

FICHE 6 – Limiter n’est pas déroger ... Les droits fondamentaux dans les situations de crise sanitaire

Le catalogue des droits dont l’exercice et la jouissance se trouvent amoindris est étoffé. Bien des dangers, voire des franchissements de lignes blanches, peuvent d’ores et déjà se constater, d’autres viendront. Annemie Schaus et Vincent Letellier, [Carnet de crise #15 du 17 avril 2020 : Les droits et libertés à l’épreuve de la crise sanitaire \(Covid-19\)](#), parmi d’autres auteurs, en ont dressé une première analyse critique.

Comme le Conseil d’Etat vient de le poser à propos de la législation fédérale octroyant des pouvoirs spéciaux, les questions risquent surtout de surgir lors de l’adoption des arrêtés de mise en œuvre¹⁷⁸ :

Ce sera au moment de la préparation et de l’adoption de ces arrêtés qu’il conviendra d’examiner si, compte tenu de leur portée et des justifications éventuellement avancées, ces restrictions sont admissibles au regard des règles supérieures garantissant les libertés publiques. Tel serait le cas de mesures de confinement, d’autres restrictions à la liberté de circulation, des mesures limitant les contacts entre les membres d’une même famille, des fermetures d’écoles ou d’universités, etc.

La première question à se poser à cet égard portera sur la compatibilité des mesures envisagées contenant, par hypothèse, des ingérences dans l’exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, de la liberté de pensée, de conscience et de religion, de la liberté d’expression, de la liberté de réunion et d’association avec, respectivement, les articles 6, 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l’homme, de même qu’avec les conditions dans lesquelles les paragraphes 2 de ces dispositions les rendent admissibles.

*Il est rappelé à cet égard que, si l’article 8, § 2, de la Convention peut autoriser des ingérences résultant de mesures nécessaires notamment à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou à la protection des droits et libertés d’autrui, si les articles 9 à 11 envisagent des restrictions destinées au respect de certaines mêmes valeurs, **l’admissibilité de ces ingérences est également subordonnée, pour l’essentiel, à l’adoption, au regard de ces dispositions, d’un texte normatif suffisamment clair et prévisible, de même qu’au respect du principe de proportionnalité.***

Des questions analogues peuvent se poser à l’égard d’autres droits et libertés garantis par la Convention ou par ses Protocoles additionnels, notamment le droit au procès équitable, le droit aux biens, le droit à l’instruction, la liberté de circulation, quant aux conditions dans lesquelles l’exercice de ces droits peut être réglementé.

Cette observation vaut également au regard d’autres instruments du droit international garantissant les droits et libertés. Il appartiendra au pouvoir exécutif, lorsqu’il mettra en œuvre la loi proposée, d’être attentif à ces questions.

¹⁷⁸ Avis 67.142/AG du 25 mars 2020 sur une proposition de loi ‘habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19’ : <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67142.pdf> .

Les arrêtés « confinement » n'ont de leur côté fait l'objet d'aucune invitation au Conseil à se pencher dessus. Il n'en demeure pas moins que les principes sur l'admissibilité des limitations apportées aux droits et libertés s'appliquent pleinement tant à leur encontre qu'à l'égard des mesures fondées sur eux. Même s'ils ne devaient pas faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, les arrêtés restent contrôlables en tout temps devant n'importe quel juge qui peut, conformément à l'article 159 de la Constitution, en refuser l'application s'il en constatait la contrariété avec la hiérarchie des normes.

1/ Le « principe » : l'admissibilité, évidemment conditionnée, de limitations aux droits et libertés qui le permettent

Certains droits fondamentaux peuvent explicitement faire l'objet de limitations car leur libellé le permet. En laissant même de côté tout ce qui peut avoir trait aux restrictions apportées à la liberté d'entreprendre (non protégée par la CEDH), toutes les versions des arrêtés « distanciation sociale » ne firent ensemble allusion qu'à une seule disposition de la CEDH, son article 11, § 2 (ainsi qu'à l'article 26 de la Constitution) :

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.

Et encore, du moins était-ce le cas dans la version originelle de l'arrêté du 13 mars parce que son erratum du lendemain ne les reprit plus, ni l'arrêté du 18 mars, ni celui du 23 mars (pas plus que ses arrêtés modificatifs des 24 mars, 3 avril, 17 avril, 30 avril) ... Les arrêtés « confinement » auraient en général pu faire mention à l'article 2 du protocole n°4 (même si ce n'est pas nécessaire comme tel, il serait impossible de rappeler tout ce qu'un arrêté devrait respecter, autre chose étant d'indiquer les normes exécutées comme déjà souligné) dans la mesure où il fait l'objet d'autant de limitations que la liberté de réunion :

1. *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. (...)*
3. *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. (...)*

Déjà rencontré, l'article 8 CEDH garantit notamment le principe de l'inviolabilité du domicile et le droit à la vie privée (deux prérogatives risquant d'importantes restrictions si l'on n'y prend garde) :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 8 CEDH a cette particularité de protéger des droits relativement différents qui peuvent d'ailleurs rentrer en conflit entre eux. Il a fait l'objet d'une interprétation relativement extensive qui fait qu'il impose aussi aux Etats plusieurs obligations positives, tout spécialement en matière de protection de l'environnement, parfois dans le domaine de la santé (FICHE 5 sur le droit à la santé).

Plusieurs dispositions de la CEDH (la même chose pour les droits correspondants dans le PIDCP) présentent ainsi une structure absolument semblable : l'affirmation de la règle qui est la liberté en cause puis les conditions dans lesquelles il peut y être éventuellement des limitations. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et à sa suite celle des juridictions belges est on ne peut plus claire sur ce qui seul permet de considérer les limitations potentielles comme compatibles avec la Convention :

- Les limitations s'interprètent restrictivement ;
- Toute limitation doit respecter 3 principes ;
 - o Le principe de légalité
 - o Le principe de légitimité et d'utilité publique
 - o Le principe de nécessité dans une société démocratique et de proportionnalité

Il se constate néanmoins de plus en plus qu'aux interdictions de violation se superposent des obligations positives matérielles et procédurales (FICHE 5). En tout état de cause, l'article 13 CEDH impose que le droit belge aménage des recours effectifs pour contester la violation de ces droits et libertés. Et le droit au procès équitable figurant à l'article 6 CEDH s'applique désormais à quasiment tous les types de litiges (sauf quelques-uns en rapport avec l'organisation de la puissance publique).

Comme indiqué d'emblée, il ne s'agit pas ici de préjuger de ce que les mesures prises dans les arrêtés De Crem violent ou non la CEDH mais de voir comment ils s'articulent plus généralement dans l'ensemble des fonctions de l'Etat contemporain et comment ils procèdent à l'équilibrage de l'individuel et du collectif. Elles constituent indubitablement des ingérences, le juge compétent veillera à surveiller si elles reposent sur des actes réglementaires conformes en eux-mêmes, d'une part, et leurs applications individuelles concrètes, d'autre part.

a) Des normes conformes à la loi et suffisamment accessibles et prévisibles ?

Sans passer en détail en revue toutes les règles de confinement qui se succèdent depuis le 13 mars, un œil sur celles que comporte l'arrêté du 23 mars tel que modifié en dernier lieu le 30 avril (pour entrée en vigueur des modifications le lundi 4 mai) permet de jauger comment effectuer le contrôle de leur conformité aux normes belges et internationales protégeant les droits fondamentaux.

Le principe d'interprétation restrictive de l'atteinte à un droit fondamental ne devrait pas appeler d'amples commentaires, tant il va de soi. Il possède la plus grande intimité avec le principe de légalité. Tous deux se résument dans la formule de l'arrêt *SA Rocoluc* (rendu par le Conseil d'Etat en 2014 vue à la fin de l'introduction) en donnant toute sa substance à « *l'un des principes gouvernant un Etat démocratique, à la différence d'une dictature, selon lequel tout ce qui n'est pas interdit, est permis* ».

Pourtant, l'article 1^{er} de l'arrêté consolidé du 23 mars renverse la perspective puisqu'il érige en règle que les commerces et magasins sont fermés sauf les 12 catégories énumérées. La communication du gouvernement fédéral après le Conseil national de sécurité du 27 avril a eu beau dire qu'une règle reste en vigueur tant qu'elle n'est pas abrogée, cela n'efface pas que ladite règle demeure bien une exception. Dès lors, l'exception à l'exception, parce qu'elle rapproche du principe originel de liberté, ne devrait pas s'interpréter restrictivement pour sa part. Une remarque identique se formule à l'endroit de l'article 8 qui impose ni plus, ni moins que l'obligation de rester chez soi (inchangé sauf pour un des 10 motifs permettant d'en sortir).

Les mots ayant tout leur poids, l'article 2 marque un cap important car il revient sur le caractère de prime abord « obligatoire » du télétravail (tout de même un bouleversement total et soudain du droit social) en le rendant « recommandé » pour toutes les entreprises non essentielles.

Il peut par ailleurs surprendre de croiser dans un arrêté ministériel réglementaire si solidement normatif que l'insertion, le 30 avril, d'un article 8^{ter} aboutisse à autoriser à des fins sanitaires le port d'un masque (ou une alternative, comme le bandana cher à la Première Ministre) recouvrant la bouche et le nez. Pris tel quel, cela donne l'impression que c'était interdit (à moins qu'il n'en aille d'une atavique méfiance pour le port du masque en général sur l'espace public).

