur principal des normes. Différents règlements étaient pris chaque semaine¹⁷, qui ont été massivement contestés devant la Cour par différents requérants¹⁸. Deuxièmement, pour la première fois dans l’histoire contemporaine, les droits de l’homme et les libertés ont subi des atteintes considérables et durables et ont ainsi été réduits, avant tout par les règlements pris par le gouvernement.

À cet égard, la Cour a reçu deux sortes de demandes de contrôle de la constitutionnalité des règlements, 1) la plupart contestant directement leur constitutionnalité (proportionnalité) sans remettre en cause leur base légale (alléguant, par exemple, une atteinte disproportionnée au droit à la liberté de circulation), 2) quelques-unes seulement contestant réellement la base légale de ces règlements (c’est-à-dire leur légalité). Dans cette seconde et plus modeste catégorie de requêtes, il était crucial d’adopter la bonne méthodologie pour examiner la contestation. Sachant que notre système constitutionnel est basé, comme il est précisé plus haut, sur la prémisse que les actes infralégislatifs (dont les règlements émanant du gouvernement) n’ont pas d’existence juridique autonome et doivent toujours se fonder sur une loi, il semble logique d’examiner d’abord la constitutionnalité de leur

base légale, puis d’apprécier ensuite leur caractère disproportionné éventuel. Cependant, face à ces nouveaux défis, la Cour a commis, à mon avis, une erreur de méthodologie dans sa première affaire importante.

III. JURISPRUDENCE¹⁹

a. Interdiction de circulation et de rassemblement dans les lieux publics et de déplacement hors de la commune du lieu de résidence (affaire n° U-I-83/20, 27 août 2020, 5 voix contre 4)

Dans l’ordre chronologique, la première décision importante a été rendue après la première vague de l’épidémie, fin août 2020. La Cour a examiné la constitutionnalité de deux règlements pris par le gouvernement, qui interdisaient tous deux les déplacements et les rassemblements dans des lieux publics ainsi que les déplacements hors de la commune de résidence. La question était de savoir si cette interdiction de déplacement était conforme à l’article 32 § 1 de la Constitution, qui garantit la liberté de circulation à tous.

La Cour a basé son contrôle sur i) le critère de légitimité, qui implique d’apprécier si le législateur poursuivait un objectif constitutionnellement acceptable et ii) le critère strict de proportionnalité, qui implique d’apprécier si l’ingérence était appropriée, nécessaire et proportionnée au sens strict. Elle a jugé qu’en restreignant la circulation à la commune de résidence, le gouvernement poursuivait un objectif constitutionnellement acceptable, à savoir endiguer la propagation de l’épidémie de Covid-19 et donc protéger la santé et la vie humaines, que cette maladie menaçait. La Cour a également jugé que les mesures étaient proportionnées : le niveau démontré de probabilité d’un effet positif de la mesure sur la protection de la vie et de la santé humaines l’emportait sur l’ingérence dans la liberté de circulation²⁰.

b. Arrêt de principe : restrictions de la liberté de circulation et de la liberté de rassemblement et d’association (affaire n° U-I-79/20, 13 mai, 2021, 5 voix contre 3)

Les requérants contestaient de multiples règlements pris par le gouvernement qui restreignaient la liberté de circulation (article 32 de la Constitution) ainsi que la liberté de rassemblement et d’association (article 42 de la Constitution) pendant l’épidémie. Ils contestaient la base légale de ces règlements, alléguant que l’article 39 de la loi sur les maladies transmissibles n’était pas conforme à la Constitution en raison du caractère trop général et de l’imprécision des critères justifiant l’ingérence dans ces deux droits. Sachant que l’arrêt rendu à la suite de cette requête a établi une nouvelle approche, qui a été confirmée ultérieurement par de multiples affaires liées à la Covid, je présenterai les détails de cette affaire ici.

13 Voir, par ex., décision de la Cour constitutionnelle n° U-I-73/94, § 17 des motifs, et n° U-I-84/09, du 2 juillet 2009 (Journal officiel RS, n° 55/09, et OdlUS XVIII, 31), § 8 des motifs.

14 Voir décision n° U-I-79/20 ci-dessous, § 71.

15 Voir, par ex., décision de la Cour constitutionnelle n° U-I-25/09, du 27 novembre 1997 (Journal officiel RS, n° 5/09, et OdlUS VI, 158), §§ 30 et 31 des motifs, et décision n° U-I287/95, du 14 novembre 1996 (Journal officiel RS, n° 68/09, et OdlUS V, 155), § 8 des motifs, décision n° U-I-346/09, du 10 juillet 2003 (Journal officiel RS, n° 73/09, et OdlUS XII, 70), § 10 des motifs, et décision n° 1303/ 11, U-I-25/14, du 21 mars 2014 (Journal officiel RS, n° 25/09, et OdlUS XX, 21), § 10 des motifs.

16 La seule exception est l’état d’urgence (articles 92 et 108 de la Constitution). Dans ce cas, lorsque l’Assemblée nationale est dans l’impossibilité de se réunir en raison d’un état d’urgence ou de la guerre, le président de la République peut, sur proposition du gouvernement, prendre des décrets ayant force de loi. Toujours dans ce cas, le gouvernement ne peut pas adopter directement de décrets ayant force de loi et même lorsqu’ils sont adoptés, le président de la République doit les soumettre à l’Assemblée nationale pour confirmation dès que celle-ci se réunit.

17 Cette situation résultait non seulement de l’évolution de l’épidémie, mais aussi de la décision de la Cour n° U I 83/20 (à partir du 16 04 2020) sur la suspension des règlements, qui a imposé au gouvernement d’évaluer toutes les semaines la nécessité des mesures liées à la Covid.

18 Étant donné la faible durée de vie des règlements, la Cour a dû d’emblée contrôler des actes juridiques qui n’étaient plus en vigueur. C’est pourquoi elle a commencé par établir une exception à la règle voulant qu’elle ne peut contrôler que des actes encore en vigueur (article 47 § 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle). Elle a procédé au contrôle bien que les ordonnances qu’elle examinait aient expiré au cours de la procédure. Elle l’a fait en décidant que la requête soumise à la Cour soulevait une question de constitutionnalité particulièrement importante à caractère systématique sur laquelle elle n’avait pas encore eu l’occasion de prendre position. La même question, a jugé la Cour, pourrait aussi se poser à propos d’actes futurs (ordonnances ou règlements) de caractère similaire.

19 La Cour a rejeté la grande majorité des requêtes contestant les mesures liées à la Covid. Elle a toutefois statué sur le fond d’autres affaires intéressantes hormis celles qui sont présentées ici. Dans une de ces affaires, la Cour a jugé que le ministre de l’Éducation avait agi contrairement à la Constitution en ordonnant que le travail éducatif, et en particulier le travail éducatif pour les enfants ayant des besoins spéciaux, soit mené à distance. Ces ordonnances ont été jugées inconstitutionnelles en raison de l’imprécision de leur base légale et du fait que le ministre n’avait pas consulté d’experts avant de les prendre (affaire n° U-I-8/21, du 16 09 2021).

20 La Cour a statué ainsi sans évaluer effectivement la base légale des règlements examinés, ce qui a été un aspect majeur des objections formulées par quatre juges dans leur opinion dissidente.

La base légale du règlement contesté était l'article 39 de la loi sur les maladies transmissibles, qui est libellé comme suit :

« 1) Lorsque les mesures déterminées par la présente loi²¹ ne peuvent empêcher l'introduction et la propagation de certaines maladies transmissibles en République de Slovénie, le gouvernement de la République de Slovénie peut également imposer les mesures suivantes :

1. fixer les conditions dans lesquelles il est possible de se rendre dans un État où il existe un risque de contracter une maladie transmissible dangereuse et d'en revenir ;
2. interdire ou limiter la circulation de la population dans les zones infectées ou directement menacées ;
3. interdire les rassemblements dans les écoles, les cinémas, les bars et les autres lieux publics jusqu'à disparition de la menace de propagation de la maladie transmissible ;
4. limiter ou interdire la vente de certains types de marchandises ou de produits.

2) Le gouvernement de la République de Slovénie doit immédiatement informer l'Assemblée nationale de la République de Slovénie et le public des mesures décidées conformément au paragraphe précédent. »

Comme on peut le constater, cet article est assez général. La base légale qu'il fournissait agissait comme un « parapluie » qui a couvert la grande majorité des règlements ultérieurs liés à la Covid.

La Cour, lorsqu'elle a examiné cette affaire, a commencé par fonder sa décision sur le principe de légalité, déclarant : « Le principe de légalité énoncé par l'article 120 § 2 de la Constitution comporte deux exigences : 1) les règlements d'application et les actes individuels du pouvoir exécutif... ne peuvent être adoptés que sur la base de la loi, ce qui signifie qu'ils doivent avoir une base matérielle (suffisamment précise) dans la loi... conformément [à la première exigence] ... le pouvoir exécutif ne peut opérer que sur la base d'une règle matérielle prévue par la loi suffisamment déterminable. ... [le pouvoir exécutif] a besoin d'une réglementation suffisamment claire et précise par la loi des questions qui relèvent de la compétence exclusive du législateur, c'est-à-dire des questions qui sont essentielles, fondamentales et centrales pour un certain système juridique sans être suffisamment importantes pour être réglées par la Constitution. Le pouvoir exécutif ne doit pas réglementer lui-même ces questions. ... À chaque fois que le législateur autorise le pouvoir exécutif à adopter un règlement d'application, il doit d'abord lui-même fixer les bases du contenu qui doit faire l'objet du règlement d'application et établir le cadre et les principes directeurs à suivre par le règlement d'application pour réglementer plus précisément le contenu. ... Une autorisation générale accordée au pouvoir exécutif (c'est-à-dire une autorisation ne contenant pas de critères matériels) implique l'échec du législateur à légiférer sur des questions qui relèvent de la loi, ce qui n'est pas conforme à l'ordre constitutionnel. »²².

La Cour a souligné plus loin l'importance d'une base légale précise lorsque les droits de l'homme sont en jeu. « L'exigence de précision de la base légale lorsqu'une restriction des droits de l'homme et des libertés fondamentales est en jeu est encore plus stricte. ... La Constitution dit que les droits de l'homme et les libertés fondamentales peuvent être limités (article 15 § 3 de la Constitution), mais les restrictions doivent revêtir un caractère exceptionnel et être déterminées le plus précisément possible. Il résulte de l'article 15 § 2 de la Constitution que seule la loi peut réglementer les modalités d'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il en est ainsi a fortiori en ce qui concerne toute restriction des droits de l'homme. »²³.

