

# Et si on **changeait de méthode** ? Pour une **approche de la pandémie** centrée sur **les droits humains**

■ Céline Romainville, vice-présidente LDH,  
professeure de droit constitutionnel à l'UCLouvain ■

*La gestion actuelle de la pandémie désoriente nombre de citoyen-ne-s et entame leur confiance envers la politique menée. N'est-il pas temps de changer de méthode et d'embrasser une approche de la pandémie centrée expressément sur les droits humains, davantage susceptible de susciter l'adhésion ? Une telle approche implique d'abord et avant tout de respecter scrupuleusement le principe de légalité (1) et de proportionnalité (2) dans les mesures adoptées pour faire face à la propagation du Covid-19. Elle implique également d'accorder davantage d'attention aux droits des plus vulnérables (3).*

## Le principe de légalité des atteintes aux droits et libertés

La distribution des pouvoirs organisée par la Constitution belge donne une large place à un principe de légalité. Elle consacre ainsi le principe de l'intervention du Parlement, c'est-à-dire d'une assemblée délibérante démocratiquement élue, pour fixer les éléments essentiels d'une réglementation. Cette exigence «est renforcée lorsque cette réglementation tend à limiter un droit fondamental».<sup>1</sup> Le principe de légalité en droit constitutionnel belge concerne non seulement les ingérences dans les droits et libertés qui résultent du non-respect des obligations négatives induites des droits et libertés, mais également la mise en œuvre des obligations positives. C'est donc au législateur qu'il revient, en vertu de la Constitution belge, d'adopter les éléments essentiels des mesures permettant, en cas d'épidémie ou de pandémie, de garantir le droit à la santé, à la vie<sup>2</sup>, à des conditions de travail saines et sûres et l'exercice des autres droits. C'est également au législateur qu'il revient de prévoir les restrictions dans les droits et libertés potentiellement affectés par les mesures prises pour faire face à une épidémie. Cette réserve à la

1. C.E., avis n° 39.942/AG donné le 18 avril 2016, p. 11.

2. Voy. sur les obligations positives induites du droit à la vie, par exemple : Voy. par exemple : Cour eur. dr. h., (G.C.) *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, §104.

loi n'implique certes pas que le législateur règle lui-même l'ensemble de la matière : il peut habilitier le pouvoir exécutif, pour autant qu'il règle lui-même les éléments essentiels de la matière.

Le moins que l'on puisse dire c'est que ce principe de légalité, cardinal dans la protection des droits et libertés, ne s'est imposé que difficilement dans la gestion de la crise sanitaire en Belgique. Les mesures sanitaires ont été édictées de mars 2020 à novembre 2021, par arrêtés ministériels, principalement sur la base de l'article 182 d'une loi de 2007 relative à la sécurité civile. Or, la constitutionnalité de cette disposition pose question, en raison de sa généralité, de son imprécision, et du fait qu'elle confie directement à un·e ministre un grand pouvoir de décision. Dès le mois de mars 2020, la Ligue des droits humains, de concert avec d'autres acteurs, souligne l'importance d'aménager la place qui lui revient au débat démocratique et à la délibération parlementaire, et de la nécessité de fournir une base légale suffisante et satisfaisante aux mesures sanitaires. Les appels de la Ligue ne sont pas entendus. De guerre lasse, la Ligue des droits humains et la Liga voor Mensenrechten intentent plusieurs recours, devant le Conseil d'État et ensuite devant les juridictions de l'ordre judiciaire, pour que les mesures sanitaires adoptées pour faire face à la pandémie disposent enfin d'une base légale suffisante et fassent l'objet d'un débat parlementaire. Le 31 mars 2021, le tribunal de première instance de Bruxelles condamne l'État belge à adopter une loi pour encadrer les mesures sanitaires. Cette décision enclenche le processus d'adoption d'une loi « pandémie ». Le 7 juin 2021, la cour d'appel de Bruxelles réforme la décision du tribunal de première instance, tout en constatant que le processus posait de sérieuses questions en termes de respect de droits fondamentaux. La cour d'appel renvoie la balle à la Cour constitutionnelle, saisie de questions préjudicielles sur la constitutionnalité de l'article 182 de la loi de 2007.

Finalement, la loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique n'est adoptée que le 14 août 2021. S'il faut se réjouir de la clarification que cette loi apporte au niveau de la base légale des mesures sanitaires, force est de constater que cette législation ne garantit pas suffisamment le respect du principe de légalité dans les atteintes aux droits et libertés apportées en période de crise sanitaire. D'une part, de trop larges pouvoirs sont conférés aux autorités exécutives locales. D'autre part, l'absence de confirmation, endéans un délai défini (par exemple d'un mois) des arrêtés « de pouvoirs sanitaires » adoptés

sur la base des habilitations établies dans la loi « pandémie », est problématique, dès lors que ces arrêtés fixent des éléments essentiels relatifs aux droits et libertés, éléments qui devraient normalement être établis par le législateur<sup>3</sup>. Rappelons que la Commission de Venise recommande l'organisation d'un système de confirmation législative des mesures adoptées dans le cadre d'états d'urgence ou d'exception<sup>4</sup>.