Deux dispositions seulement sur une dizaine auront traversé intactes toutes les versions de l'arrêté du 23 mars : l'article 9 permettant de déroger à la réglementation sur le temps de travail des forces de police et l'article 11 qui rappelle, à des fins plus pédagogiques qu'autre chose, que la loi sur la fonction de police permet l'usage de la force (lequel doit respecter l'article 2 CEDH sur le droit à la vie, rappelons-le). Ironiquement presque, il s'agit de toutes celles qui ne portaient pas de règles de confinement, tant celles-ci évoluèrent si fort en un

intervalle si court, une valse d'autant plus malaisée à suivre que les arrêtés se situent quelque part après les séances du Conseil national de sécurité et avant la publication des FAQ destinées à en éclairer la portée ...

Toujours est-il que la première ligne de défense du principe de légalité exige que « la loi » prévoie l'ingérence dans un droit quelconque. Cela signifie au premier chef qu'**une norme doit préexister**, le fondement juridique ne peut s'improviser au gré des caprices ou même de besoins plus ou moins avérés.

Le sens large de la « loi » dans la CEDH ne correspond pas automatiquement à la « loi » au sens du droit belge (qui n'est que la norme législative adoptée par l'Etat fédéral). Néanmoins, comme le veut l'article 53 CEDH, doit prévaloir la norme la plus favorable à l'individu. Si le juge européen n'est pas là pour vérifier si l'Etat a bien appliqué le droit national (il scrute si l'Etat ne viole pas la Convention), toutes les institutions belges doivent, sous le contrôle du juge belge, respecter la hiérarchie des normes prévalant en droit belge. Or, en droit constitutionnel belge, il ne fait pas de doute qu'**une ingérence dans un droit fondamental doit bien reposer sur un fondement puisé dans une norme adoptée par un législateur et s'y conformer** (dans le respect de ses compétences matérielles, fédéralisme oblige).

Il n'est assurément pas anodin qu'un seul et simple arrêté (**FICHE 1**), ministériel de surcroît pas même royal, du 23 mars régisse confinement et début du déconfinement. Comme présenté plus haut (**FICHE 3**), il trouve bien fondement entre autres dans l'article 11 de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992 et dans l'article 182 de la loi sur la sécurité civile du 15 mai 2007. Le Conseil d'Etat ne l'a pas remis en cause dans son premier arrêt « Corona » n°247.452, rendu ce 27 avril 2020, et les commerçants requérants ne le contestaient pas¹⁷⁹.

La jurisprudence européenne ne s'arrête toutefois pas là. Une ingérence pour se conformer à l'exigence de légalité doit présenter deux qualités fondamentales : son accessibilité et sa prévisibilité.

En ce qui concerne l'accessibilité, sa plus simple expression réside dans l'obligation de publication au Moniteur belge.

La validité des arrêtés ne commence qu'à ce moment-là (ils ne peuvent rétroagir) ; tous ont fixé leur entrée en vigueur un jour précis (et une heure, soit midi, dans le chef du deuxième arrêté « confinement », celui du 18 mars), plus tôt que ce qu'impose la règle en temps normal de 10 jours si rien n'est spécifié ; tous avaient une date d'expiration régulièrement adaptée dans toutes les versions du troisième arrêté du 23 mars (en son état du 30 avril, jusqu'au 10 mai inclus). Ces limitations dans le temps, quitte à procéder par tranches étalées des interdictions puis des desserments d'étreinte, pèseront dans l'examen de la proportionnalité des mesures (au prix d'une lisibilité d'ensemble qui aura commandé de très fortes capacités de concentration).

Les arrêtés « confinement » n'auront pas gagné le Panthéon des canons de la légistique formelle. Certes, supprimer un article dans un arrêté pour le remplacer par exactement le même texte n'ôte rien à sa portée normative. Cela arriva concernant l'obligation de

¹⁷⁹ <http://www.raadvst-consetat.be/arr.php?nr=247452> .

télétravailler. Alors que parfois il aurait suffi de remplacer le libellé d'un seul tiret dans un article (comme celui sur les promenades dans l'article 5 modifié le 30 avril), quoique parfois dans les publications, il manque l'expression physique écrite d'un autre tiret ou que, à tout prendre, la numérotation des activités autorisées aurait pu être pratiquée d'emblée.

Comme cela apparaît souvent dans ces lignes, il n'empêche que l'on peut émettre des regrets sur les retards de consolidation. Ils ne mettent pas en cause non plus la validité des arrêtés (celui du 23 mars et ceux qui l'ont plus que largement réécrit depuis lors) dûment publiés. Par contre leur lisibilité s'en ressent. Encore que l'on doive comprendre d'un autre côté que consolider trop tôt aurait de quoi induire en erreur le lecteur non averti (dans le cas de l'arrêté du 30 avril modifiant celui du 23 mars il n'entre en vigueur que le 4 mai).

Tout le monde sait que les informations ont été dispensées par plusieurs sites officiels, dont celui du Centre de crise (consulté le 1^{er} mai à 15h00) :

<https://centredecrise.be/fr/news/gestion-de-crise/coronavirus-reponses-vos-questions> . En dépit de sa mise à jour consécutive à l'arrêté du 30 avril et alors que le CNS du 27 avril avait annoncé le premier train de mesures de déconfinement à compter du 4 mai, la liste (en format PDF) de FAQ qui y figurait ne portait encore que sur les mesures valables jusqu'au 3 mai : https://centredecrise.be/sites/default/files/content/faq_fr_-_site_web.pdf . De même, le très visité <https://www.info-coronavirus.be/fr/faq/> (toujours le 1^{er} mai à 15h00), mentionnait depuis une semaine que : « [Le contenu de cette page n'est pas encore adapté aux décisions du Conseil National de Sécurité du 24 avril 2020. Les informations ci-dessous resteront valables jusqu'au 3 mai. Cliquez ici pour plus d'informations sur les mesures générales à partir du 4 mai.](#) » (pour arriver sur le communiqué d'après le CNS du 27 avril). Puis s'afficha le 1^{er} mai en fin d'après-midi : « [Le contenu de cette page est valable jusqu'au 10 mai. Cliquez ici pour plus d'informations sur les mesures générales à partir du 11 mai.](#) ».

Encore que, au moment de clôturer ceci (le 2 mai à midi), les pauvres juristes en charge de l'affaire redirent : « *Le contenu de cette page est en cours d'actualisation. Nos excuses pour le dérangement. [Vous pouvez trouver l'information générale sur les mesures d'application après le 4 mai](#) Toutes les informations qui sont valables jusqu'au 3 mai [se trouvent ici](#) »¹⁸⁰ ... L'on en ignore la raison, ceci nous renvoie une fois encore, à 36 heures de l'entrée en vigueur de l'arrêté du 30 avril (sans eu moins un lien vers lui), au communiqué de la Première Ministre du 24 avril¹⁸¹ et à la présentation en Powerpoint consécutive au CNS de ce jour-là¹⁸². À 16h00, l'on en revint enfin à ce que « [Le contenu de cette page est valable jusqu'au 10 mai. Cliquez ici pour plus d'informations sur les mesures générales à partir du 11 mai.](#) ».*

Certains points appelèrent des mises au point immédiates parfois effectuées dans un premier temps sur certains réseaux sociaux¹⁸³. Ceux-ci ont certainement montré leur efficacité dans

¹⁸⁰ Voilà un office que peu de gens aimeraient remplir dans de telles conditions. Il ne s'agit vraiment pas de se gausser. Désolé aussi pour le lecteur qui se trouvera sans doute confronté à des pages obsolètes.

¹⁸¹ <https://www.info-coronavirus.be/fr/news/cns-24-04/> .

¹⁸² <https://d34j62pglfm3rr.cloudfront.net/downloads/news/Belgium's+exit+strategy+24.04.2020.pdf> .

¹⁸³ Notamment, vu le tollé causé auprès des syndicats par une annonce jugée peu claire, « Coronavirus : l'arrêté sur les commerces n'est pas destiné à 'élargir les heures d'ouverture', selon Wilmès », *Le Soir en ligne*, 25 mars 2020 :

<https://www.lesoir.be/289863/article/2020-03-25/coronavirus-larrete-sur-les-commerces-nest-pas-destine-elargir-les-heures> . Il s'y lit que « *L'arrêté ministériel est rédigé pour couvrir l'entièreté des situations existantes.*

les mains du Président américain, ils n'ont pas de statut de source officielle dans la main de notre Première Ministre.

Autre question d'accessibilité, lorsque l'arrêté du 30 avril introduit dans celui du 23 mars la référence à un nouvel instrument, sûrement utile, mais au statut juridique qui reste à éclaircir. L'article 2, § 2, maintenant que le télétravail relève du recommandable et plus de l'obligatoire, tout en enjoignant aux entreprises de prendre le maximum de mesures de distanciation et d'hygiène, dit que

Ces mesures de prévention appropriées sont des prescriptions de sécurité et de santé de nature matérielle, technique et/ou organisationnelle telles que définies dans le guide générique en vue de lutter contre la propagation du COVID-19 au travail, mis à disposition sur le site web du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, complété par des directives au niveau sectoriel et/ou de l'entreprise, et/ou d'autres mesures appropriées qui offrent un niveau de protection au moins équivalent. Les mesures collectives ont toujours la priorité sur les mesures individuelles.

Qu'un arrêté ministériel y renvoie suffit-il à rendre obligatoire ce « guide générique »¹⁸⁴ ? Le SPF Emploi disait encore le 2 mai (10h30) sur son site¹⁸⁵ que

L'information et les documents, qui sont ici mis à disposition, ont valeur d'une directive ou d'une recommandation et ne peuvent être considérés comme des informations ou documents qui peuvent engager la responsabilité du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, si les recommandations qui y sont contenues ne sont pas respectées sur le terrain. Ces informations et documents (par ex. guides et protocoles) ne portent pas préjudice aux prescrits légaux et réglementaires en ces matières, qui sont traitées et mises en lumière dans ces informations et documents (par ex. guides et protocoles).