« ... Lorsque... un acte général, c'est-à-dire un acte qui renvoie à un nombre indéterminé d'individus, porte une atteinte directe aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, cet acte doit être une loi. En fait... le législateur peut laisser la réglementation plus détaillée de questions techniques et moins importantes concernant la limitation d'un certain droit de l'homme ou d'une certaine liberté fondamentale au pouvoir exécutif mais – au vu de l'importance constitutionnelle des droits de l'homme et du libellé des clauses limitatives dans la Constitution – il doit fixer dans la loi des critères suffisamment précis pour cette réglementation. ... La Cour constitutionnelle a déjà pris position sur le fait que l'autorisation de réglementer accordée au pouvoir exécutif doit être d'autant plus restrictive et précise que sont grands l'ingérence dans les droits de l'homme et les libertés fondamentales individuels ou l'effet de la loi sur ces droits et libertés. Elle doit toujours être suffisamment précise pour ne pas laisser au pouvoir exécutif l'initiative de limiter lui-même les droits de l'homme et les libertés fondamentales par voie de règlement... Sachant que l'administration est liée par la Constitution et par la loi, une base légale suffisamment précise est une protection essentielle contre les ingérences arbitraires du pouvoir exécutif dans les droits de l'homme et les libertés fondamentales »²⁴.

« Conformément à la Constitution, les autorités publiques ont le devoir, s'il survient une maladie transmissible, d'organiser une protection appropriée de la santé et de la vie des personnes qui, le cas échéant, limite aussi la liberté de circulation et le droit de réunion et d'association. Cependant, elles doivent ce faisant tenir compte du fait que ces restrictions doivent être essentiellement déterminées par la loi et que l'autorisation éventuellement accordée au pouvoir exécutif de préciser ces limites par la voie réglementaire doit être suffisamment précise... »²⁵.

La Cour s'est également référée à la jurisprudence de la CEDH, déclarant : « ... En ce qui concerne un certain nombre de droits garantis par la Convention, la CEDH souligne qu'il résulte des dispositions de la Convention européenne conformément auxquelles les ingérences dans les droits de l'homme doivent être prescrites par la loi que non seulement les ingérences doivent être réglementées par la législation nationale, mais aussi que cette législation doit correspondre au principe d'un État de droit, ce qui implique qu'elle remplisse certains critères de qualité. La réglementation par la loi des ingérences dans les droits humains doit être suffisamment claire, formulée avec une précision suffisante, accessible et prévisible.²⁶ »²⁷ « La liberté de circulation est garantie par l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention, dont le paragraphe 3 dispose expressément que l'exercice des droits en vertu de cet article ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi. La liberté de réunion et d'association est garantie par l'article 11 de la Convention, dont le paragraphe 2 implique que l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi. Pour apprécier s'il existe une base légale suffisante pour une ingérence, la CEDH applique les mêmes critères de qualité que pour apprécier les ingérences dans d'autres droits garantis par la Convention. »²⁸.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour a conclu que le règlement contesté (article 39 § 1 points 2) et 3), de la loi sur les maladies transmissibles) ne satisfaisait pas à l'obligation constitutionnelle de lex certa. À cet égard, en autorisant le gouvernement à choisir, à sa discrétion, le type, le périmètre et la durée des restrictions qui porteraient atteinte à la liberté de circulation

²⁴ § 72 de la décision.

²⁵ § 76 de la décision.

²⁶ Voir, par ex. les arrêts de la CEDH dans *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015, § 228 et suivants, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, § 63, *Dragin c. Croatie*, 24 juillet 2014, § 90, et *Chumak c. Ukraine*, 6 mars 2018, § 39. Voir aussi S. C. Greer, « The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights », Human Rights Files N° 15, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1997, p. 9-13 ; J. Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the Legal General Doctrines of Human Rights Law: Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Acta Universitatis Tamperensis 965, Tampere University Press, Tampere 2003, p. 185-208.

²⁷ § 77 de la décision

²⁸ § 78 de la décision.

²¹ Les articles qui précèdent l'article 39 donnent une description détaillée de certaines mesures qui peuvent être prises pour prévenir l'introduction ou la propagation de certaines maladies transmissibles : par ex. désinfection, contrôles médicaux spéciaux, quarantaine.

²² § 69 de la décision. Tous les passages cités sont extraits de la traduction anglaise officielle de la Cour constitutionnelle, disponible à l'adresse [u-i-79-209.pdf](https://www.us-rs.si/79-209.pdf) (us-rs.si). NdT : la traduction française est une traduction libre de ces passages.

²³ § 71 de la décision.

des résidents, il n’apportait pas la sécurité juridique. Le règlement permettait au gouvernement d’apprécier librement dans quels cas, pendant combien de temps et dans quel périmètre le rassemblement dans un lieu public pourrait être autorisé²⁹.

La Cour a jugé que le parlement devait remédier à la non-conformité établie dans un délai de deux mois suivant la publication de la décision. Tant que la non-conformité n’est pas corrigée, l’article 39 §1, points 2) et 3) de la loi sur les maladies transmissibles s’applique. La Cour a donc autorisé l’utilisation d’une base légale inconstitutionnelle pendant deux mois supplémentaires. Cette décision résultait du souhait de protéger la vie et la santé des personnes qui, en raison de l’absence de base légale, pouvaient être menacées, et de prévenir une situation inconstitutionnelle encore plus grave. Elle établissait aussi que les ordonnances du gouvernement qui étaient contestées n’étaient pas conformes à la Constitution parce qu’elles avaient été adoptées sur la base d’une loi inconstitutionnelle. Elle concluait que l’établissement d’une telle non-conformité avait l’effet d’une abrogation³⁰.

On voit donc que la Cour a adopté une stratégie différente lorsqu’elle a examiné les règlements contestés en l’espèce de celle qu’elle avait suivie dans l’affaire U-I-83/20. Elle a d’abord examiné la base légale, l’article 39 de la loi sur les maladies transmissibles. Après avoir jugé que celle-ci n’était ni assez précise ni suffisamment spécifique, elle a conclu que les règlements basés sur l’article 39 étaient eux aussi inconstitutionnels. L’inconstitutionnalité des règlements est une conséquence automatique de l’inconstitutionnalité de la base légale. En effet, comme il est souligné plus haut, aucun acte infralégislatif ne peut exister sans base légale valable. La Cour n’a pas examiné la proportionnalité des règlements contestés car elle avait déjà conclu à leur inconstitutionnalité.

c. Interdiction des manifestations publiques (affaire n° U-I-50/21, 17 juin 2021, 6 voix contre 2)

Dans cette décision, la Cour a examiné la proportionnalité de multiples dispositions des règlements pris par le gouvernement dans les parties qui ont totalement interdit les manifestations publiques entre le 27 février et le 17 mars³¹ et entre le 1er avril et le 18 avril 2021, puis les ont limitées à un maximum de 10 participants entre le 18 et le 31 mars et entre le 23 avril et le 14 mai 2021. Elle a établi que par leur durée et leurs effets, ces dispositions constituaient une grave ingérence dans le droit à la liberté de réunion pacifique et de rassemblement public (art. 42 §1 de la Constitution). C’est pourquoi elle a ensuite examiné la proportionnalité de ces mesures, bien qu’elle ait déjà jugé, dans sa décision n° U I 79/20 rendue un mois plus tôt, que la base légale de ces règlements était inconstitutionnelle.

La Cour a expliqué que ces deux mesures avaient été adoptées dans le but de prévenir la propagation d’une maladie transmissible, ce qui était un objectif constitutionnellement acceptable pour limiter le droit précité. À cet égard, elle a souligné que lorsqu’il s’agit de concilier le droit à la santé et à la vie d’une part et le droit à la liberté de réunion pacifique et de rassemblement public d’autre part, les deux droits sont en opposition et bénéficient tous deux d’un haut niveau de protection par la Constitution. La Cour a jugé ensuite que ces deux mesures n’étaient pas nécessaires parce qu’il existait en droit comparé un ensemble complet de mesures qui permettaient de prévenir la propagation des maladies transmissibles lors des manifestations publiques et qui constituaient une ingérence moindre dans le droit à la liberté de réunion pacifique et de rassemblement public que l’interdiction totale des manifestations publiques ou leur limitation à un maximum de dix personnes

(par ex. la distribution de masques de protection et de désinfectant pour les mains ou la fermeture des espaces publics et des rues afin de garantir un espace suffisant pour maintenir une distance appropriée entre les manifestants). Avant l’entrée en vigueur des mesures contestées, le gouvernement n’avait pas déterminé si des mesures moins rigoureuses permettaient d’atteindre l’objectif de santé publique et il n’avait pas tenu compte de l’obligation positive de l’État de garantir à un degré raisonnable compte tenu des circonstances l’exercice du droit à la liberté de réunion pacifique ou le devoir de coopérer avec les organisateurs de manifestations publiques.

d. Interdiction d’exécution des prestations de services (n° U-I-155/20), 7 octobre 2021, 5 voix contre 3)

Plusieurs sociétés de services ont contesté de multiples règlements restreignant les droits à la liberté du travail et à la liberté d’entreprise (articles 49 et 74 de la Constitution) pendant l’épidémie. Les requérants affirmaient que l’absence de base légale à l’interdiction d’exécuter des prestations de services (puisque l’article 39 § 1 4) de la loi sur les maladies transmissibles autorisait uniquement à limiter ou à interdire la vente de certains types de marchandises et de produits) permettait au gouvernement d’agir à sa guise et de fixer lui-même des limites aux droits constitutionnels, ce qui n’était pas conforme au principe de légalité.

