UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2020

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux

Bernard, Frédéric

How to cite

BERNARD, Frédéric. Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux. In: Sécurité et droit, 2020, n° 3, p. 130–141.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:146305

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Frédéric Bernard*

Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux jouent un rôle essentiel dans une situation extraordinaire telle que la lutte contre le nouveau coronavirus, car ils contraignent et orientent la réponse sanitaire étatique. Il est donc nécessaire d'analyser à quelles conditions ils peuvent être limités. Cette analyse doit tenir compte des règles issues tant de la Constitution fédérale que des traités internationaux liant la Suisse tels que la CEDH.

Die Grundrechte spielen eine zentrale Rolle in einer aussergewöhnlichen Lage wie der des Kampfes gegen das neue Coronavirus, denn sie begrenzen und leiten die staatliche Reaktion in Bezug auf den Gesundheitsschutz. Es ist daher nötig, die Bedingungen zu analysieren, unter denen sie eingeschränkt werden können. Diese Analyse muss sowohl die Bestimmungen der Bundesverfassung als auch diejenigen aus den von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Verträgen, wie beispielsweise der EMRK, berücksichtigen.

Contenu

I. Introduction
II. Les étapes de la lutte contre le nouveau coronavirus
  1. Le système de la LEp
  2. Aperçu chronologique de la lutte contre le COVID-19
III. Le droit constitutionnel
  1. Situation normale
  2. Situation extraordinaire
  3. Situations extraconstitutionnelles
IV. Le droit international
  1. Constitutionnalité et conventionnalité
  2. Le système de la CEDH
V. Récapitulation
  1. En général
  2. Dans la lutte contre le nouveau coronavirus
VI. Conclusion

« En tant que cela qui est à la fois hors-sol et notre sol commun, le droit universel à la respiration n'est pas quantifiable. Il ne saurait être appropriable. Il est un droit au regard de l'universalité non seulement de chaque membre de l'espèce humaine, mais du vivant dans son ensemble. Il faut donc le comprendre comme un droit fondamental à l'existence. »

Achille Mbembe[1]

I. Introduction

À la fin du mois de février 2020, les autorités suisses ont identifié le premier cas de nouveau coronavirus (SARS-CoV2) sur le sol helvétique. Le virus s'est alors propagé avec une grande vélocité au sein de la population, menaçant de submerger les structures de soin.[2]

L'urgence de la situation a conduit à une concentration de pouvoir en mains du Conseil fédéral, découlant d'un double mouvement : sur le plan vertical, un accroissement des compétences des autorités fédérales ; sur le plan horizontal, un renforcement du pouvoir exécutif. Sur cette base, le gouvernement a adopté des mesures destinées à réduire le nombre de nouvelles infections en instaurant une distanciation physique entre les individus,[3] mesures qu'il a accompagnées, pour en atténuer les effets, par des aménagements dans différents domaines, notamment économique[4] et sportif,[5] ainsi qu'en matière de droits politiques.[6]

Lorsque les autorités sont confrontées à une menace de nature épidémiologique, Hubert Kempf décrit leur situa-

* Professeur de droit public, Université de Genève.
Mes vifs remerciements vont à mon collègue de la Faculté de droit de Genève Michel Hottelier pour les nombreuses discussions informelles sur la problématique de cette contribution ainsi qu'à Monsieur Nicolas Conti, assistant-doctorant à la Faculté de droit de Genève, pour sa relecture attentive du manuscrit.

1 Achille Mbembe, Le droit universel à la respiration, Analyse Opinion Critique, 6 avril 2020.

2 Cf. Frederic Bernard, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, Jusletter, 30 mars 2020.

3 Le terme de « distanciation physique » est plus approprié que l'oxymore « distanciation sociale ».

4 Voir l'ordonnance du 25 mars 2020 sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 ; RS 951.261). Cf., à ce sujet, Christian Bovet/Jeremy Bacharach/Valentine Delaloye, Covid-19 and competition policy: a Swiss perspective, Concurrences 2/2020, 27 ss.

5 Ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures d'accompagnement dans le domaine du sport visant à atténuer les conséquences des mesures prises par la Confédération pour lutter contre le coronavirus (Ordonnance COVID-19 sport ; RS 415.021).

6 Ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral, RO 2020 847.

tion comme celle d'un « trilemme », qui résulte de la coexistence de trois objectifs publics : maîtriser au mieux l'épidémie du point de vue sanitaire, minimiser ses conséquences sur le plan économique et garantir autant que possible le respect des droits fondamentaux.[7] Ces trois objectifs composent les trois sommets d'un triangle – la santé (S), l'économie (E) et les libertés (L) –, lequel, dans la mesure où ces trois objectifs ne peuvent pas être atteints simultanément, s'avère être, en réalité, un « triangle d'impossibilité ».[8]

Le triangle d'impossibilité est un outil extrêmement précieux pour analyser la diversité des politiques publiques adoptées depuis le mois de février 2020 et la priorité qu'elles donnent à l'un ou l'autre de ces pôles.

Il convient toutefois de procéder à deux remarques complémentaires.