Au même moment, donnait à lire¹⁸⁶ :

Le guide générique est un document évolutif. Son contenu peut être complété en fonction des directives du Conseil national de sécurité et sur la base de nouvelles connaissances scientifiques et de bonnes pratiques.

Les membres du Groupe des 10 se sont approprié ce guide et s'engagent à le diffuser largement et à recommander son utilisation à leurs membres. Ils demanderont également au président du Conseil national du travail de transmettre le guide aux présidents des commissions paritaires, qui pourront l'utiliser pour le redémarrage des secteurs et des entreprises.

L'article 3 de l'arrêté du 23 mars tel que modifié le 30 avril rajoute que

Pas pour élargir les heures d'ouverture sans concertation. L'AM (Arrêté ministériel) sera clarifié dans ce sens vendredi », a précisé la Première ministre sur Twitter ». Si l'on suit bien la chronologie des événements, cela fut précisé lors du CNS du 27 mars 2020 pour être seulement retranscrit dans l'arrêté du 3 avril ...

¹⁸⁴ Elaboré par les partenaires sociaux au sein du Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail, en concertation avec la Cellule stratégique de la ministre de l'Emploi et des experts du SPF Emploi, sur base de la « Corona-toolbox » de l'Economic Risk Management Group :

https://emploi.belgique.be/sites/default/files/content/news/Guidegenerique_light.pdf .

¹⁸⁵ <https://emploi.belgique.be/fr/themes/coronavirus/au-travail-en-toute-securite-pendant-la-crise-du-coronavirus-guide-generique-et> .

¹⁸⁶ <https://emploi.belgique.be/fr/actualites/guide-generique-pour-lutter-contre-la-propagation-du-covid-19-au-travail> .

Les secteurs et les employeurs qui appartiennent aux secteurs cruciaux et aux services essentiels et qui n'ont pas interrompu leurs activités et qui ont déjà pris eux-mêmes les mesures de sécurité nécessaires, peuvent utiliser le guide générique visé à l'article 2 comme source d'inspiration.

Ce contenu n'a aucun intérêt sur le plan normatif, les arrêtés « confinement », déjà bonnes à tout faire, acquièrent désormais une fonction de diffusion des bonnes pratiques. Le collectif l'emporte sur l'individuel, dit le nouvel arrêté du 30 avril. Fort bien, la concertation sociale entre organisations syndicales et patronales, tellement grippée ces dernières années, a su se concrétiser à nouveau, quitte à ce que ce soit en bout de course le Ministre de l'Intérieur qui endosse facialement la responsabilité juridique en organisant de la sorte un pan crucial du déconfinement plutôt que son homologue de l'Emploi. Les articles 11 de la loi sur la fonction de police et 182 de la loi de 2007 sur la sécurité civile ont décidément une portée que nul n'aurait soupçonnée il y a 7 semaines (et ici le recours à un arrêté de pouvoirs spéciaux, doté d'une portée législative, aurait pu se comprendre pour y mettre un peu d'ordre).

En ce qui concerne l'exigence de prévisibilité, se rajoutent ainsi plusieurs soucis à ceux déjà relevés plus haut (FICHE 1).

La première obligation qui en découle est la correction et la clarté du vocabulaire employé, le Conseil d'Etat ayant jugé dans son arrêt du 27 avril que les termes doivent s'interpréter selon leur sens courant (un professionnel comme un commerçant pouvant, dans l'affaire soumise, raisonnablement interpréter si son établissement peut ou non continuer).

L'on a plusieurs fois souligné l'importance prise par le recours aux FAQ, un instrument compréhensible jusqu'à un certain point vu que toute personne n'a pas le temps ou la possibilité financière de s'entourer de conseils de professionnels pour décrypter la portée des arrêtés. Juridiquement parlant, elles ne peuvent aller plus vite que la musique. L'on en attend beaucoup dès que le CNS a communiqué, elles demeurent juridiquement subordonnées à l'adoption de l'arrêté qu'elles entendent expliquer un peu plus pédagogiquement. Cette distorsion entre la perception et l'annonce de ce qui devrait changer et sa validité juridique effective risque de ne pas s'arranger en cas de report d'échéance ou de retour en arrière au cours du déconfinement.

Sans qu'il soit possible ici de relever la riche jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'admissibilité des circulaires émanant d'une administration, il a commencé à se préoccuper il y a peu des FAQ qui commencent à se répandre dans la vie publique. Elles ne peuvent rajouter des contraintes ne figurant pas dans la législation¹⁸⁷ ou de nouvelles conditions¹⁸⁸. Ici, il est difficile d'évaluer ce que l'administration, dont une partie (le Centre de crise) relève fonctionnellement du Ministre de l'Intérieur, rajoute ou non à un arrêté du même Ministre, alors que la communication se partage avec Sciensano qui a une personnalité juridique distincte de l'Etat¹⁸⁹. Une contestation éventuelle devrait-elle viser à la fois l'Etat et cet organisme ?

¹⁸⁷ C.E. n°241.673 du 30 mai 2018, ASBL le Théâtre-Poème : <http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/241000/600/241673.pdf> .

¹⁸⁸ C.E. n°243.790 du 22 février 2019, SA UFund : <http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/243000/700/243790.pdf> .

¹⁸⁹ Loi du 25 février portant création de Sciensano : <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2018/02/25/2018011241/justel> .

De surcroît, les FAQ publiées directement sur Internet sont mises à jour au fur et à mesure, difficile de garder la trace des toutes les versions. Certaines de celle-ci ont fait l'objet de fichiers PDF fin mars¹⁹⁰, le 6 avril¹⁹¹ et semble-t-il (car il n'y a plus de date) fin avril¹⁹². Une synthèse plus régulièrement accessible s'imposera au fil des phases du déconfinement.

Au milieu de tout cela, les maraîchers ne savaient plus très bien que faire le week-end du 26 avril pendant que les drive-in des chaînes de fast food entretenaient une certaine confusion lors de l'annonce de leur réouverture qui ne résultait en réalité, comme leur fermeture, que de leurs décisions propres.

Apparue dans le deuxième arrêté « confinement » du 18 mars, régulièrement réécrite dans le troisième du 23 mars (car retouchée le 6 avril, avec un erratum le lendemain, avant de trouver son visage, semble-t-il définitif le 17 avril), l'annexe sur les services cruciaux et les entreprises essentielles aura donné le plus de fil à retordre (elle est reproduite dans son dernier état dans l'**ANNEXE** sur l'arrêté du 23 mars). Les services publics et entreprises privées des commissions paritaires y reprises pouvaient en effet ne pas devoir respecter l'obligation de télétravailler dans le cadre de leurs prestations essentielles.

En-dehors des arrêtés « confinement » du Ministre fédéral de l'Intérieur, l'on aura également croisé d'autres curiosités. Quand l'article 4 de l'un des arrêtés de la Communauté française du 13 mars donna au Ministre des Sports le soin de déterminer « *les modalités et conditions de l'accès à ces infrastructures par voie de circulaire* » (dispositif qui n'est plus en vigueur), il ne fait guère de doute que cette circulaire avait les atours d'un acte réglementaire. Autre exemple, lorsqu'un arrêté du gouvernement flamand stipula que « *La situation économique imminente est reconnue comme une crise telle que visée à l'article 6, § 3, du décret du 6 février 2004 réglant l'octroi d'une garantie aux petites, moyennes et grandes entreprises. La fin de cette crise sera établie par communication du Gouvernement flamand* »¹⁹³. Une communication, pourquoi pas un arrêté ? Remarquons cette autre confusion en rapport avec le rôle exact du CNS lorsqu'un arrêté du Gouvernement flamand¹⁹⁴, pourtant sourcilieux sur les frontières des compétences (**FICHE 4**), interdit les paiements en espèces dans les transports en commun « *jusqu'à la date à laquelle le Conseil national de Sécurité décide d'abroger les mesures d'urgence* ».

b) La légitimité doit strictement résider dans le seul but de préserver la santé publique

¹⁹⁰ Une version « papier » en son état au 27 mars a été publiée par le Centre de crise :

<https://centredecrise.be/sites/default/files/content/beleidsfaq - 7bis fr.pdf> .

Ainsi que sur le site de Bruxelles Prévention Sécurité :

<https://bps-bpv.brussels/sites/default/files/2020-03/FAQ%20questions%20fr%C3%A9quemment%20pos%C3%A9es.pdf> .

¹⁹¹ Version du 6 avril 2020 à 12h00 :

https://centredecrise.be/sites/default/files/content/faq_fr_version_8_0.pdf . C'est celle qui était encore consultable en ligne le 21 avril à 13h alors que l'arrêté du 17 avril était par ailleurs renseigné sur :

<https://centredecrise.be/fr/news/gestion-de-crise/coronavirus-reponses-vos-questions> .

¹⁹² Avec la mention seulement « FAQ COVID-19 » :

https://centredecrise.be/sites/default/files/content/faq_fr - site_web.pdf .

¹⁹³ Article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement flamand du 13 mars 2020 portant reconnaissance de la crise corona et portant dérogation au régime de garanties pour petites, moyennes et grandes entreprises (*MB*, 18 mars 2020).

¹⁹⁴ Article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement flamand du 13 mars 2020 modifiant l'article 66, § 2, de l'arrêté du Gouvernement flamand du 14 mai 2004 relatif à l'exploitation et aux tarifs de la VVM (*MB*, 18 mars 2020).