Puisant largement dans la motivation de la décision rendue dans l’affaire U-I-79/20, la Cour a conclu que la base légale n’offrait pas de sécurité juridique parce qu’elle autorisait le gouvernement à fixer à sa guise les restrictions portant atteinte à la liberté du travail et à la liberté d’entreprise ainsi que leur durée. En outre, la base légale n’apportait pas de garanties limitant le pouvoir discrétionnaire du gouvernement, telles qu’un devoir de consultation des professionnels et d’information du public. La partie la plus importante de la décision était celle dans laquelle la Cour a jugé que la base légale (article 39 § 1 4), de la loi sur les maladies transmissibles) ne fournissait même pas de motifs sur lesquels baser une interdiction des services, mais seulement des motifs pour interdire la vente de certains types de marchandises et de produits. À cet égard, le gouvernement n’avait aucune base légale pour agir.

e. Règlement imposant aux fonctionnaires d’État de produire un certificat de vaccination ou de rétablissement (affaire n° U-I-210/21, 29 novembre 2021, 6 voix contre 3)

La dernière décision importante de la Cour concernait une demande d’examen de la constitutionnalité et de la légalité de l’article 10 bis du règlement sur les modalités de respect de l’obligation de produire un certificat de rétablissement, de vaccination ou de test, qui a jugé que les fonctionnaires de l’État doivent satisfaire à l’obligation de produire un certificat de rétablissement ou de vaccination pour accomplir leurs tâches sur le lieu de travail. La Cour a jugé que c’était une condition imposée par le droit du travail pour travailler au sein de l’État et que dès lors, la situation était essentiellement comparable à celles dans lesquelles le droit du travail imposait une obligation vaccinale pour différents types de postes. La base légale de la réglementation de ce vaccin était l’article 22 combiné avec l’article 25 de la loi sur les maladies transmissibles, qui concernent différents types de vaccins (obligatoires). La Cour a jugé que la mesure contestée, que le gouvernement avait adoptée par le règlement en question et qui s’appliquait aux fonctionnaires de l’État, n’avait pas été adoptée conformément à l’obligation de base légale. Elle a jugé qu’il existait déjà une base légale pour réglementer l’obligation vaccinale et que le gouvernement l’avait contournée en adoptant un règlement. La Cour a donc jugé que l’article 10 bis de l’ordonnance était incompatible avec l’article 120 § 2 de la Constitution.

29 Le juge dissident a surtout critiqué la décision parce qu’elle n’accordait pas une considération suffisante à la valeur de la vie humaine, affirmant que les périodes d’épidémie étaient exceptionnelles et que la loi sur les maladies transmissibles constituait une base légale suffisante dans ces périodes.

30 La Cour peut soit annuler (*ex tunc*) soit abroger (*ex nunc*) les règlements jugés inconstitutionnels ou non conformes à la loi (article 45 § 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle).

31 Avant cette date, les manifestations publiques étaient totalement interdites depuis le 20 octobre 2020, c’est-à-dire depuis plus de quatre mois avant le premier règlement examiné.

Par cette décision, la Cour n’a pas pris position sur la question de savoir si la mesure examinée – si elle avait été ordonnée sur une base légale acceptable – serait constitutionnellement acceptable du point de vue du principe de proportionnalité et du principe d’égalité devant la loi. De ce fait, la décision de la Cour n’implique pas que l’obligation vaccinale imposée aux employés pour l’accomplissement de certaines activités ou l’exercice de certaines professions est nécessairement une mesure disproportionnée. Elle implique que la mesure en cause aurait dû être réglementée conformément à la loi qui fixe les règles et les conditions applicables à toutes les vaccinations, à savoir la loi contre les maladies transmissibles.

f. Règlements concernant le certificat de rétablissement ou de vaccination ou le test négatif (affaires n° U-I-793/21, U-I-822/21, 17 février 2022, adoptée à l’unanimité)

La Cour a jugé à l’unanimité que le règlement sur les mesures temporaires aux fins de la prévention et du contrôle des maladies infectieuses, les infections à la Covid-19, qui obligeait une personne physique à remplir une des conditions (preuve de rétablissement, de vaccination ou test négatif) pour pouvoir accéder à certains espaces publics n’était pas contraire à la Constitution. La Cour a précisé que le règlement disposait que l’une au moins de ces conditions devait être remplie. Les tests étaient largement disponibles. En conséquence, ce règlement n’avait pas l’effet d’une vaccination obligatoire.

Aux termes de l’article 32 §1 combiné avec l’article 31 §§ 1 et 2 de la loi sur les maladies transmissibles, des examens de santé et d’hygiène obligatoires ciblés peuvent être ordonnés en cas de risque imminent de propagation d’une maladie transmissible. Les contrôles ciblés de santé et d’hygiène peuvent aussi comprendre le recueil d’échantillons biologiques humains pour examen en laboratoire. Selon la Cour, la loi sur les maladies transmissibles offrait une base légale suffisante pour imposer une obligation de test. Le règlement examiné restait aussi dans le cadre juridique défini. Il n’était donc pas incompatible avec l’article 120 § 2 de la Constitution.

La Cour a jugé que le test constituait effectivement une atteinte à l’intégrité physique (article 35 de la Constitution), c’est pourquoi elle a basé son appréciation de cette mesure sur un strict critère de proportionnalité. Elle a conclu que dans les circonstances, les atteintes étaient conformes aux trois branches de ce critère et qu’elles étaient donc compatibles avec la Constitution. La mesure imposant le test était donc appropriée pour atteindre un objectif constitutionnellement autorisé (prévenir la propagation d’une maladie contagieuse) et elle était en outre strictement proportionnée (ses bénéfices l’emportaient sur l’intensité de l’atteinte corporelle).

g. Résumé

La Cour a jugé que la plupart des mesures présentées ci-dessus (hormis le certificat de rétablissement ou de vaccination ou un test négatif) étaient inconstitutionnelles en raison de leur manque de précision et de l’absence ou du contournement d’une base légale établie. Dans une affaire (U-I-50/21), la Cour a également examiné la proportionnalité du règlement. Dans toutes ces décisions, la Cour a raisonné de la façon suivante : il est contraire au principe de légalité (et contraire aux principes de la démocratie et de la séparation des pouvoirs) que les règlements pris par le gouvernement portent atteinte aux droits de l’homme sauf s’il existe une base légale claire et suffisamment développée qui autorise le pouvoir exécutif à agir en conformité totale et suffisamment motivée à ladite base légale.

Il en est ainsi même en période d’épidémie, car le principe de légalité est la pierre angulaire d’une société démocratique. Pour permettre au gouvernement d’adopter les textes nécessaires, la Cour a autorisé le maintien en vigueur de la base légale inconstitutionnelle pendant deux mois supplémentaires après la première décision (13 mai 2021). Le parlement précédent n’avait pas

modifié la loi à cet égard depuis près de deux ans³². Cependant, après l’élection d’avril 2022, le nouveau gouvernement a immédiatement pris des mesures pour modifier la loi sur les maladies transmissibles. La modification est en cours d’examen au parlement.

IV. ANALYSE

A. LÉGALITÉ CONTRE PROPORTIONNALITÉ

Comme il ressort des décisions présentées ci-dessus, la Cour a eu initialement des difficultés à trouver une approche appropriée pour gérer les affaires liées à la Covid. Dans la première affaire qu’elle a examinée, elle a abordé le problème de la constitutionnalité en appréciant directement la proportionnalité du règlement contesté (affaire n° U-I-83/20). Elle a jugé que le règlement était proportionné. Par la suite, dans l’arrêt de principe n° U I 79/20, elle a jugé inconstitutionnelle la base légale du règlement contesté, qui était exactement la même que dans l’affaire n° U-I-83/20. Il est évident que ces deux décisions sont contradictoires. En effet, comment les règlements examinés dans l’affaire n° U I-83/20 auraient-ils pu être conformes à la Constitution si les décisions ultérieures ont jugé que leur base légale était inconstitutionnelle ?

Il y a donc une importante leçon méthodologique à tirer de ces décisions en ce qui concerne les systèmes basés sur le principe de légalité. Ce qui est essentiel ici c’est que l’appréciation de la constitutionnalité de la loi ou de la base légale d’un acte juridique de niveau inférieur dans la hiérarchie des normes (par ex. un règlement) doit toujours précéder l’appréciation de la proportionnalité de l’acte juridique (que celui-ci soit une loi ou un règlement). Autrement dit, on ne peut examiner la proportionnalité d’un acte infralégislatif constituant une ingérence dans un droit de l’homme avant d’avoir déterminé si sa base légale est conforme à la Constitution. Dans le langage de la Convention, il faut commencer par déterminer si l’ingérence dans un certain droit protégé par la Convention est « conforme à la loi » ou « prévue par la loi ». Ce n’est qu’après avoir conclu qu’une certaine ingérence était conforme à la loi que la Cour peut déterminer si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique »³³. Ce critère comprend les éléments du critère de proportionnalité selon la doctrine juridique slovène.

Le sens de l’expression « conforme à la loi » peut différer d’un système juridique à l’autre. Le fait est que dans les systèmes juridiques influencés par le droit allemand, comme le système slovène, une restriction d’un droit de l’homme ne peut être établie que par la loi et non par un acte juridique de niveau inférieur, tel qu’un règlement. En ce qui concerne ces systèmes, « conforme à la loi » signifie seulement « sur la base et dans le cadre de la loi concernée ». Pourtant, comme nous l’enseigne la jurisprudence de la CEDH, la loi doit revêtir une certaine « qualité ». Entre autres critères, elle doit être formulée de façon suffisamment claire pour permettre aux citoyens de prévoir son champ d’application exact et sa signification³⁴. L’expression a des implications d’ordre procédural (par ex. en ce qui concerne une loi adoptée suivant une certaine procédure au parlement).

Si une loi est contraire à la Constitution, les règlements qui en découlent ne peuvent rester en vigueur, indépendamment de leur contenu. Même s’ils remplissaient totalement tous les critères auxquels une loi complète et constitutionnelle doit satisfaire, ils n’auraient toujours pas d’existence

32 Des modifications mineures de la loi ont été adoptées par deux fois (en octobre 2020 et en mai 2021) mais la partie essentielle, que la Cour a jugée inconstitutionnelle, est restée inchangée. Une tentative de modification de la loi est intervenue en juillet 2021, mais elle a échoué car la deuxième chambre du parlement slovène s’y est opposée. Lors de la seconde tentative, le gouvernement n’a pas obtenu la majorité requise pour que la loi soit soumise au parlement.

33 « ... La « nécessité » implique l’existence d’un « besoin social pressant ». Cela signifie que l’ingérence doit être proportionnée au but légitime poursuivi ». Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Anvers, 2002, p. 11.

34 *Ibid.*, p. 9-11.

juridique autonome. Autrement dit, puisque les actes d’application tirent leur existence d’une loi, ils sont caducs en l’absence de loi ou si la loi est inadéquate, même s’ils sont par ailleurs parfaits du point de vue de leur contenu³⁵. La logique juridique de ce raisonnement n’est en rien formaliste, elle est profondément matérielle puisqu’elle relève directement des principes sur lesquels se fonde un État démocratique moderne.