MANIFESTATION DU SECTEUR CULTUREL  
Bruxelles, le 26 décembre 2021, DR

Cette loi « pandémie », qui n'est pas la panacée mais est plus protectrice que la loi de 2007, est publiée le 20 août 2021 et entre en vigueur le 4 octobre 2021. Mais le gouvernement rechigne à enclencher le dispositif. Il invente « la pandémie de Schrödinger », pour reprendre l'expression d'Edgar Szoc, administrateur à la Ligue des droits humains, durant le mois d'octobre, le gouvernement laisse entendre qu'il pourrait continuer à prendre des mesures sur la base de la loi de 2007. En d'autres termes, on pourrait se retrouver dans une situation de pandémie, qui justifie l'application de mesures de restriction des libertés... mais qui ne justifie pas l'enclenchement de la loi « pandémie » ... adoptée pour donner une base légale adéquate à ces mesures. Mettant finalement un terme à cette période de flottement, le 28 octobre 2021, un arrêté royal enclenche le système prévu par la loi « pandémie ».

Désormais, les mesures sanitaires disposent d'une base légale renforcée, mais qui ne garantit pas suffisamment la délibération démocratique sur les mesures concrètement adoptées, ni le caractère clair, précis, prévisible des mesures. On aurait pu davantage « phaser » les exigences de légalité selon les phases d'une crise. Pour mieux baliser les prérogatives du pouvoir exécutif tout en donnant corps à l'exigence de proportionnalité qui conditionne la validité des restrictions aux libertés publiques, on aurait pu réfléchir à un système de « paliers », à une gradation des mesures qui peuvent être prises, des paliers définis

3. Voy. notamment sur ces conditions : C.E., avis n° 47.062/1/V donné le 18 août 2009 et C.A., n°52/99 du 26 mai 1999, B.3.4.  
4. Commission de Venise, *Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'urgence : Réflexions*, - 9 - CDL-PI (2020) 005rev, Strasbourg, 26 mai 2020, p. 16, §71.

en fonction du risque que fait peser une épidémie sur le système de santé. Tout passage au « palier » supérieur, impliquant des restrictions plus lourdes dans les droits et libertés, définies a priori, devrait être dûment motivé, par l'insuffisance des mesures déjà déployées et devrait idéalement faire l'objet d'une approbation parlementaire, ou d'une ratification parlementaire si une urgence particulièrement motivée requiert le passage par le gouvernement d'un « palier » à un autre. Une telle approche par « seuils » aurait pu se prolonger dans une approche « granulaire » et non plus « secteurs par secteurs ».

### La proportionnalité des mesures

Les mesures sanitaires qui portent atteinte aux droits ne doivent pas seulement être fondées sur une base légale claire, précise et accessible, qui doit fixer les éléments essentiels de ces mesures. Elles doivent en outre être proportionnées à l'objectif poursuivi, qui est de lutter contre une pandémie et de protéger d'autres droits fondamentaux. Ceci implique que toutes les mesures prises doivent être *primo* susceptibles d'atteindre cet objectif (des données doivent montrer que les mesures sont adéquates par rapport à l'objectif) ; *secundo*, nécessaires pour atteindre cet objectif (il faut montrer qu'il n'y a pas d'autres mesures moins attentatoires aux droits et libertés) et, *tertio*, proportionnées au sens strict (il s'agit de démontrer que les différents intérêts en jeu ont été correctement balancés). Une application plus rigoureuse de ce principe pourrait conduire à des décisions davantage justifiées, fondées sur les données, à une discussion publique renforcée, à une meilleure communication sur les enjeux sous-jacents, notamment en termes de conflits de droits, et à une lisibilité de la politique de gestion de crise.

### La participation et la protection des groupes plus vulnérables

Développer une approche de la pandémie centrée sur les droits humains implique également d'intégrer systématiquement dans toutes les décisions l'enjeu de l'impact de ces décisions sur les droits des plus vulnérables. L'un des meilleurs moyens pour garantir l'intégration de cette dimension et donc la réactivité des gouvernant·e·s par rapport aux problèmes sociaux est de garantir la représentation des groupes plus vulnérables dans la prise de décision, de rendre présent leur vécu dans le processus de décision, de garantir la participation directe des groupes plus vulnérables dans ce processus.