Les obligations positives à accomplir que l'Etat tire du droit international concernant le droit à la vie et le droit au meilleur état de santé possible (FICHE 5), en conjugaison avec tout ce que le droit national peut lui imposer comme prestations dans le cadre de la police sanitaire (FICHES 2 et 3), constituent un soutènement indubitable au motif d'utilité publique tiré des impératifs de la préservation de la santé publique.

Vu le contexte mondial, européen et national, on imagine mal un juge trop encadrer la marge d'appréciation des autorités compétentes pour restreindre l'usage des droits susceptibles de limitations (le droit à la vie n'en fait pas partie), pour autant évidemment qu'il n'y ait pas de détournement de ce motif à des fins autres que la santé publique.

Il faut dire que, **dans les présentes circonstances, les pouvoirs de l'Etat dans le domaine de la police sanitaire ne relèvent pas de la faculté mais bel et bien du devoir**. Loin de ne devoir se cantonner à la seule prévention de la propagation, il doit organiser son système juridique et budgétaire pour dispenser des soins puis pour relancer la vie socio-économique dans son ensemble.

c) La proportionnalité, primauté du collectif sur l'individuel ?

Le principe de proportionnalité veut que pour être acceptable dans une société démocratique, une mesure soit nécessaire (pas simplement utile et ce qui implique le cas échéant de rechercher celle qui, parmi plusieurs, cause le moins d'inconvénients) et s'analyse par mise en balance des buts poursuivis par la limitation et des moyens utilisés par l'autorité pour y parvenir. Si leurs effets ont des conséquences disproportionnées, il y a violation. L'amplitude du contrôle dépend de la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme peut faire varier selon le droit en cause et le type d'intérêt public en jeu.

Avant toute chose (les contentieux pointent sans déjà faire légion, contrairement à ce qui se voit en France dans le cadre du référé-liberté devant un Conseil d'Etat¹⁹⁵), pour mieux distinguer comment se conjuguent l'expertise de recommandation, la responsabilité politique finale dans la prise de décision et la mise en œuvre par les corps de la santé (publics et privés) et des divers services et forces de l'ordre, ce continuum que j'appelle ici la « police sanitaire », il faut bien garder à l'esprit l'immense difficulté de la tâche.

Quoique cela n'exonère en rien des fiascos sur les masques, de l'insuffisance des tests aussi ou de plans épidémiques dans les maisons de repos (une compétence d'institutions communautaires) par exemple, il faudra sérier tous ces problèmes et leur traitement juridique, prenons tout de même la peine de relire des extraits de ce que disait le Comité consultatif de bioéthique dans son *avis n° 48 du 30 mars 2009 relatif au plan opérationnel belge « pandémie influenza »*¹⁹⁶. En 2009, la préparation du cadre de gestion de la dernière maladie infectieuse humaine menaçant tout le territoire belge et face à un virus tout aussi

¹⁹⁵ <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>.

¹⁹⁶

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/avis_48_pandemie.pdf.

largement inconnu peu avant, l'ultime phase est envisagée mais en termes prudents tant il paraît impensable de prendre pour principe l'isolement contraignant de la population :

Bien qu'au sein des Communautés il existe quelques différences entre les réglementations concernant la quarantaine et l'isolement, ce qui peut provoquer quelques imprécisions et hésitations, la législation actuelle semble suffire pour faire face à la pandémie grippale jusqu'à la phase 5 de l'OMS y comprise, c'est-à-dire pour les individus ou petits groupes de personnes atteints par la maladie. A partir du moment où cette pandémie entrera dans la phase 6, la législation précitée sera en pratique moins utile, puisque on ne peut naturellement pas isoler ou mettre en quarantaine toute la population. A ce moment, la communication des mesures sanitaires adéquates à celle-ci par différents canaux d'information revêtira toute son importance. A titre d'exemples, nous citerons le fait de rester chez soi le plus souvent possible, de s'approvisionner en conséquence, ou encore d'éviter les visites et déplacements superflus, ainsi que toutes les recommandations d'hygiène qui seront actualisées.

Le CCB énumère plusieurs des dispositifs juridiques fédéraux et communautaires permettant la mise à l'écart temporaire de personnes atteintes ou pouvant l'être. Il rappelle d'ailleurs que l'article 5 de la CEDH va jusqu'à permettre la mise en détention des personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse. Il a alors bien à l'esprit l'équilibre à réaliser entre les droits fondamentaux en présence :

(...) On attend d'un État qu'il protège sa population en créant et entretenant un certain nombre de dispositifs et d'infrastructures indispensables, afin de pouvoir satisfaire les besoins et droits fondamentaux : il doit par exemple veiller à ce que tous les enfants puissent suivre une scolarité, à ce que chacun dispose d'eau potable, d'un logement, à garantir la mobilité des citoyens, à l'entretien des rues et des routes, à ce qu'il y ait suffisamment de travailleurs des soins de santé pour prendre en charge les malades, à réduire la pollution de l'air, etc. On attend également de l'État qu'il diffuse les informations nécessaires pour permettre à ses citoyens de faire des choix libres et adéquats, conformes à leurs convictions intimes et personnelles.

S'il est vrai que, dans le passé, l'État a parfois adopté une attitude trop paternaliste, édicté des lois et pris des actions guidées par la conviction morale d'une majorité, portant ainsi atteinte à l'autonomie de certains citoyens, la situation a changé au cours de la dernière décennie – du moins dans le monde occidental. Le droit du citoyen à prendre des décisions autonomes s'exprime de plus en plus. En Belgique, la suppression de la loi sur le vagabondage et la promulgation de la loi sur les droits du patient en sont des exemples évidents.

De la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), adoptée le 4 novembre 1950, il peut être déduit qu'une autorité publique peut restreindre les droits privés lorsque cela s'avère nécessaire pour la protection d'autrui contre une contamination. La Belgique dispose à cet effet de toute une réglementation (cf. supra).

Le plan d'urgence n'a pas été établi ni élaboré dans le but d'imposer aux citoyens l'une ou l'autre règle de conduite applicable à leur sphère personnelle et familiale qui ne correspondrait pas à leur propre vision ou conviction. Ce plan d'urgence a été établi pour réduire le risque de contamination de tierces personnes et régir la prise en charge des malades dans les meilleures conditions.

L'objectif est de « bien » agir pour le plus grand nombre et de « porter atteinte » au plus petit nombre possible.

D'un point de vue éthique, il n'y a aucune objection à opposer à l'élaboration d'un plan d'urgence par l'État ni à la mise en œuvre d'une série de cellules capables de suivre l'évolution de la pandémie et d'adopter éventuellement des mesures visant à restreindre la liberté personnelle des citoyens afin de sauver des vies.

En 2009, le questionnement éthique se focalisait autant sur la vaccination obligatoire¹⁹⁷ :

Pour des raisons d'intérêt public le Comité français, dans l'avis susmentionné, considère qu'en cas de pandémie, la liberté individuelle qui consiste à refuser la vaccination, ne doit pas être respectée. S'il y a lieu de consacrer tout le temps qu'il faut pour convaincre un individu qui refuserait le vaccin pandémique, afin d'essayer de lui faire comprendre le danger que ce refus signifie pour lui et pour les autres, il n'y aurait pas lieu de donner suite à son refus de soins car l'intérêt du corps social l'emporte ici sur le respect d'autonomie de la personne.

La quarantaine obligatoire et généralisée n'apparut pas comme une option alors que ce comité n'ignorait rien de ce que permettent des règles légales toujours existantes (FICHE 3, point 2), ce qui n'empêche pas que le CCB de devoir affronter l'aussi épineux problème éthique de la priorisation par un certain tri à effectuer au détriment de catégories patients en ultime ressort. A aucun moment, sauf au détour d'une interrogation sur une éventuelle limitation par une loi-cadre de la circulation des billets de banque soupçonnés de diffuser le H1N1, le comité n'a envisagé un blocage massif de la vie économique. Personne d'ailleurs ou si peu¹⁹⁸.

Le temps des décomptes finaux viendra bien assez tôt. Sans s'improviser épidémiologiste ou virologue (un sport devenu à la mode), sans ignorer non plus les divergences qui ont pu se faire jour entre eux (ce qui nous change des querelles entre constitutionnalistes), l'appréciation de la proportionnalité dépendra, *a posteriori*, pour beaucoup des méthodes de comptage¹⁹⁹, lesquelles ne font toujours pas intégralement consensus. Rétablir les équilibres individu par individu sera une tâche d'une complexité d'autant plus effroyable que le poids des inégalités sociales (dont la place comme facteur d'aggravation de la dispersion et de la capacité individuelle à y faire face en cas de contagion reste à établir aussi) se trouve mis en évidence comme jamais sur comment et où vivre le confinement, comment préserver les revenus, comment assurer l'accès à l'information dont pour les allophones, ...

Il y avait donc bien une part d'impensable²⁰⁰, de sidération, une part d'inconscience peut-être en se disant que cela n'arriverait pas jusque dans nos baignoires et nos frigos. L'urgence, la

¹⁹⁷ Plus récemment, sur l'admissibilité de l'imposition d'une vaccination obligatoire pour empêcher la propagation d'une maladie au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation, l'avis n° 64 du 14 décembre 2015 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique relatif aux aspects éthiques de l'obligation de vacciner : <https://www.health.belgium.be/fr/avis-ndeg-64-obligation-de-vacciner> , p. 30.

¹⁹⁸ Voyez toutefois ce qu'écrivait il y a une quinzaine d'années un centre d'études de l'Université de Toronto, sur toutes ces autres questions que l'on ne se posait plus trop en temps normaux : « *During the SARS outbreak, a number of people, including health care staff, were ordered to remain at home to prevent spreading the disease. People faced the loss of income and possibly their jobs. The number of people affected could be far higher during a global flu pandemic, and people subject to restrictive measures will need to have their basic needs met, including some protection for their income and jobs* » (Université de Toronto, Joint Centre for Bioethics , « Stand on guard for thee. Ethical considerations in preparedness planning for pandemic influenza », novembre 2005, p. 12 : http://www.icb.utoronto.ca/people/documents/upshur_stand_guard.pdf).