B. DIFFÉRENCES COMPARÉES

Comme il est souligné plus haut, les systèmes juridiques n’appliquent pas tous, même en Europe, le principe de légalité exactement de la même manière. Les systèmes juridiques nationaux ont des conceptions différentes du principe de séparation des pouvoirs et du lien entre celui-ci et le principe de légalité³⁶. Dans certains pays, les actes de l’exécutif peuvent constituer une base valable pour restreindre les droits de l’homme, car dans leur système, cette solution est « conforme à la loi »³⁷.

Conscients des problèmes de légalité, les parlements d’Europe ont en général réagi rapidement en adaptant les bases légales des actes juridiques liés à l’épidémie. Kössler évoque un « épisode assez exceptionnel » en Autriche car le parlement a adopté les mesures liées à la Covid-19 en moins de 24 heures, le 15 mars 2020³⁸. Les actes juridiques pris par le gouvernement (ordonnances) ont ensuite été adoptés sur la base légale modifiée. L’Allemagne a eu une réaction comparable. Le parlement fédéral a déclaré une « situation épidémique d’ampleur nationale » le 25 mars 2020 et a adopté deux jours plus tard la loi pour protéger la population pendant une situation épidémique d’ampleur nationale³⁹. En France aussi, le code de la santé publique a été modifié dès le mois de mars 2020 afin d’autoriser des mesures liées à la Covid-19⁴⁰. Cette base légale a permis au Premier ministre et aux autres ministres d’adopter certaines mesures prévues par la loi pour lutter contre l’épidémie de Covid-19. On voit que dans tous ces pays, le législateur a réagi très rapidement, réalisant qu’il fallait adapter la base légale des mesures prises par le gouvernement face à l’épidémie.

Dans certains pays, la Constitution autorisait à déclarer l’état d’urgence. En Italie par exemple, le Conseil des ministres a déclaré un état d’urgence de six mois le 31 janvier 2020⁴¹. Le Conseil des ministres a pris des décrets introduisant diverses mesures afin de prévenir la propagation de la Covid-19. Par la suite, l’exécutif (par ex. le ministre de la Santé et le ministre de l’Intérieur) a commencé à prendre des ordonnances⁴². Il est évident que le système juridique italien permet de déclarer un état d’urgence en cas de crise de santé publique de ce type. Dans le système slovène cependant, cette solution n’est possible que lorsqu’un grand danger d’ordre général menace l’existence de l’État (article 92 de la Constitution) et à aucun moment cet article n’a été invoqué pendant l’épidémie.

Compte tenu de toutes ces différences, la plus grande prudence s’impose lorsqu’on compare des mesures et décisions apparemment similaires prises par différentes juridictions nationales.

a. Réception de la jurisprudence de la Cour et réaction du gouvernement

Malheureusement, ni une réaction législative rapide ni l’unité nationale et politique requise pour la soutenir n’ont été observées en Slovénie. Comme il est souligné plus haut, ni le parlement slovène ni le gouvernement n’ont réagi à la décision de la Cour en modifiant la loi sur les maladies transmissibles (jusqu’à la nomination du nouveau gouvernement en juin 2022). Comme il ressort clairement de la jurisprudence ci-dessus, la Cour n’a eu d’autre choix que de répéter le même message encore et encore. Sans guère d’effet⁴³.

Toutes les décisions de la Cour ont fait l’objet d’une large couverture médiatique et ont suscité de nombreux débats professionnels, publics et politiques. Les réactions ont été diversifiées, allant des gestes positifs et de soutiens (par ex. dans les commentaires professionnels et les manifestations de soutien symbolique) à de nombreuses invectives polémiques critiques et parfois extrêmement insultantes. La Cour s’est vu reprocher de sous-estimer la valeur de la vie, de ne pas comprendre la situation urgente et a même été accusée d’être responsable de nombreux décès liés à la Covid (une accusation portée par des membres haut placés du gouvernement et des figures politiques associées).

L’absence de modification de la base légale de la législation en question pendant plus de deux ans après le début de l’épidémie et près de deux ans après la décision de principe a offert une déplorable illustration de la culture juridique dans la précédente situation politique en Slovénie. Cette situation a conduit à gouverner systématiquement par la voie de règlements inconstitutionnels basés sur une loi inconstitutionnelle, ce qui a compromis les efforts pour maîtriser l’épidémie par des mesures nécessaires et appropriées. Elle a aussi érodé la confiance dans le pouvoir judiciaire. Un résultat très triste pour l’état de droit...

35 La question est, bien sûr, de savoir s’ils peuvent être effectivement parfaits en l’absence de critères fixés par la loi. En fait, si une loi est vide au point de n’imposer aucune limite claire au pouvoir exécutif et de ne donner aucune direction à celui-ci, la question se pose de savoir quels critères pourraient être employés pour apprécier, par exemple, la proportionnalité d’un acte d’application.

36 « Le pouvoir exécutif – central et local – acquiert ses pouvoirs des actes du Parlement. Toutefois, la doctrine juridique anglaise se préoccupe relativement peu de la nature et de la portée de la base légale. » G. Jurgens, M. Verhoeven, P. Willemsen, « Administrative Powers in German and English Law », in L. Besselink, F. Pennings (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 46. Cependant, en dernier ressort, la doctrine *ultra vires* sert un objectif analogue. Id.

37 L’exemple type est le système juridique américain.

38 K. Kössler, « Managing the Covid-19 pandemic in Austria: From National Unity to a de facto unitary state? », in N. Steytler (dir.), *Comparative Federalism and Covid-19*, Routledge, Abingdon, 2022, p. 75.

39 *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)*. Voir aussi G. Färber, « Germany’s fight against Covid-19, The tension between central regulation and decentralised management », in N. Steytler (dir.), *Comparative Federalism and Covid-19*, Routledge, Abingdon, 2022, p. 52. Plus tard, en novembre 2020, une réforme de plus grande ampleur a été mise en place.

40 *Loi d’urgence pour faire face à l’épidémie de Covid-19*.

41 Article 77 de la Constitution italienne.

42 A. Malandrino, E. Demichelis, « Conflict in decision making and variation in public administration outcomes in Italy during the Covid 19 crisis », *European Policy Analysis*, 2020, n° 10, 10.1002/epa2.1093.

43 Comme il est souligné plus haut, le gouvernement nouvellement élu a agi immédiatement et la modification de la loi sur les maladies transmissibles est en cours d’examen au parlement.

**AUDIENCE SOLENNELLE
DE LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME
À L'OCCASION DE L'OUVERTURE
DE L'ANNÉE JUDICIAIRE**



Robert Spano

**Président de la Cour européenne
des droits de l'homme**

ALLOCUTION D'OUVERTURE

Madame la Présidente de la République hellénique, Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Monsieur le Président des Délégués des Ministres, Cher ambassadeur d'Irlande, Monsieur le Président de l'Assemblée parlementaire, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie d'avoir bien voulu assister à cette audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour la deuxième fois, nous nous retrouvons à un moment inhabituel de l'année, en raison de la situation sanitaire qui prévalait à la fin du mois de janvier et qui nous a empêchés de nous réunir.

Mais mes collègues et moi-même tenions absolument à ce que la tradition soit respectée et qu'une audience se tienne en 2022.

Dans un instant, je prononcerai le discours d'usage et notre oratrice pour l'année 2022, Mme Dunja Mijatović, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, prendra la parole. Mais auparavant, je tiens à m'adresser à notre invitée d'honneur.

Madame la Présidente de la République,

Votre présence parmi nous ce soir confère à cette audience un caractère exceptionnel. Pour de nombreuses raisons, vous compter parmi nous est comme une évidence.

D'abord, vous venez du pays qui a inventé la démocratie, unique modèle politique envisagé par la Convention européenne des droits de l'homme et que nous ne cessons de défendre dans notre jurisprudence. Je reviendrai sur le thème de la démocratie plus tard dans mon discours.

Ensuite, vous êtes ici parmi vos pairs, puisqu'avant d'exercer les hautes fonctions de Chef de l'État, vous avez été la première femme à présider le Conseil d'État grec.

Ce fut la reconnaissance d'une carrière prestigieuse de juriste au cours de laquelle vous vous êtes notamment illustrée par vos combats pour la protection de l'environnement et la lutte contre les discriminations, par exemple celles qui touchent les enfants.

Ce sont donc vos anciens collègues, présidents des cours supérieures des États membres du Conseil de l'Europe, qui vous entourent aujourd'hui.

Enfin, apogée de votre carrière, vous êtes la première femme de l'histoire de la Grèce à accéder aux fonctions de Présidente de la République.

Votre élection a certes consacré vos qualités de juriste remarquable, mais elle a aussi marqué une avancée vers une nouvelle ère d'égalité.

Vous avez alors déclaré « aspirer à une société qui respecte les droits, en vertu de [la] Constitution, de la Charte européenne des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme ». Notre Cour y a été particulièrement sensible.

Madame la Présidente de la République,

Le moment que nous vivons est historique. Nous en sommes tous conscients.

En vous exprimant dans cette enceinte, vous marquez de la manière la plus solennelle le soutien de la Grèce au système européen de protection des droits de l'homme.

Votre présence parmi nous est un immense honneur et une grande joie. Nous nous réjouissons de pouvoir maintenant vous entendre.

Chers invités,

Votre présence ici ce soir témoigne de votre engagement en faveur de notre projet européen commun pour les droits de l'homme. Un projet qui est plus que jamais nécessaire.

Nous sommes réunis ici à Strasbourg à un moment de transformation de notre histoire européenne, un moment où la paix et la sécurité relatives que nous tenions pour acquises sur notre continent ont été fracassées par la guerre de la Russie en Ukraine.

Lorsque nous avons célébré le 70^{ème} anniversaire de la Convention européenne à Athènes en novembre 2020, nous avons souligné que la Convention constituait l'un des plus grands projets de paix de l'histoire humaine.

Je suis fermement convaincu que le travail du Conseil de l'Europe et de son mécanisme de contrôle judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme, a contribué à la stabilité, à la sécurité et à la paix en Europe et continuera à le faire. Si l'on dit souvent que la Cour est le « joyau de la couronne », la couronne doit rester forte pour que le joyau continue de briller.

Il était donc d'une immense importance que le Conseil de l'Europe réagisse avec rapidité, détermination et clarté depuis le début de la guerre. En outre, la Cour n'est pas restée un témoin impuissant face à ces événements bouleversants.

En effet, la Cour a immédiatement accordé un certain nombre de mesures provisoires importantes contre la Fédération de Russie dans les jours et les semaines qui ont suivi l'invasion.

En outre, la Cour plénière, eu égard aux décisions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire et à l'unisson avec ces organes, a tiré les conséquences de l'expulsion de la Fédération de Russie de l'Organisation et a déclaré dans sa Résolution du 22 mars dernier que, à compter du 16 septembre 2022, la Fédération de Russie cesserait d'être une Haute Partie contractante à la Convention.

Il découle de cette résolution que la Cour restera compétente pour connaître des requêtes concernant des actions et omissions de la Fédération de Russie susceptibles de constituer une violation de la Convention, pour autant qu'elles soient antérieures à cette date.

Il convient de préciser que la résolution indique qu'elle est sans préjudice de l'examen de toute question de droit, relative à l'expulsion, qui pourrait se poser dans le cadre de l'exercice par la Cour de la compétence que la Convention lui donne d'examiner les affaires portées devant elle.

Dans les mois à venir, la Cour devra déterminer la marche à suivre la plus appropriée pour le traitement des quelque 17 000 affaires qui restent inscrites au rôle de la Cour contre la Russie, ainsi que des nombreuses autres affaires introduites en raison de la guerre en Ukraine. Cela prendra du temps et les attentes doivent être réalistes. Le défi que cela représente pour le travail de la Cour est sans précédent. Un soutien politique et financier continu de la part de toutes les parties prenantes est vital.

Plus généralement, en ce qui concerne les statistiques de la Cour, nous avons environ 72 000 requêtes en cours, ce qui représente une augmentation de 11 % par rapport à la même période de l'année dernière. Les trois pays dont le nombre d'affaires est le plus élevé et qui représentent près de 64 % de ces requêtes sont, dans l'ordre : la Russie, la Turquie et l'Ukraine.

Chers invités,

Il est de coutume que le Président de la Cour, lors de l'audience solennelle, mette en exergue certains des arrêts les plus importants de la Cour rendus au cours de l'année écoulée.

En 2021, la Grande Chambre de la Cour a rendu douze arrêts et une décision. Elle a également statué pour la première fois sur une demande d'avis consultatif au titre de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine (la Convention d'Oviedo).

Permettez-moi de commencer par dire quelques mots des arrêts interétatiques rendus par la Grande Chambre en 2021.

L'arrêt *Géorgie c. Russie (II)* concernait la compétence de l'État attaquant ou envahisseur pendant la phase de combat actif des hostilités ; la relation entre le droit de la Convention et le droit international humanitaire dans le contexte d'un conflit armé ; l'obligation d'enquêter sur les décès survenus pendant la phase de combat actif ; la définition de la pratique administrative ; et l'application de l'article 2 du Protocole n° 4 aux personnes déplacées.

Dans cette requête interétatique, le gouvernement géorgien a formulé une série de griefs concernant le conflit armé qui a opposé la Russie et la Géorgie en août 2008. La Cour a examiné séparément deux phases des événements litigieux, à savoir avant et après l'accord de cessez-le-feu du 12 août 2008. Elle a estimé que les événements survenus pendant la phase active des hostilités (8-12 août) ne relevaient pas de la compétence de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention, tandis que les événements survenus après le cessez-le-feu et la cessation des hostilités relevaient de sa compétence. Sur le fond, la Cour a conclu à l'existence d'une pratique administrative contraire aux articles 2, 3, 5 et 8 de la Convention, à l'article 1 du Protocole n° 1 et à l'article 2 du Protocole n° 4, à la violation du volet procédural de l'article 2, ainsi qu'au non-respect de l'obligation de coopérer avec la Cour en vertu de l'article 38 de la Convention.

Dans la requête interétatique *Ukraine c. Russie* (Crimée), le gouvernement ukrainien a formulé une série de griefs concernant les événements survenus du 27 février 2014 au 16 août 2015 au cours desquels la région de Crimée, y compris la ville de Sébastopol, aurait été annexée par la Fédération de Russie. Dans sa décision, la Grande Chambre a estimé que les faits litigieux relevaient de la « juridiction » de la Fédération de Russie au sens de l'article 1. Elle a également abordé la question de la « juridiction » d'un État défendeur dans le contexte d'une prétendue « annexion » de territoire d'un État contractant à un autre et a clarifié le standard de preuve applicable au stade de la recevabilité à la question de la juridiction.

Avec quinze affaires interétatiques en cours et environ 10 500 requêtes individuelles associées, le travail interétatique reste une partie très difficile du travail de la Cour et aura à l'avenir des répercussions sur notre autorité et notre légitimité. Ainsi, au début de cette année, la Cour a tenu une audience sur la recevabilité d'une autre affaire interétatique importante, celle de l'Ukraine et des Pays-Bas contre la Russie, concernant les événements survenus dans l'est de l'Ukraine, notamment le crash du vol MH17.

Les deux prochaines affaires de Grande Chambre que je voudrais mettre en lumière sont les arrêts de principe dans l'affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni* et *Centrum för rättvisa c. Suède*. Ces deux affaires concernaient l'interception massive de communications transfrontalières et les garanties contre les abus. En outre, l'affaire *Big Brother Watch et autres* concernait la réception de renseignements provenant de services de renseignement étrangers.

Dans ces deux arrêts, rendus le même jour, la Cour a conclu de manière significative que les régimes d'interception massive étaient, en principe, autorisés par la Convention. Toutefois, elle a énoncé les garanties fondamentales requises pour ces régimes en vertu de la disposition de la Convention relative à la vie privée. En particulier, la Cour a estimé qu'au niveau national, le processus de supervision et de révision devait être soumis à des garanties « de bout en bout ». Dans l'affaire *Big Brother et autres*, la Cour a également développé les exigences de la Convention en matière de protection du matériel journalistique confidentiel. En outre, la Cour a défini les garanties visant à assurer le respect de la Convention en ce qui concerne la réception de renseignements provenant de services de renseignement étrangers.

Il est important de souligner le fait que, dans ses arrêts, la Cour a accordé une grande attention aux travaux et aux conclusions spécifiques des autorités nationales et des tribunaux nationaux engagés dans le travail de renseignement. Ces références croisées constituent un élément important de notre dialogue et le meilleur moyen de comprendre et d'équilibrer les préoccupations concurrentes en jeu.

Pour conclure cet aperçu des affaires en 2021, je mentionnerai deux affaires de chambre particulièrement importantes, car elles concernent l'un des aspects les plus fondamentaux de l'État de droit, à savoir l'indépendance du pouvoir judiciaire et, plus précisément, les conditions de nomination des juges et le déroulement de leur carrière.

Dans l'affaire *Xero Flor c. Pologne*, la Cour a examiné une plainte concernant l'invalidité alléguée de la nomination d'un juge de la Cour constitutionnelle. Elle a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 en ce qui concerne le droit de la société requérante à un « tribunal établi par la loi » en raison de la présence au sein de la Cour constitutionnelle de ce juge, dont elle a estimé que l'élection avait été entachée de graves irrégularités.

Dans l'affaire *Reczkowicz c. Pologne*, la Cour a constaté que la procédure de nomination des juges avait été indûment influencée par les pouvoirs législatif et exécutif. Il s'agit d'une irrégularité fondamentale qui affecte l'ensemble du processus et compromet la légitimité de la chambre disciplinaire de la Cour suprême, qui a examiné le cas du requérant. Cette chambre n'était donc pas un « tribunal établi par la loi » au sens de la Convention européenne.

Plus récemment, je dois également noter que la Cour a rendu son premier arrêt de Grande Chambre sur les réformes judiciaires en Pologne dans l'affaire *Grzęda c. Pologne* qui, j'en suis sûr, sera développée par mon successeur dans le discours qu'il prononcera l'année prochaine lors de l'audience solennelle de la Cour marquant l'ouverture de l'année judiciaire.

Toutes ces affaires font suite au très important arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* de 2020.

Ces arrêts sur l'indépendance de la justice, qui concernent un nombre croissant de pays, nous alertent sur une régression inquiétante de l'État de droit. Il est bon de rappeler que les tribunaux, que ce soit au niveau national ou international, se retrouvent parfois sous les feux des projecteurs, salués par certains et critiqués par d'autres. La Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas exception et les événements récents en ont fourni des exemples clairs. Soyons clairs. L'État de droit repose sur une prémisse très simple et importante : ceux qui sont chargés d'exercer le pouvoir gouvernemental doivent eux-mêmes être soumis à la loi et c'est le rôle des tribunaux de dire quelle est la loi en cas de litige. En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, c'est la logique du système auquel les États membres ont adhéré, sur la base de leur propre choix souverain. Ces dernières années, la Cour a fait preuve d'une conscience aiguë du rôle des autorités nationales en vertu du principe de subsidiarité, mais parfois, les arrêts de la Cour doivent tracer une ligne claire, ce qui est la raison pour laquelle le système a été mis en place il y a plus de 70 ans. Ce rôle peut être impopulaire auprès du gouvernement en question, voire parfois auprès de la majorité si le résultat n'est pas à son goût. Mais cela est inhérent au travail d'une Cour des droits de l'homme qui a pour mission de contrôler la conventionnalité de l'utilisation du pouvoir des États.

Mesdames et Messieurs,

Une Europe dans laquelle la séparation des pouvoirs a été érodée par ceux qui sont au pouvoir ;

Une Europe où les expressions publiques persistantes d’hostilité ou le refus catégorique de se conformer aux décisions de justice sont monnaie courante ;

Une Europe où les juges sont tout simplement incapables de faire leur travail de manière indépendante et impartiale par crainte de représailles ou d’attaques résultant d’un pouvoir gouvernemental sans entrave :

C’est une Europe dans laquelle l’État de droit risque de disparaître. C’est une Europe dans laquelle nous ne serons plus libres, comme les événements récents nous l’ont montré une fois de plus.

Chers invités,

Comme cela a été dit, le dialogue entre la Cour et les juridictions nationales fait partie de notre ADN. Aujourd’hui, j’aimerais vous informer brièvement sur deux piliers de ce dialogue : notre réseau de cours supérieures et les demandes d’avis consultatifs au titre du Protocole n° 16.