¹⁹⁹ Quant à l'expression sur ce sujet du désormais bien connu Steven van Gucht, l'un des porte-paroles interfédéraux sur la Covid-19, « La Belgique pointée du doigt à l'étranger : "Tout le monde a reçu les soins nécessaires, ce qui n'a pas été le cas dans tous les pays" », *La Libre Belgique en ligne*, 24 avril 2020 : <https://www.lalibre.be/planete/sante/la-belgique-pointee-du-doigt-a-l-etranger-tout-le-monde-a-recu-les-soins-necessaires-ce-qui-n-a-pas-ete-le-cas-dans-tous-les-pays-5ea3040ad8ad58632c7807c6> .

²⁰⁰ Ceci peut autant se mesurer dans ce que dispensait l'OMS en 2018 encore comme *Lignes directrices pour la gestion des questions éthiques lors des flambées de maladies infectieuses*, pp. 27-30, quant aux restrictions à la liberté de mouvement et de réunion pacifique :

vitesse de propagation, la morbidité de la maladie, sa nouveauté, l'absence de traitement de la Covid comme telle (au mieux le soulagement de certaines manifestations) ... l'Etat Belgique ne pourra non plus être tenu responsable de tout. Par contre, cela n'éluera pas l'enquête approfondie à mener sur des ratages qui paraissent déjà avérés comme la destruction de ce qui restait du stock stratégique de masques buccaux après la crise H1N1. Et comme dans les après-guerres par exemple, ou face aux catastrophes naturelles, l'Etat met en branle des mécanismes d'indemnisation et de soutien au nom de la solidarité nationale, « réparant » ici bien imparfaitement (et forcément pas intégralement) les conséquences des décisions qu'il a prises, sans doute forcé par les circonstances hors du commun, également parce que, dans sa globalité, son système juridique le lui impose (FICHES 2, 3, 5).

Le présent raisonnement (à certainement approfondir et à confronter à la contradiction) porte sur la plupart des mesures réglementaires de portée générale. Il n'empêche que la contestation au cas par cas doit pouvoir porter aussi à chaque fois sur la proportionnalité de la mesure de mise en œuvre individuelle de toute contrainte à l'égard de chaque individu.

2/ L'exception dans l'exception qui, espérons-le, le restera : les dérogations

« **Limiter (même très fort) n'est pas déroger** ». Beaucoup craignent les dérives liberticides. Ils ont raison, le risque existe bien au-delà de la théorie pure. Pour l'heure néanmoins, après six semaines, il y aurait pourtant plutôt de quoi saluer que la Belgique n'ait pas jugé nécessaire d'utiliser l'arme juridique ultime de la déclaration de dérogation à certains droits portés par la CEDH. Son article 15 CEDH permet en effet ceci :

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

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 [droit à la vie], sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3 [interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants], 4 (paragraphe 1) [interdiction de l'esclavage et de la servitude] et 7 [pas de peine sans loi].

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

La frontière entre très forte limitation et dérogation est assurément ténue, notamment en ce qui concerne la proportionnalité des mesures. Dans la foulée de ce que la Commission de Venise a relevé, à savoir l'extrême subsidiarité de l'article 15 CEDH, on maniera celui-ci avec d'autant plus de pincettes que le motif d'intérêt général tiré de la « santé publique » existe à tout le moins comme motif légitime de limitation dans certains articles particulièrement exposés. Même si l'on ne peut nier que la situation concerne bien la vie de la Nation et que le

contrôle se situe aux portes du dérogatoire pur et simple, rester dans ce cadre normal des limitations autorisées par plusieurs articles permet de garantir l'exercice ultérieur du contrôle, notamment de proportionnalité, par le juge compétent. Le fil est ténu mais c'est toutefois l'une des raisons pour lesquelles il faut souligner l'importance de ne pas avoir déclaré en Belgique d'état d'urgence en tant que tel, quand bien même l'on a à faire à une vaste toile de dispositifs qui soit chacun organise une urgence (mais juridiquement ciblée), soit à une échelle généralisée de recours aux pouvoirs spéciaux assurément dérogatoires au fonctionnement normal du système parlementaire.

Ce constat ne constitue cependant en rien un blanc-seing, une bénédiction *a priori* selon laquelle toute mesure générale et toute mise en œuvre particulière serait conforme à l'ordre juridique parce qu'adoptée dans un contexte d'urgence. Le risque majeur d'un état d'urgence en soi fut, entre autres soulevé, par Lauréline Fontaine, professeure de droit constitutionnel à la Sorbonne Nouvelle, lorsque le contexte juridique de lutte contre le terrorisme prévalant en France en 2015 fut appliqué à des militants écologistes qui voulaient manifester en marge de la Conférence de Paris sur le climat²⁰¹ :

(...) l'état d'urgence, dès lors qu'il est déclaré, se substitue au droit en général pour toute question – quelle qu'elle soit – intéressant la sécurité et l'ordre publics. Le juge avait pourtant jusqu'ici affirmé le principe du rapport entre l'objet d'une décision, sa finalité et son fondement juridique. Il pouvait même être amené à constater un détournement de pouvoir, ou de procédure, lorsque l'administration utilise un pouvoir à d'autres fins que celles pour lesquelles elle a reçu ce pouvoir.

Il faut, écrivait-elle, « un rapport entre l'objet de la proclamation de l'état d'urgence et les motifs des décisions qui sont prises sur le fondement de cet état d'urgence ». Ceci reste valable d'ailleurs en situation de « simple » limitation.

Le *Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme - Dérogation en cas d'état d'urgence* (mis à jour au 31 décembre 2019) nous en apprend très peu sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de gestion d'épidémie, une fois encore parce que de manière globale elle a tout simplement eu très peu de contentieux à connaître. Les dossiers avaient jusqu'à présent trait à des cas de terrorisme supposé ou avéré, de guerre civile, parfois de conflit international. La seule mention selon laquelle un danger exceptionnel pouvait résulter d'une crise de santé figure dans le rapport rendu par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme lors du coup d'état des « colonels » en Grèce entre 1967 et 1974²⁰² :

²⁰¹ « La disparition. 5 petits mots et puis s'en vont ... », *Le droit de la Fontaine* (Un site de réflexion sur la pensée juridique et politique contemporaine), 10 janvier 2016 :

<https://www.ledroitdelafontaine.fr/la-disparition/>. Mon estimée collègue et amie se prononçait sur la validation par le Conseil d'Etat français d'une décision assignant à résidence des militants écologistes qui voulaient manifester en marge de la Conférence de Paris sur le climat sur base de l'état d'exception instauré pour lutter contre le terrorisme.

²⁰² Commission EDH, Affaire Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce, § 153 :

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-167795>. Également l'avis précité rendu en 2006 par la Commission de Venise sur la protection des Droits de l'Homme dans les situations d'urgence, relativement favorable, tant qu'à faire en vue de la sauvegarde de la prééminence du droit, à l'inscription dans les Constitutions nationales des conditions précises de dérogations :

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2006\)015-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2006)015-f).

- 1) le danger doit être réel ou imminent ;
- 2) ses effets doivent toucher l'ensemble de la nation ;
- 3) la vie organisée de la communauté doit être menacée ;
- 4) la crise ou le danger doivent être exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales qu'autorise la Convention aux fins de la protection de la sûreté, de la santé et de l'ordre publics doivent être tout à fait insuffisantes.

Encore que le texte de l'article 15 ne se réfère pas directement au cas de la santé publique, comme le résume le Guide de la Cour²⁰³,

Il faut que la crise ou le danger soient exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales permises par la Convention aux fins de la protection de la sûreté et de l'ordre publics et de la santé soient manifestement insuffisantes.

Cela n'éteint pas complètement les possibilités de contrôle par la Cour européenne mais les atténue solidement et les reporte à Dieu sait quand, surtout que plusieurs Etats se réclament du mécanisme dérogatoire. La déclaration obligatoire auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe n'offre qu'une barrière formelle. Julien Pieret, [Carnet de crise #16 du 20 avril 2020 : La gestion de la pandémie du Covid-19 et les dérogations aux droits et libertés : faut-il recourir à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ?](#), a de surcroît souligné avec raison le caractère assez illusoire que représente le contrôle politique par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe. De même, a de quoi interroger qu'y aient surtout recours des Etats d'Europe centrale et orientale adhérents plus récents à la CEDH, plusieurs d'entre eux se trouvant souvent en délicatesse avec elle.

Sans doute faudra-t-il un jour mieux encadrer les états d'exception en droit belge pour que l'état de nécessité, notion encore plus risquée n'en vienne pas à fournir l'ultime justification²⁰⁴. Toutefois, ni un état d'urgence, ni *a fortiori* un quelconque état de nécessité ne furent sur la table pendant le « confinement », ni dans la perspective du « déconfinement ». Je reconnais toutefois que l'usage généralisé sur les plans matériel et temporel de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile entamerait gravement l'Etat de droit.

Trois attitudes sont dès lors possibles. Soit considérer que la théorie de la marge d'appréciation suffit (il est plus que probable que la Cour EDH, elle-même au ralenti, l'appliquera sur une vaste échelle dans les affaires individuelles qui lui seraient soumises), soit proclamer un état d'urgence sanitaire un cran au-dessus (comme en France ou au Portugal), soit aller jusqu'à saisir le Secrétaire général du Conseil de l'Europe d'une déclaration « article 15 » (à détailler quant aux mesures prises, leurs motifs, leur durée, sous peine d'être écartée

²⁰³ Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme - Dérogation en cas d'état d'urgence, 31 décembre 2019, § 9 : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_FRA.pdf .

²⁰⁴ Quoique peu portés sur les questions strictement sanitaires mais très complets sur l'éventail des droits auxquels in ne peut être dérogé quelles que soient les circonstances, bien des éléments du débat ont été fournis par Sébastien van Drooghenbroeck et Jan Velaers, « Note relative à l'insertion d'une clause transversale relative aux dérogations aux droits et libertés », in *Les clauses transversales en matière de droits et libertés*, rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par Mme H. Claes et M. J.-J. Viseur, Documents parlementaires, Chambre, 51 2304/001, pp. 73 et suiv. : <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/2304/51K2304001.pdf> .

par la Cour)²⁰⁵. Ce qui ne dispense en rien ni de respecter les normes qui n'en feraient pas l'objet, ni de devoir justifier ce à quoi il est dérogé et pour combien de temps.

En effet, reporté, le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des mesures dérogatoires ne disparaît pas. De même, respect reste intégralement dû aux autres normes du droit international (et il convient, selon l'article 53 CEDH de toujours faire prévaloir la norme la plus protectrice qu'elle soit internationale ou nationale). Il faut alors tenir compte des textes dérogeables selon des conditions plus ou moins semblables (en particulier dans le cadre du PIDCP et du PIDESC) mais également de certains droits auxquels d'autres normes de droit international ne permettent pas de déroger non plus (le droit à la personnalité juridique dans le PIDCP par exemple, l'interdiction du génocide, ...). Encore que nous n'en soyons pas là non plus dans les Etats ayant opté pour la déclaration de dérogation.

Toutefois, parmi les droits indérogables figure le droit à la vie ainsi que le cortège d'obligations positives peu à peu élaboré par la jurisprudence. Outre que le motif d'utilité publique reposant sur la préservation de la santé permet déjà en temps normal d'apporter des limitations aux droits qui le permettent, dans les présentes circonstances, l'alliance des deux ordres de préoccupations fait que l'Etat a non seulement le pouvoir mais aussi le devoir – une obligation à tout le moins de moyens – de le protéger. Il ne se trouve pas plus dispensé des règles sur la mise en œuvre de sa responsabilité civile pour ses actes, omissions, erreurs, normatifs (législatifs et réglementaires) ou individuels.

C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner de la multiplication (p.ex. au Moniteur du 6 avril) de dispositifs qui de près ou de loin consistent à assurer du vital comme l'approvisionnement de populations précarisées²⁰⁶ ou celui en médicaments²⁰⁷.

Si la tentation surgissait quand même, l'Etat belge devrait additionnellement prendre en compte l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) tout autant applicable en Belgique, lequel requiert une communication des mesures potentielles aux autres Etats parties et qui comporte encore plus de droits indérogables :

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6 [droit à la vie], 7 [interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants], 8 (par. 1 et 2) [interdiction de l'esclavage et de la servitude], 11 [interdiction de la prison pour dette], 15 [non-rétroactivité du droit pénal], 16 [droit à la personnalité juridique] et 18 [liberté de pensée, de conscience et de religion].

²⁰⁵ La Hongrie se distingue manifestement par une quatrième attitude, l'instauration d'un état d'urgence illimité sans contrôle parlementaire sans même, ce 2 mai, l'introduction d'une déclaration « article 15 ».

²⁰⁶ Arrêté royal du 31 mars 2020 portant des mesures d'urgence en matière d'aides alimentaires à destination des publics cibles des centres publics d'action sociale.

²⁰⁷ Décision du 1^{er} avril 2020 de l'Administrateur général de l'AFMPS relative à diverses mesures urgentes concernant des médicaments spécifiques pour lutter contre la pénurie de médicaments dans le contexte de la pandémie de SARS-CoV-2.

3. Les Etats parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres Etats parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations.

Actif à l'échelle mondiale, le Comité des droits de l'homme de l'ONU écrivait déjà ceci il y a une petite vingtaine d'années dans son *Observation générale n°29 - États d'urgence (art. 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001²⁰⁸ :

1. L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques revêt une importance primordiale pour le système de protection des droits de l'homme dans le cadre de cet instrument. D'une part, il autorise l'État partie à adopter unilatéralement des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. D'autre part, il soumet à la fois ces dérogations elles-mêmes et leurs conséquences matérielles à un régime de garantie bien précis. Le retour à une situation normale, permettant d'assurer de nouveau le plein respect du Pacte, doit être l'objectif primordial de l'État partie qui déroge au Pacte. (...)

2. Les mesures dérogeant aux dispositions du Pacte doivent avoir un caractère exceptionnel et provisoire. Avant qu'un État ne décide d'invoquer l'article 4, il faut que deux conditions essentielles soient réunies : la situation doit représenter un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation et l'État partie doit avoir proclamé officiellement un état d'urgence. Cette dernière condition est essentielle au maintien des principes de légalité et de primauté du droit à des moments où ils sont plus que jamais nécessaires. Lorsqu'ils proclament un état d'urgence susceptible d'entraîner une dérogation à l'une quelconque des dispositions du Pacte, les États doivent agir dans le cadre de leur constitution et des dispositions législatives qui régissent l'exercice des pouvoirs exceptionnels ; il appartient au Comité de vérifier que les lois en question permettent et garantissent le respect de l'article 4. Pour que le Comité puisse s'acquitter de sa tâche, les États parties au Pacte devraient donner, dans les rapports qu'ils soumettent en application de l'article 40, des renseignements suffisants et précis sur leur législation et leur pratique dans le domaine des pouvoirs exceptionnels.

4. Une condition fondamentale à remplir concernant toutes mesures dérogeant aux dispositions du Pacte, telles qu'énoncées au paragraphe 1 de l'article 4, est que ces dérogations ne soient permises que dans la stricte mesure où la situation l'exige. Cette condition vise la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de toute dérogation appliquée par l'État du fait de l'état d'urgence. Une dérogation à certaines obligations découlant du Pacte se différencie clairement des restrictions ou limites autorisées même en temps ordinaire par plusieurs dispositions du Pacte. Néanmoins, l'obligation de limiter les dérogations à ce qui est strictement exigé par la situation a son origine dans le principe de proportionnalité qui est commun aux pouvoirs de dérogation et de restriction. En outre, le simple fait qu'une dérogation admise à une disposition spécifique puisse être en soi exigée par les circonstances ne dispense pas de montrer également que les mesures spécifiques prises conformément à cette dérogation sont dictées par les nécessités de la situation. Dans la pratique, cela garantira qu'aucune disposition du Pacte, même s'il y est dérogé valablement, ne puisse être entièrement inapplicable au comportement d'un État partie. Lors de l'examen de rapports d'États parties, le Comité s'est déclaré préoccupé par le fait qu'il ne soit pas tenu suffisamment compte du principe de proportionnalité.

5. La question de savoir quand et dans quelle mesure il peut être dérogé à certains droits ne peut être examinée sans qu'il soit tenu compte de la disposition du paragraphe 1 de l'article 4 du Pacte selon laquelle toute dérogation aux obligations qui incombent à l'État partie en vertu du Pacte n'est permise que « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Cette condition fait obligation aux États parties de justifier précisément non seulement leur décision de proclamer un état d'exception, mais aussi toute

208

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.11&Lang=fr .

mesure concrète découlant de cette proclamation. L'État partie qui entend invoquer le droit de déroger au Pacte, lors, par exemple, d'une catastrophe naturelle, d'une manifestation massive comportant des actes de violence ou d'un accident industriel majeur, doit pouvoir justifier que cette situation représente une menace pour l'existence de la nation mais aussi que toutes les mesures qu'il a prises et qui dérogent au Pacte sont strictement exigées par la situation. De l'avis du Comité, la possibilité de limiter l'exercice de certains droits garantis dans le Pacte, par exemple la liberté de mouvement (art. 12) ou la liberté de réunion (art. 21) suffit généralement dans ce genre de situation et une dérogation aux dispositions en question ne serait pas justifiée par ce qu'exige la situation.

6. Le fait que le paragraphe 2 de l'article 4 stipule que certaines dispositions du Pacte ne sont pas susceptibles de dérogation ne signifie pas qu'il est permis de déroger à volonté à d'autres articles du Pacte, même lorsqu'il y a une menace pour l'existence de la nation. L'obligation juridique de limiter toutes les dérogations au strict minimum nécessaire pour faire face aux exigences de la situation implique à la fois pour les États parties et pour le Comité le devoir de procéder à une analyse minutieuse en se fondant sur chaque article du Pacte et sur une évaluation objective de la situation en question.

8. En vertu du paragraphe 1 de l'article 4, pour qu'une quelconque dérogation aux dispositions du Pacte soit justifiée, il faut que les mesures prises n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. (...)

10. Bien qu'il n'entre pas dans le mandat du Comité des droits de l'homme de procéder à un examen du comportement de l'État partie au regard d'autres instruments, dans l'exercice de ses fonctions en vertu du Pacte, le Comité est compétent, lorsqu'il s'agit de déterminer si le Pacte autorise un État partie à déroger à telle ou telle de ses dispositions, pour prendre en compte les autres obligations internationales dudit État. En conséquence, quand ils se prévalent du paragraphe 1 de l'article 4 ou quand ils informent, en application de l'article 40, sur le cadre légal relatif aux situations d'exception, les États parties devraient fournir des renseignements sur leurs autres obligations internationales concernant la protection du droit en question, en particulier celles auxquelles ils sont tenus dans les situations d'urgence. À cet égard, les États parties devraient prendre dûment en considération l'évolution du droit international en ce qui concerne les normes relatives aux droits fondamentaux applicables dans les situations d'urgence (6).