Nous avons atteint un chiffre vraiment exceptionnel de 102 tribunaux provenant de 45 États qui sont maintenant des membres actifs de notre réseau. Je suis particulièrement heureux d’avoir accueilli la Cour de justice de l’Union européenne qui a récemment rejoint le réseau en tant qu’observateur.

L’autre pilier du dialogue avec les juridictions nationales est le Protocole n° 16. Ce protocole, qui est entré en vigueur en 2018, a étendu la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs à la demande des plus hautes juridictions nationales.

Quel est l’état d’avancement à ce jour de ces demandes d’avis consultatifs ?

La Cour a statué à ce jour sur quatre demandes de ce type : l’une sur la question des mères porteuses et de leur reconnaissance juridique¹, une autre sur l’interprétation d’une disposition d’un code pénal interne à la lumière de l’article 7 de la Convention², la troisième concernant la législation sur la mise en accusation³, la quatrième sur la prescription et la torture⁴. Une demande n’a pas été acceptée par le Collège de la Grande Chambre, et une autre est actuellement pendante, introduite par le Conseil d’État de France.

La procédure d’avis consultatif prévue par le Protocole 16 est encore en cours de développement au sein de la Cour ainsi que dans les juridictions supérieures nationales concernées qui participent déjà à la procédure. Il faudra un certain temps pour que le système devienne pleinement efficace et opérationnel dans tous ses éléments essentiels. La Cour s’engage à pouvoir traiter ces demandes de manière suffisamment rapide pour permettre à vous, qui représentez les plus hautes juridictions nationales, de prendre vos propres décisions sur les affaires en question.

Chers invités,

Le moment est venu pour moi de passer la parole à notre invitée d’honneur. Nous accueillons ce soir Mme Dunja Mijatović, Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe.

Son mandat est au cœur du fonctionnement du système de la Convention. Son travail dans les pays, son suivi thématique et ses actions de sensibilisation aident les États membres dans leur propre cheminement vers le respect des droits de l’homme.

Les observations qu’elle formule à l’issue de ses visites dans les pays sont parfois traduites en tierces interventions qui apportent une contribution précieuse aux travaux de la Cour.

Je tiens à saluer son courage, son dynamisme et son énergie dans la défense de nos valeurs européennes communes. Commissaire Mijatović, chère Dunja, la parole est à vous.

1 Demande n° P16-2018-001.
2 Demande n° P16-2019-001.
3 Demande n°P16-2020-002.
4 Demande n°P16-2021-001.



Katerina Sakellaropoulou

Présidente de la République hellénique

Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l’homme, Mesdames et Messieurs les juges, Excellences, Mesdames, Messieurs,

C’est pour moi un grand honneur et une grande joie d’être aujourd’hui ici pour m’exprimer devant la Cour européenne des droits de l’homme. Mon intérêt personnel pour la Convention et ma conviction de son importance absolue sont nés au fil de ma longue carrière de juge et de présidente du Conseil d’État de la Grèce. En tant que présidente de la République hellénique, je suis très heureuse de pouvoir affirmer que les liens entre mon pays et le Conseil de l’Europe demeurent solides et incontestés.

La Grèce a ratifié la Convention européenne des droits de l’homme une première fois en 1953, puis en 1974 après la fin de la dictature des colonels. La célèbre « affaire grecque » a constitué un moment décisif dans la protection des droits de l’homme et, en conséquence, dans l’élaboration des politiques et des normes. Le retrait de la Grèce a mis en lumière la valeur de la liberté, accélérant la perte de légitimité de la junte, en Grèce comme à l’étranger. Au début de la période de transition qui a suivi la dictature, période que nous appelons « Metapolitefsi » en Grèce, l’appareil judiciaire a reçu et interprété la Convention avec réticence, pour employer un euphémisme. L’ordre juridique et le système judiciaire du pays n’étaient pas familiers du statut normatif de la Convention et du contexte dans lequel elle s’inscrivait. Néanmoins, progressivement, la Convention s’est muée en un instrument précieux pour la compréhension, non seulement du droit européen et des principes européens en matière de protection des droits de l’homme, mais aussi du sens de notre propre Constitution. Elle a même fait son entrée dans notre langue courante et dans le discours juridique ordinaire, surtout après l’institution du mécanisme de requête individuelle. Pendant toutes ces années, d’éminents juristes grecs ont servi la Cour et des affaires grecques controversées ont fait la une de l’actualité. La jurisprudence de la Cour est apparue comme un puissant levier de réforme de la législation et du droit internes en général. Dans le cas particulier de la Grèce, l’application des décisions de la Cour a permis de mieux protéger la liberté religieuse, le droit de propriété et les garanties du procès équitable. L’application de la Convention a également été à l’origine de réformes constitutionnelles : une déclaration interprétative a été ajoutée à l’article 4 pour la reconnaissance des objecteurs de conscience à la suite d’un arrêt rendu en la matière. De même, l’article 57 de la Constitution a été amendé en application d’un autre arrêt important de la Cour, relatif à l’activité professionnelle des membres du Parlement. La Convention a également amélioré le respect des droits et de l’identité des minorités, favorisant et imposant l’adoption de politiques inclusives telles que l’extension du pacte d’union civile aux couples homosexuels. De surcroît, un dialogue constant et réciproque entre les autorités européennes et nationales a permis aux juridictions internes de s’impliquer davantage dans le système de la Convention. Le contrôle de conventionnalité est ainsi devenu une dimension importante du contrôle juridictionnel, l’objectif étant d’empêcher les atteintes aux droits de l’homme et de respecter les normes fixées par la Convention. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour constitue une obligation essentielle des juridictions et autorités internes.

L’idée que la Convention européenne des droits de l’homme est un texte dynamique et un instrument vivant est au cœur de la jurisprudence de la Cour depuis sa création. L’interprétation évolutive est inhérente au rôle et à la légitimité de la Cour. De surcroît, ce concept fondamental traduit les progrès et la profondeur du contrat social européen. La Convention et la jurisprudence de la Cour forment notre socle commun au-delà même des frontières du droit ; elles constituent le ciment de notre culture et de notre mode de vie européen sans pour autant gommer les identités nationales ni amoindrir l’importance du juste équilibre à trouver entre cosmopolitisme et patriotisme. La conciliation de l’idéalisme et du réalisme est sans doute la tâche la plus cruciale et la plus exigeante des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Les crises qui se sont succédé au cours de la décennie écoulée ont ébranlé la protection des droits de l’homme et donné une nouvelle définition à la notion d’intérêt général, de même qu’à la doctrine de la marge d’appréciation et au principe fondamental de « société démocratique ». D’après le récent rapport annuel du Comité des Ministres, le système de protection des droits de l’homme est confronté à plusieurs défis, les affaires portées devant la Cour étant plus complexes qu’auparavant et les États ayant de plus en plus de difficultés à exécuter rapidement les arrêts. Le départ de la Russie du Conseil de l’Europe aura des conséquences, et la Convention revêt une importance encore plus grande dans ce contexte. La pandémie de Covid-19 a mis à l’épreuve non seulement la santé publique, mais aussi la démocratie et l’état de droit. Premièrement, les graves atteintes aux libertés et le fait que certains membres aient exercé leur droit de dérogation à la Convention sont la manifestation de l’urgence de la loi sur la crise sanitaire. Il y a là un changement de paradigme qui n’invite guère à l’optimisme en ce qui concerne l’avenir des droits de l’homme. D’un autre côté, la préservation – d’un point de vue républicain – de la santé publique envisagée comme un bien commun montre à quel point il est urgent et vital de garantir la cohésion sociale. La pression exercée sur les droits et le caractère extrême des circonstances récentes, en d’autres termes l’état de nécessité atypique ou formel, imposent un pragmatisme législatif et judiciaire. Il ne doit toutefois pas en résulter une remise en cause et une marginalisation de nos valeurs et convictions communes – la liberté, l’égalité et la solidarité. L’arrêt *Vavříčka* est fondateur en ce qui concerne les litiges internes relatifs à la vaccination obligatoire et la Cour a réellement montré la voie à suivre, insistant sur la notion de solidarité en faveur des plus vulnérables. De même, dernièrement, concernant l’invasion par la Russie de son voisin, la Cour s’est montrée à la hauteur, imposant des mesures provisoires à la Russie en lien avec la guerre en Ukraine.

Aujourd’hui, l’acquis européen qu’est l’état de droit est largement contesté, y compris au sein même des frontières européennes. La Secrétaire générale du Conseil de l’Europe a mis en garde contre le « recul de la démocratie ». De nouveaux régimes autoritaires et populistes menacent la liberté d’expression et l’indépendance du système judiciaire, et s’attaquent aux fondements des démocraties libérales au nom du principe majoritaire. La Cour a développé une jurisprudence abondante sur l’impartialité et l’indépendance de la justice. Il en va de même s’agissant de la question migratoire, au sujet de laquelle elle a insisté sur l’obligation faite aux États de respecter la Convention et le principe de non-refoulement.

Mesdames et Messieurs,

La garantie et la consolidation de la démocratie et de l’état de droit en période de crise n’est pas une question purement procédurale. Pour faire face aux nouveaux défis, il faudra préserver nos valeurs essentielles et communes, le noyau dur de notre mode de vie européen et de notre compréhension mutuelle qui fait encore de l’Europe une région privilégiée de notre planète. C’est dans l’héritage inépuisable de nos pères fondateurs, ici à Strasbourg, que l’on trouve la puissance et la vitalité de notre destin commun.

Je vous remercie.



Dunja Mijatović

Présidente de la République hellénique

À LA CROISÉE DES CHEMINS – DÉMOCRATIE, DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DE DROIT

Monsieur le Président, Madame la Présidente de la République hellénique, Mesdames et Messieurs les juges, Excellences, Mesdames et Messieurs,

En tant que Commissaire aux droits de l'homme, j'attache la plus haute importance au dialogue avec la Cour. J'ai eu à maintes reprises l'honneur de venir dans cette salle (mais aussi de m'adresser à la Cour à distance, puisque j'ai participé à la toute première audience numérique de l'histoire de cette institution). On éprouve toujours un sentiment particulier lorsque l'on se trouve dans le lieu même où sont prises des décisions qui, en plus d'être très importantes pour les personnes qu'elles concernent, reflètent les problématiques auxquelles les sociétés démocratiques sont confrontées. C'est donc un immense honneur pour moi d'avoir été invitée à m'exprimer à l'occasion de cette audience solennelle. J'y vois le signe d'un intérêt particulier pour les défis auxquels sont actuellement confrontés les droits de l'homme, mais aussi le résultat du dialogue constant qui s'est instauré entre nos institutions. Il s'agit d'une bonne illustration des synergies qui se créent – dans le respect du mandat de chacun – et qui contribuent au bon fonctionnement et à la pérennité du système de la Convention.