Respecter scrupuleusement les clauses de limitation, pour éviter de recourir à la présente possibilité de dérogation, n'est pas seulement une question de respect des procédures et des droits matériels. Sans cela, tout un chacun se sentira aussi dans la peau du justicier masqué, qui relègue son colocataire sous prétexte qu'il est médecin ou dénonce à tour de bras celui ou celle qui paraît suspect (déjà que cela n'a pas attendu).

L'absence de norme constitutionnelle ou de législation permettant l'état d'urgence ne signifie cependant nullement qu'il n'existerait aucun dispositif permettant de limiter plus que vigoureusement l'exercice de certains droits fondamentaux. Nous le voyons bien ici avec l'article 182 de la loi de 2007 sur la sécurité civile la base légale généreuse du « confinement ». Quoique foncièrement aux frontières ultimes de la vie démocratique envisagée telle, une interdiction (quasi) générale de réunion²⁰⁹ n'est toutefois pas complètement impossible dans la présente crise pandémique où le premier mot d'ordre est la fameuse « distanciation sociale ». Celle-ci se conçoit moins comme une mesure de maintien de l'ordre public que

²⁰⁹ Dans le cas, par exemple, de la liberté de réunion et de manifestation telle que garantie par l'article 11 CEDH, la marge d'appréciation laissée à l'autorité compétente varie selon l'hypothèse. Pour certaines indications d'ordre général, Cour EDH, *Guide sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Liberté de réunion et d'association*, 31 août 2019 : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_FRA.pdf .

comme une mesure sanitaire non pharmaceutique. L'Organisation mondiale de la santé a souvent dû rechercher cet indispensable équilibre.

3/ Les « principes de Syracuse », les quarantaines et confinements

En effet, l'OMS se réfère souvent aux principes de Syracuse (**reproduits en ANNEXE 3**), par exemple en 2002 dans *25 Questions Réponses la Santé et les Droits Humains* (2002)²¹⁰, dans des travaux sur la santé mentale²¹¹, dans des *Lignes directrices de sur les droits humains et le traitement involontaire de la tuberculose ultrarésistante* (2010)²¹², dans ses *Orientations sur l'éthique en matière de prévention, de soins et de lutte contre la tuberculose* (2011)²¹³, ou plus récemment encore en 2018 dans ses *Lignes directrices pour la gestion des questions éthiques lors des flambées de maladies infectieuses*²¹⁴. Il s'agit généralement d'édicter une ligne de conduite dans le domaine de l'éthique à l'égard des vaccinations obligatoires ou de la contention de patients souffrant d'une pathologie mentale grave mais aussi justement à propos des mesures extrêmes d'isolement en période d'épidémies de maladies infectieuses.

En lien étroit, l'agence auxiliaire ONU Sida fit de même en 2017 dans sa brochure « *Accélération de la riposte et droits de l'homme. Faire progresser les droits de l'homme dans les efforts visant à accélérer la riposte au VIH* »²¹⁵. Amnesty International y prête également grande attention ces jours-ci²¹⁶. Leur respect fait l'objet d'un suivi régulier notamment par la revue en ligne *Health and Human Rights Journal*²¹⁷.

Il convient toutefois de ne pas se méprendre non plus sur leur portée juridique exacte. Comme tels, lors de leur édicition, ils résultent d'un rapport commandé par la Commission des droits

²¹⁰ <https://www.who.int/hhr/activities/Q&AfinalversionFrench.pdf?ua=1>, pp. 17-18.

²¹¹ Dans un travail collectif commandité par l'OMS, *Ouvrage de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation*, Genève, 2005, p. 18 :

https://www.who.int/mental_health/policy/ouvrage_reference_oms_05-09_05.pdf.

²¹² https://www.who.int/tb/features_archive/involuntary_treatment/fr/.

²¹³

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44707/9789242500530_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²¹⁴ https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/275799/9789242549836_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y&ua=1.

²¹⁵ https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/jc2895_fast-track_human-rights_fr.pdf.

, p. 20, note 13.

²¹⁶ Amnesty International, *Déclaration publique – Mesures prises face à la COVID-19 et obligations des Etats en matière de droits humains. Observations préliminaires*, POL 30/1967/2020 AILRC-FR, 12 mars 2020 : <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL3019672020FRENCH.pdf>.

²¹⁷ Outre les contributions sur l'actualité immédiate relative à la COVID-19, lisez en particulier celle de Diego S. Silva et Maxwell J. Smith, « Limiting Rights and Freedoms in the Context of Ebola and Other Public Health Emergencies: How the Principle of Reciprocity Can Enrich the Application of the Siracusa Principles », *Health and Human Rights Journal*, 17/1, publiée le 11 juin 2015 :

<https://www.hhrjournal.org/2015/06/commentary-limiting-rights-and-freedoms-in-the-context-of-ebola-and-other-public-health-emergencies-how-the-principle-of-reciprocity-can-enrich-the-application-of-the-siracusa-principles/>. Voyez aussi :

<http://health-rights.org/index.php/cop/item/memo-the-siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-for-civil-and-political-rights-iccpr-history-and-interpretation-in-public-health-context>.

de l'homme (faisant partie du Conseil économique et social de l'ONU) à un groupe de 31 experts juridiques. Les *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations*, une annexe au document 3/CN.4/1985/4 distribué le 28 septembre 1984²¹⁸, ne portent alors pas uniquement sur le domaine de la santé. Ils se préoccupent d'analyser concomitamment les frontières de l'admissibilité des limitations dans un cadre restrictif de temps plus ou moins normaux (comme vu dans le point 1 de la présente fiche) et dans un cadre dérogatoire de circonstances exceptionnelles (point 2 de la présente fiche), sachant que, ce 2 mai (à 16h00), la Belgique continue à se situer dans le premier cadre vu que n'y existe pas comme telle de législation sur l'état d'urgence civile (mais une conjugaison de dispositifs préexistants d'urgence, les pouvoirs spéciaux n'ayant que peu servi sur le confinement en soi sauf en ce qui concerne les sanctions administratives communales), d'une part, et que *a fortiori* l'état d'urgence sanitaire ne peut être proclamé, d'autre part.

L'intérêt primordial des Principes de Syracuse provient de ce qu'ils renvoient aux règlements sanitaires de l'OMS (tels qu'existant en 1984, le RSI actuellement applicable remontant à 2005, **FICHE 3, point 1**) comme « juste mesure » des restrictions des droits fondamentaux invoquées aux fins de préserver la santé publique et parce que, en sens inverse, la pratique de l'OMS ne cesse de renvoyer à eux. Ils irriguent l'entièreté de celle-ci, en particulier dans la rédaction des règles éthiques à respecter dans le traitement individuel des malades et dans le traitement collectif des épidémies. Or, l'OMS, outre que c'est elle qui a la mission juridique de déclarer les pandémies internationales, a assurément une expertise déterminante.

Ensuite, lesdits principes servent parfois de référence à d'autres organismes internationaux. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, certes isolé, se détache en particulier. Rendu dans une affaire de terrorisme (la traque de membres d'Al Qaeda), l'arrêt *A. contre Royaume-Uni* du 19 février 2009 (§ 109) examina également, par précaution juridique pour assurer au maximum la concordance des dispositifs européen et mondial, ce que dit le pendant de l'article 15 CEDH à savoir l'article 4, § 1^{er}, PIDCP²¹⁹ tel qu'éclairé par ce travail d'experts juridiques.

Enfin, par effet miroir, les principes de Syracuse, d'abord « doctrinaux » en 1984 même commandités par un autre organe de l'ONU, développaient l'observation générale de 1981 sur l'article 4 du PIDCP par le Comité des droits de l'homme. Celui-ci renvoie à son tour vingt ans plus tard²²⁰ aux premiers dans l'actualisation de son Observation générale sur cette disposition :

*Note (6). On rappellera les rapports du Secrétaire général qui ont été soumis à la Commission des droits de l'homme conformément aux résolutions 1998/29, 1999/65 et 2000/69 sur les règles minima d'humanité (ultérieurement: règles d'humanité fondamentales), E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94 et E/CN.4/2001/91, et les travaux précédents visant à identifier les droits fondamentaux applicables en toutes circonstances, par exemple les critères minimums des normes relatives aux droits de l'homme dans les états d'exception adoptés à Paris, (Association de droit international, 1984), les **Principes de***

²¹⁸ <http://www.eods.eu/library/opendocpdfFR.pdf> .

²¹⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91406> .

²²⁰ *Observation générale n° 29 - États d'urgence (art. 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 10, note 6 : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.11&Lang=fr .

Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations, le rapport final de M. Leandro Despouy, Rapporteur spécial de la Sous-Commission sur les droits de l'homme et les états d'exception (E/CN.4/Sub.2/1997/19 et Add.1), les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays (E/CN.4/1998/53/Add.2), la Déclaration des règles minima d'humanité adoptées à Turku (Åbo), 1990 (E/CN.4/1995/116). Dans le domaine des travaux en cours, on mentionnera la décision adoptée lors de la 26e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (1995) tendant à confier au Comité international de la Croix-Rouge le soin d'établir un rapport sur les règles coutumières du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés internationaux ou non.

L'enracinement des principes de Syracuse s'affirme par ces divers biais (la discussion sur leur éventuelle valeur de coutume en droit international reste à mener). Et s'il n'a pas le même caractère juridictionnel que la Cour européenne des droits de l'homme, la pratique utile du Comité des droits de l'homme s'est étoffée depuis lors (ce qui n'a pu être complètement approfondi ici) tant sur les limitations que sur les dérogations.