Il n'est certainement pas exagéré de dire que ce système est aussi nécessaire aujourd'hui qu'il l'était lors de sa création, il y a plus de 70 ans. À l'époque, les dirigeants des pays européens ont été visionnaires en ce qu'ils ont décidé de créer un système d'application collective des droits pour mettre les citoyens à l'abri des abus des États et pour protéger les jeunes démocraties du risque de sombrer de nouveau dans le totalitarisme. Nous ne devons pas l'oublier.

Lorsque la Convention a été adoptée, notre continent avait une tout autre apparence. La peine de mort était légale et appliquée dans beaucoup de pays. Des centaines de milliers d'Européens attendaient encore d'être rapatriés ou réinstallés après la Seconde Guerre mondiale, et des milliers de nouveaux réfugiés s'échappaient en traversant le rideau de fer. Dans plusieurs pays, l'homosexualité était considérée comme un délit.

Si la réalité est aujourd'hui plus riante, c'est en grande partie grâce au système de la Convention et à la doctrine de l'interprétation dynamique et évolutive appliquée par la Cour, qui est pour beaucoup dans le fait qu'un texte adopté en 1950 puisse encore être appliqué malgré les changements majeurs qu'on connus nos sociétés durant les sept décennies écoulées. Il n'est donc guère surprenant que la Convention et ses protocoles, la Cour et le système de protection des droits de l'homme institué par le Conseil de l'Europe soient une référence pour tous ceux qui sont attachés à la justice, à la dignité et à l'égalité.

Toutefois, même les plus belles histoires connaissent des turbulences : le système de la Convention a été attaqué et discrédité de manière récurrente par certains pays d'Europe. Certains arrêts fondamentaux rendus par la Cour n'ont toujours pas été exécutés et il est fréquent que les États ne remédient pas voire ne tentent pas de remédier aux problèmes structurels qui empêchent les individus de jouir des droits garantis par la Convention.

À longue échéance, le non-respect de ces droits et des principes élémentaires du droit international peut avoir des conséquences désastreuses.

La Fédération de Russie se distingue en Europe comme le pays qui donne le pire exemple de mépris des droits de l'homme. L'audience d'aujourd'hui se déroule dans des circonstances extraordinaires pour les valeurs qu'incarne notre Organisation. Il y a exactement quatre mois, la Russie a ordonné une attaque militaire brutale contre l'Ukraine, infligeant de terribles souffrances à des millions de personnes. Des milliers d'êtres humains, dont des centaines d'enfants, ont été tués sans aucune pitié et des millions d'autres ont vu leur vie basculer.

J'ai pu voir de mes yeux les stigmates des atrocités commises en Ukraine lorsque je me suis rendue dans le pays début mai. À Kiev, Irpin, Boutcha et Borodyanka, j'ai écouté des récits choquants faits d'exécutions extrajudiciaires, de violences et de destructions.

La situation actuelle est le tragique épilogue d'une histoire longue de nombreuses années pendant lesquelles les normes de protection des droits de l'homme approuvées ont été piétinées. Il y a des années que le gouvernement de la Fédération de Russie ne tient aucun compte des arrêts rendus par la Cour et des recommandations de notre Organisation, y compris de mon Bureau. L'impunité dont continue de bénéficier le pays pour les graves violations des droits de l'homme commises en Tchétchénie, la répression brutale de la dissidence et de la liberté d'expression à l'intérieur du pays et, maintenant, cette impitoyable agression de l'Ukraine et de son peuple sont de douloureuses illustrations de ce qui peut advenir lorsqu'un État bafoue le droit international et l'ordre international et fait fi des normes des droits de l'homme et des règles communes établies pour garantir la paix à l'échelle internationale.

Il s'agit d'une situation extrême, qui n'est comparable à aucune autre dans nos États membres. Toutefois, certains indices laissent penser que les normes les plus élémentaires de protection des droits humains sont de plus en plus bafouées dans les États membres, ce qui appelle une attention et une action plus résolue de la part des pays qui font partie du système collectif formé par notre Organisation.

L'érosion de l'état de droit dans un nombre croissant de pays membres est au nombre des phénomènes que j'observe dans le cadre de mon mandat de Commissaire. Or, je pense que nous sommes tous d'accord pour dire qu'il ne peut y avoir protection des droits de l'homme sans respect plein et entier de l'état de droit.

Il y a érosion de l'état de droit lorsque les gouvernements refusent d'appliquer les décisions de justice, discréditent l'institution judiciaire aux yeux du public, portent atteinte à l'indépendance de la justice, affaiblissent les organes judiciaires, exercent une pression sur les juges et réduisent le rôle des parlements à celui d'une chambre d'enregistrement.

Ce phénomène va invariablement de pair avec un durcissement des gouvernements à l'égard des normes énoncées par la Convention et par les institutions du Conseil de l'Europe.

Les normes relatives à la liberté d'expression, à la liberté d'association et à la liberté de réunion sont un cas d'école. Dans le cadre de mon mandat, je travaille en permanence avec des défenseurs des droits de l'homme, avec la société civile et avec la presse. Ce qu'ils vivent est loin d'être rassurant.

L'exemple d'Osman Kavala est emblématique. Osman Kavala est en détention en Türkiye depuis près de 56 mois malgré un arrêt rendu par la Cour en 2019, ainsi que neuf décisions et une résolution intérimaire du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Cette affaire illustre les préjudices et le traitement inéquitable que les individus peuvent subir lorsque l'appareil judiciaire fournit des instruments de répression plutôt que des moyens de recours pour réparer ces injustices. Elle montre aussi les limites de l'action d'un système international. C'est en effet aux États qu'il revient, in fine, de respecter les normes relatives aux droits de l'homme.

La semaine dernière, la Cour a rendu un arrêt dans l'affaire *Ecodefence et autres c. Russie* – cette décision très attendue est aussi très importante pour la société civile.

Il arrive que le défaut d'exécution des arrêts touche des requérants, y compris des défenseurs des droits de l'homme, mais aussi, de manière plus large, le tissu démocratique dont est faite une société. Il y a maintenant près de 13 ans que l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* reste lettre morte, principalement par manque de volonté politique. Ce défaut d'exécution, tout comme celui d'autres arrêts tels que *Zornić, Šlaku et Pilav* portant sur la nature discriminatoire du système électoral du pays, est l'une des causes qui expliquent le maintien d'un statu quo fondé sur les divisions ethniques qui menacent en permanence la paix et la stabilité en Bosnie-Herzégovine.

Les arrêts de la Cour sur des requêtes individuelles de même que, plus largement, ceux qui concernent des problèmes systémiques rétablissent les faits et donnent une visibilité et une reconnaissance aux victimes. Ils constituent également un contrepoids qui fait autorité, contrebalançant les forces qui cherchent à échapper à la justice en discréditant le système international de protection des droits de l'homme et en adoptant des lois pour étouffer la dissidence et anéantir les droits individuels et collectifs.

J'ai observé d'autres problèmes systémiques qui illustrent le durcissement des gouvernements contre l'esprit et la lettre de la Convention. Y remédier incombe d'abord aux États membres. Chacun devrait pouvoir demander et obtenir justice dans son pays, comme le veut le principe de subsidiarité. Le recours à une juridiction internationale devrait être vu comme ce qu'il est, à savoir, fondamentalement, une incapacité d'un État à offrir des recours internes adéquats.

Nous avons cependant tous un rôle à jouer. En tant qu'institution consacrée par la Convention depuis l'entrée en vigueur du Protocole no 14, en 2010, j'ai moi aussi la responsabilité de contribuer à ce que les droits garantis par la Convention soient une réalité pour tous.

La Convention constitue une référence permanente dans mon travail, que ce soit lorsque j'assure le suivi de mon pays, dans le cadre de travaux thématiques ou lorsque j'interviens en tant que tiers devant la Cour. Dans ce dernier rôle, je n'ai évidemment pas pour tâche de fournir à la Cour une évaluation précise de l'affaire dont elle a à connaître. Toutefois, comme souligné dans le rapport explicatif du Protocole no 14, de par son travail et son expérience, le Commissaire peut « donner un éclairage utile à la Cour dans un certain nombre d'affaires, notamment celles qui mettent en évidence des lacunes structurelles ou systémiques de la Partie défenderesse ou d'autres Hautes Parties contractantes ». Ces éléments et la défense de « l'intérêt général » auquel le rapport explicatif fait également référence me servent de boussole lorsque je sélectionne les affaires dans lesquelles je sou mets des observations en tant que tiers. Je suis jusqu'à présent intervenue à 16 reprises dans le cadre d'une tierce intervention, le plus souvent dans des affaires de harcèlement de défenseurs des droits de l'homme, de violations des droits des migrants, d'inégalité entre hommes et femmes et de limitations imposées à l'exercice des droits des femmes. Les pays concernés sont également divers, notamment l'Azerbaïdjan, la Croatie, le Danemark, la France, l'Italie, la Moldova, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Fédération de Russie, l'Espagne, la Suède et la Türkiye.

Beaucoup de choses ayant déjà été dites sur la Convention envisagée comme un instrument vivant, je ne m'attarderai pas sur cet aspect. Je me bornerai à dire que l'interprétation dynamique et évolutive à laquelle se livre la Cour a fait du système de la Convention une source d'inspiration en Europe et au-delà.

Cette interprétation dynamique et évolutive a permis une lecture contemporaine des droits protégés et obligations imposées aux Hautes Parties contractantes, notamment face aux nouveaux défis qui apparaissent dans la société. De ce point de vue, le rôle joué par la Cour à travers l'évaluation de la conventionnalité des mesures adoptées durant la pandémie de COVID-19 par plusieurs Hautes Parties contractantes – évoquées durant le séminaire cet après-midi – mérite d'être souligné.

Si les nouvelles problématiques qui agitent la société mettent l'interprétation évolutive à l'épreuve, des défis anciens représentent une menace plus existentielle pour le système de la Convention. Je pense ici à des situations dans lesquelles une Haute Partie contractante viole le droit de former une requête individuelle ou refuse de reconnaître le caractère contraignant des arrêts rendus et de les exécuter.

À cette occasion aussi, la Cour s'est montrée capable d'adapter et de défendre les principes fondamentaux. Je trouve par exemple particulièrement importante sa jurisprudence de principe dans les affaires de terrorisme, à travers laquelle elle a réaffirmé que les États devaient se conformer aux obligations mises à leur charge par la Convention, quand bien même ils pourraient de ce fait être amenés à prendre des décisions impopulaires. Dans la même veine, le rôle de la Cour en cas de non-exécution prolongée de ses arrêts est un rempart contre l'arbitraire.

La Cour a également su faire preuve d'innovation, affrontant les défis émergents, explorant de nouvelles pistes, comme le renforcement du dialogue entre juridictions, dont le réseau des cours suprêmes, et permettant aux organisations non gouvernementales (ONG) et à la société civile – qui sont souvent les premières à révéler les atteintes aux droits de l'homme – de se faire entendre.

Tout cela est important et a déjà été souligné.

S'il est une chose sur laquelle il faudrait selon moi insister davantage, c'est le rôle de la Convention en tant qu'instrument sauvant des vies. J'aimerais sur ce point fournir quelques exemples issus de mon travail sur le terrain pour illustrer l'impact que le système de la Convention peut avoir sur la vie des populations.

En novembre 2021, je suis allée en Pologne évaluer la situation en matière de droits de l'homme des demandeurs d'asile et migrants à la frontière avec le Bélarus. Un soir tard, j'ai accompagné des défenseurs des droits de l'homme dans les zones frontalières et j'ai vu un groupe de demandeurs d'asile, bloqués depuis des semaines dans une forêt froide et humide et refoulés à plusieurs reprises au Bélarus, réussir enfin à sortir des bois en toute sécurité grâce à la protection offerte par les mesures provisoires prises par la Cour. Il est évident pour moi – de même que pour bon nombre des militants et avocats impliqués auprès de demandeurs d'asile avec lesquels j'ai parlé – que pour beaucoup de ces demandeurs d'asile, ces mesures provisoires ont été les seules mesures qui les ont protégés d'un retour immédiat de l'autre côté de la frontière. En leur absence, ils seraient restés dans un froid glacial, sans aucune possibilité d'accès à l'aide humanitaire la plus élémentaire, et auraient probablement subi des mauvais traitements aux mains des autorités bélarusses.

Plusieurs mesures provisoires ordonnant à la Grèce d'assurer la protection de la santé, de la vie et de l'intégrité physique des demandeurs d'asile retenus dans des centres d'accueil ont également sauvé des vies. Pour m'être rendue dans ce type de centres à Lesbos, Samos et Corinthe, je ne peux que témoigner de l'importance de vos décisions.

J'ai la conviction absolue que les mesures provisoires ont sauvé de nombreuses vies humaines sur l'ensemble de notre continent.

Ces quelques exemples en disent long sur la capacité de la Cour à interpréter la Convention à la lumière de problèmes nouveaux et sur la capacité du système de la Convention à rester un instrument qui sauve des vies. Ces aspects doivent être protégés. Nous avons tous un rôle à jouer – la Cour, les organes de surveillance, mon Bureau –, mais la responsabilité première incombe aux institutions des États parties à la Convention, à savoir les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

Je pense que mon message fait écho à celui de la présidente de la République hellénique, Katerina Sakellaropoulou, que je suis heureuse de voir parmi nous aujourd'hui. Madame la Présidente, vous avez à plusieurs reprises pris clairement position sur la nécessité de protéger les droits humains et l'état de droit pour garantir la bonne santé de la démocratie. De tels messages émanant du plus haut niveau de l'État peuvent exercer une influence capitale sur la détermination des autorités des États à faire en sorte que les droits protégés par la Convention puissent être exercés de manière pratique et effective au niveau national. En effet, nous pouvons disposer de tous les mécanismes internationaux possibles pour protéger les droits de l'homme, en réalité, la meilleure protection est celle garantie au niveau national.

Reconnaissons que les États membres ont su se montrer visionnaires en instituant la Convention et ses mécanismes ces 73 dernières années. Ils ont enrichi la Convention de protocoles additionnels et créé un mécanisme unique au monde, qui permet aux individus, aux ONG ou à des groupes d'individus de demander des comptes aux États. Grâce au Protocole no 14 et à l'adoption de la

Règle 9 par le Comité des Ministres, les États ont donné à mon Bureau la possibilité d'intervenir devant la Cour de sa propre initiative et d'intervenir dans le processus d'exécution des arrêts. À travers le Protocole no 16, ils ont jeté les bases d'une plus grande harmonisation des normes relatives aux droits de l'homme au niveau national en donnant la possibilité à la Cour de formuler des avis consultatifs à l'intention des juridictions supérieures des Parties contractantes. Ce mécanisme est de nature à renforcer à la fois le principe de subsidiarité et le rôle du juge national dans la protection des droits garantis par la Convention.

Tout l'enjeu est désormais de trouver le moyen d'appliquer ce système de responsabilité collective unique en son genre pour améliorer la protection des droits de l'homme. Il me semble que l'une des principales initiatives que pourraient prendre les États serait d'éliminer les obstacles qui empêchent ou retardent l'exécution des arrêts.

Le défaut d'exécution ou l'exécution sélective des arrêts de la Cour sont une illustration flagrante du peu d'ardeur que mettent beaucoup d'États membres à respecter les normes relatives aux droits de l'homme. Le défaut d'application de certaines des mesures provisoires ordonnées par la Cour s'inscrit également dans cette tendance. La raison en est que les responsables politiques sont convaincus, à tort, de jouir d'une plus grande légitimité démocratique que les membres de l'appareil judiciaire, ce qui se traduit souvent par l'adoption de lois incompatibles avec la jurisprudence internationale et parfois même nationale, par le démantèlement ou la mise sous tutelle des institutions démocratiques et par la subordination des normes relatives aux droits humains à l'intérêt de l'État. Il faut mettre fin à ces pratiques, qui détruisent le tissu démocratique de nos sociétés.

J'ai déjà eu l'occasion de le dire à d'autres occasions et je pense important de le répéter dans cette enceinte de justice : les États ne doivent plus tergiverser lorsqu'il s'agit de faire des droits de l'homme une réalité pour tous.

Ils doivent réaffirmer leur attachement aux valeurs et normes de notre Organisation. Les autorités de l'État – j'englobe sous ce terme les trois branches du pouvoir – doivent défendre plus vigoureusement les droits de l'homme et le système collectif mis en place pour les protéger, les promouvoir et en garantir le respect.

Je vois plus particulièrement quatre domaines dans lesquels les États devraient intervenir.

Premièrement, il faut impérativement intégrer les normes de notre Organisation et la jurisprudence de la Cour dans la législation, la jurisprudence et la pratique internes.

Il est aussi essentiel de prévenir les violations et d'offrir des recours effectifs au niveau interne. À cette fin, il faut respecter et renforcer l'indépendance et l'impartialité de l'institution judiciaire et approfondir la coopération avec les organisations nationales de défense des droits de l'homme, les ONG et la société civile.

Les juges internes doivent être en première ligne lorsqu'il s'agit de donner effet aux droits garantis par la Convention. Il faut qu'ils soient soutenus – et non gênés – dans cette entreprise. À cet égard, à la suite de la présentation du projet de *Bill of Rights* par le gouvernement du Royaume-Uni en début de semaine, je ne peux qu'être inquiète face à ses implications en termes de limitation de la capacité des juges internes à interpréter les droits garantis par la Convention, à prendre pleinement en compte la jurisprudence de la Cour et à utiliser la Convention comme un instrument vivant. Soulignons également les répercussions négatives qu'aurait ce projet sur l'exercice individuel des droits garantis par la Convention et sur le principe de subsidiarité.

Troisièmement, il me semble nécessaire de sensibiliser et d'éduquer davantage le grand public et les praticiens du droit aux normes du système de la Convention. Cet aspect est à mes yeux d'autant plus important maintenant que le Protocole no 15 a réduit le délai de saisine de la Cour, ce qui risque de compliquer l'exercice du droit à former une requête individuelle et d'affaiblir ainsi l'efficacité du système de la Convention.

Enfin, il me semble que les États membres devraient faire un meilleur usage des instruments mis à leur disposition par l'Organisation afin d'exercer la pression nécessaire pour que leurs pairs respectent la démocratie, les droits de l'homme et l'état de droit.

Monsieur le Président,

Mon intervention touchant à sa fin, j'aimerais vous citer. Lors d'une récente conférence à Oslo, vous avez déclaré : « Appliquer les droits chez soi fait partie intégrante du système lui-même ; nous devons nous emparer de ce principe et tenter de faire de cette transformation un processus aussi fluide que possible ».

Telle est la démarche à adopter pour donner un sens réel au système de la Convention.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs,

Les grands principes qui sous-tendent le système de la Convention, en particulier le respect des droits fondamentaux de chacun et les garanties promises par un état de droit solide, sont la sève de notre démocratie. Ils sont, non pas un concept abstrait, mais des éléments indispensables pour que les sociétés soient justes et prospères.

Le Conseil de l'Europe et la Cour sont les principaux protecteurs et promoteurs de ce système. Il faut donc que les États membres, sur leur propre territoire et comme membres d'une communauté, renforcent leur attachement aux valeurs et institutions fondatrices de notre Organisation et à la protection universelle des droits de l'homme.

Le système de la Convention est né de la vision et du courage de dirigeants qui avaient compris que la définition de normes européennes communes et leur application au niveau national constituaient le meilleur antidote à l'oppression.

À l'époque, les temps n'étaient pas plus faciles qu'aujourd'hui. Notre tâche n'est pas plus colossale que ne l'était celle de ces dirigeants. C'est maintenant à nous de donner un nouvel élan à l'ambition de sauver un système « fondé sur la justice et la coopération internationale ».

PHOTOS





ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2021
- Dialogue entre juges - 2020
- Dialogue entre juges - 2019
- Dialogue entre juges - 2018
- Dialogue entre juges - 2017
- Dialogue entre juges - 2016
- Dialogue entre juges - 2015
- Dialogue entre juges - 2014
- Dialogue entre juges - 2013
- Dialogue entre juges - 2012
- Dialogue entre juges - 2011
- Dialogue entre juges - 2010
- Dialogue entre juges - 2009
- Dialogue entre juges - 2008
- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005