Pour les synthétiser aux termes de la lecture de la littérature de l'OMS :

Les droits humains ne peuvent être restreints qu'en dernier ressort afin d'atteindre un objectif en matière de santé publique :

- **La restriction est décidée et appliquée conformément à la loi ;**
- **La restriction est conforme à un objectif légitime d'intérêt général ;**
- **La restriction est strictement nécessaire dans une société démocratique pour atteindre l'objectif de santé publique ;**
- **Il n'existe pas d'autres moyens moins interventionnistes et moins restrictifs pour atteindre le même objectif, et**
- **La restriction n'est pas rédiquée ou imposée arbitrairement, c'est-à-dire de manière déraisonnable ou discriminatoire.**

Plus près de nous et avant-hier, lorsqu'il s'agit de passer à un échelon national de mise en œuvre effective, notons bien ce que le Haut Conseil de la Santé Publique (France) relevait en avril 2019 dans ses *Indications des interventions non pharmaceutiques contre les maladies transmissibles*, soit une « *formulation générique retenue pour évoquer l'ensemble des mesures (ou contre-mesures) incluses dans une stratégie d'atténuation communautaire pour maîtriser la diffusion d'agents infectieux transmissibles dans les populations, en dehors de la vaccination ou d'autres mesures thérapeutiques* »²²¹. Elles se fondent explicitement sur les principes de Syracuse :

Les INP incluent des mesures de quarantaine qui pèsent sur des individus et qui permettent de limiter la diffusion des maladies transmissibles. Le bien recherché est celui de la collectivité. Ces mesures ont pour conséquence de limiter les droits fondamentaux des individus tels que la liberté d'aller et venir, le droit à la vie privée et familiale, la liberté de réunion, la liberté d'exercice du culte, la liberté de travailler. Il est donc nécessaire de trouver un équilibre entre l'intérêt de la collectivité et celui des individus. À cette fin, les mesures prises doivent être nécessaires, raisonnables, proportionnées, équitables, non discriminatoires et conformes aux lois nationales et aux traités internationaux. (...)

²²¹ <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=717>, spéc. p. 15, notes 10 et 11.

Les principes des droits de l'Homme reconnus au niveau international fournissent un cadre qui permet d'évaluer l'acceptabilité d'un point de vue éthique, des mesures de santé publique qui limitent la liberté individuelle. (...)

Par exemple, les principes de Syracuse précisent que la santé publique peut être invoquée comme un motif pour restreindre certains droits afin de permettre à un État de prendre des mesures en cas de menace grave à la santé de la population ou de certains éléments de la population. Ces mesures doivent avoir spécialement pour but de prévenir des maladies ou des accidents ou de permettre d'apporter des soins aux malades ou aux blessés. La limitation des droits de l'Homme doit être : conforme à la législation (qui doit être claire, accessible à tous et prévoir des moyens de recours contre l'introduction ou l'application illégale), nécessaire (i.e. reposer sur un objectif légitime, répondre à une nécessité pressante d'ordre public ou social, être proportionnée à l'objectif), reposer sur des considérations objectives, appliquée selon les moyens les moins restrictifs et intrusifs disponibles, sans comporter de mesures arbitraires, déraisonnables, ou discriminatoires.

En termes de protection des droits humains et de respect de l'éthique sanitaire, l'immense difficulté d'appréhension de la crise actuelle, ce en quoi elle est restée en partie « impensable » jusqu'à son déclenchement, provient de ce qu'elle n'implique pas une quarantaine imposable à un individu ou un groupe restreint mais bien, depuis l'arrêté « confinement » du 18 mars et comme le prévoit toujours au moins avec effet jusqu'au 10 mai inclus l'article 8 de l'arrêté du 23 mars, en « principe » une assignation à résidence (avec énumération stricte des types de sorties autorisées).

Par-delà ce relatif impensé d'un confinement de toute la population de tout un pays, il faut malgré tout bien avoir conscience de que **risquent d'advenir pour les besoins du déconfinement des mesures individuelles bien plus restrictives encore**. Plusieurs dispositions législatives belges prévoient la possibilité de l'isolement forcé d'une personne contagieuse (**FICHE 3**). La pratique de l'OMS imprégnée des principes de Syracuse l'a menée à se demander dans ses lignes directrices sur la tuberculose de 2011 (page 24) « *Quelles sont les repères pour l'application des mesures d'isolement ou d'enfermement sous la contrainte ?* » :

Si, dans de rares cas individuels, on juge que l'isolement ou l'enfermement sous la contrainte est le seul moyen raisonnable de protéger le public, il est essentiel de veiller à ce que la mesure soit mise en œuvre dans le respect des principes éthiques et dans ceux des droits de l'homme qui s'appliquent alors. Comme il est énoncé dans les Principes de Syracuse, cela signifie que ces mesures doivent être : - conformes à la loi ; - conformes à un objectif légitime ; - strictement nécessaires dans une société démocratique ; - le moins restrictives et le moins interventionnistes possible ; - ni arbitraires, ni déraisonnables, ni discriminatoires.

Ces principes ne sont pas que des obligations juridiques ; on y retrouve aussi des valeurs éthiques importantes. Il convient également de respecter d'autres valeurs éthiques, comme la réciprocité.

Afin de veiller à l'application de ces principes, les pays devraient passer en revue leur législation sanitaire pour garantir une limitation prudente de l'autorité des gouvernements et accorder aux individus dont la liberté peut être restreinte toutes les procédures de protection qui leur sont dues. De plus, pour réduire le plus possible tout danger d'application arbitraire, les pays et les programmes de lutte antituberculeuse devraient élaborer des critères et des procédures claires pour le recours aux mesures sous la contrainte, avec l'engagement des patients tuberculeux et de la société civile.

Dans les rares cas où il faut avoir recours à l'isolement ou à l'enfermement, cela doit avoir lieu dans un endroit approprié, en prenant des mesures suffisantes de lutte contre l'infection, comme les principes de

l'OMS l'énoncent plus en détail. En outre, il faut fournir aux patients en isolement et à ceux qui sont à leur charge tous les appuis sociaux possibles, en tenant compte des capacités du système local.

La mise en quarantaine individuelle devrait suivre de son côté ce que dit la rare jurisprudence européenne en la matière à propos de l'article 5 de la CEDH qui va jusqu'à permettre la mise en détention :

1/ Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...) e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond (...)

Dans une affaire sur la mise en isolement et l'hospitalisation forcée d'une personne porteuse du virus du Sida, la Cour vérifia en premier lieu la régularité de telles mesures mais en renvoyant essentiellement au droit national et son application par le juge ²²²:

38. La Cour rappelle qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, parmi d'autres, Bouamar c. Belgique, arrêt du 29 février 1988, série A no 129, p. 21, § 49). En l'espèce, l'article 16 de la loi de 1988 conférait au médecin traitant une grande liberté d'appréciation quant aux instructions pratiques à donner afin de prévenir la propagation de la maladie. Ces instructions pouvaient porter sur « les consultations médicales, l'hygiène, l'isolement à domicile, l'emploi et la fréquentation d'établissements d'enseignement, ainsi que le mode de vie (...) de manière générale (...) ». En vertu de l'article 17 de la loi, le médecin de comté pouvait modifier les instructions de la façon qui lui semblait la plus appropriée. (...) Dès lors, les juridictions nationales considérèrent que le requérant ne s'était pas conformé de lui-même aux mesures nécessaires pour prévenir la propagation du virus, qu'il était raisonnable de supposer que, s'il était libéré, il ne respecterait pas les instructions pratiques du médecin de comté, et que cela risquerait d'entraîner une propagation de la maladie.

39. Au vu de ce qui précède, la Cour est convaincue que la détention du requérant avait un fondement en droit suédois.

Elle se pencha ensuite sur leur caractère non arbitraire :

41. La Cour n'a eu à connaître que de très peu de cas dans lesquels une personne avait été détenue en vue de la prévention de la propagation d'une maladie contagieuse. Elle doit par conséquent établir selon quels critères déterminer si une telle détention est conforme au principe de proportionnalité et à la règle selon laquelle toute détention doit être dépourvue d'arbitraire.

44. Compte tenu des principes ci-dessus, la Cour estime que les critères essentiels à la lumière desquels doit s'apprécier la « régularité » de la détention d'une personne « susceptible de propager une maladie contagieuse » consistent à savoir, d'une part, si la propagation de la maladie est dangereuse pour la santé ou la sécurité publiques, et, d'autre part, si la détention de la personne contaminée constitue le moyen de dernier recours d'empêcher la propagation de la maladie, d'autres mesures, moins sévères, ayant déjà été envisagées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public. Lorsque ces critères ne sont plus remplis, la privation de liberté perd sa justification.

Autrement dit, la mise en détention forcée n'est admissible qu'en guise d'ultime nécessité, ce qu'il faut garder à l'œil si l'on devait passer par la case « lazaret ». Les arrêtés « confinement » à partir du 18 mars 2020 ont à certains égards des effets équivalents si on les envisage individu

²²² Cour EDH, arrêt du 25 janvier 2005, *Enhorn c. Suède*, 56529/00 : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-68078> .

par individu quoiqu'ils ne privent pas totalement de la liberté de déplacement et de sortie de chez soi comme lieu assigné.

Droits individuels, obligations publiques en matière sanitaire, éthique des soins de santé, crise mondiale inédite, une alliance, système fédéral belge, ... un alliage à largement concevoir en temps réel, d'où d'inévitables hoquets, mais qui n'échappe pas à son devoir de se conformer au droit dans sa globalité.