Premièrement, pour refléter de manière exhaustive les sacrifices que la lutte contre une épidémie fait subir aux structures ordinaires d'un État, le pôle L doit être complété pour inclure les autres principes constitutifs d'un État de droit. Ainsi, même si cette notion ne fait pas l'objet d'une définition unanimement acceptée, il est généralement admis qu'elle inclut, outre les droits fondamentaux, les composantes suivantes : (1) la non-discrimination et l'égalité devant la loi, (2) la primauté de la Constitution (et donc le respect des structures étatiques telles que, par exemple, l'organisation fédérale de l'État), la hiérarchie des normes et la cohérence du système juridique, (3) l'action du gouvernement et de l'administration en conformité avec la loi, (4) la séparation des pouvoirs entre les autorités législatives, exécutives et judiciaires et (5) l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire.[9]

Deuxièmement, les droits fondamentaux n'irriguent pas uniquement le pôle liberté (L). En effet, un État qui demeurerait passif face à la menace pandémique pourrait ne pas respecter son obligation positive, déduite du droit à la vie (voir art. 10 al. 1 Cst. et art. 2 CEDH), de prendre les mesures nécessaires pour protéger la vie de sa population.[10] La lutte contre une menace sanitaire engendre dès lors un conflit de droits fondamentaux,[11] ce qui aura notamment une incidence dans l'examen de la proportionnalité des mesures sanitaires adoptées (cf. ci-dessous III.1. et IV.2.).

Dans la présente contribution, nous nous proposons d'approfondir le pôle L du triangle d'impossibilité en ce qui concerne la Suisse, en nous concentrant sur le respect des droits fondamentaux potentiellement touchés par les mesures sanitaires. Il nous sera ainsi possible d'identifier la marge de manœuvre dont jouissent les autorités pour prendre des mesures sanitaires du point de vue des droits individuels.

Pour ce faire, nous commencerons par rappeler brièvement les principes figurant dans la loi fédérale sur les épidémies et les principales étapes de la lutte contre le nouveau coronavirus menée en Suisse jusqu'à ce jour (II.). Nous examinerons ensuite les limites établies en matière de droits fondamentaux par le droit interne (III.), puis par le droit international liant la Suisse (IV.). Nous procéderons alors à une récapitulation et à une analyse de certaines mesures concrètes adoptées à partir du mois de mars 2020 (V.), avant de conclure (VI.)

II. Les étapes de la lutte contre le nouveau coronavirus

La présente section expose brièvement le système mis en place par la loi fédérale sur les épidémies (II.1.), puis retrace les grandes étapes et mesures mises en œuvre en Suisse pour lutter contre le nouveau coronavirus depuis la fin du mois de février 2020 (II.2.).

En guise de préambule, il convient de rappeler que l'Assemblée fédérale dispose également de moyens d'agir dans l'urgence, en particulier en adoptant des lois fédérales urgentes (art. 165 Cst.) ou des ordonnances de nécessité (art. 173 al. 1 let. c Cst.),[12] mais, ces instruments n'ayant pas été utilisés dans la récente lutte contre la pandémie, ils ne seront pas examinés plus avant dans cette contribution.

1. Le système de la LEp

La loi fédérale sur les épidémies[13] est une loi récente, aboutissement d'une révision intégrale achevée en 2012. Cette révision avait pour objectif de moderniser le cadre légal alors en vigueur et de tenir compte de certaines expériences récentes telles que la lutte contre le SARS-CoV en 2003.[14] Elle a été pensée de manière globale afin de donner aux autorités les moyens nécessaires pour « garantir de façon adéquate le dépistage, la surveillance, la prévention des maladies transmissibles ainsi que la lutte contre celles-ci »[15]. Certains instruments mis en place à cette occasion répondent à des objectifs structurels sur le long terme – par exemple, les

[7] Hubert Kempf, Le triangle d'impossibilité du COVID-19, Telos, 2 mai 2020.

[8] Hubert Kempf, Le triangle d'impossibilité du COVID-19, Telos, 2 mai 2020.

[9] Voir, p. ex., Direction du développement et de la coopération, Etat de droit, réformes de la justice et coopération au développement : Document conceptuel de la DDC, Berne 2008, 6.

[10] Michel Hottelier, Démocratie, Etat de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de COVID-19 – La situation en Suisse, Confluence des droits : La revue 07/2020, 13. Cf., p. ex., CourEDH (GC), Osman c. Royaume-Uni, 28.10.1998, § 115 : « La Cour note que la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. »

[11] Daniel Moeckli, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 121 (2020), 237.

[12] Voir, notamment, Markus Schott/Daniela Kühne, An den Grenzen des Rechtsstaats : exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111 (2010), 413 ss.

[13] Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp ; RS 818.101).

[14] Bernard (n. 2), N 8.

[15] Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291, 343.

art. 25 ss LEp relatifs à la sécurité du maniement d'agents pathogènes –, d'autres, en revanche, ont pour vocation de permettre une réaction rapide et incisive des autorités en cas de menace concrète. Ce sont ces derniers qui ont été mis en œuvre pour faire face au nouveau coronavirus et qui sont donc au cœur de la présente contribution.

Dans un souci de renforcer la densité normative et la prévisibilité de la loi,[16] le cinquième chapitre de la LEp énumère les moyens de lutte contre les maladies transmissibles. Ceux-ci peuvent viser soit des individus (art. 30 ss : notamment surveillance, quarantaine, isolement), soit des groupes (art. 40 : entre autres, interdiction totale ou partielle des manifestations, fermeture d'écoles).[17] Il convient encore de noter, pour être complet, que la LEp permet également de prendre des mesures relatives au transport international de personnes (art. 41 et ss).

La révision de la LEp avait également pour objectif de flexibiliser le cadre juridique mis en place par la loi fédérale sur les épidémies de 1970,[18] qui ne prévoyait que deux niveaux de danger : la situation normale et les circonstances exceptionnelles.[19] La nouvelle LEp a ainsi introduit un niveau intermédiaire, celui de la situation particulière, créant un système à trois échelons : « situation normale – situation particulière – situation extraordinaire ».[20]

La situation normale est celle qui prévaut en temps ordinaire. Les cantons sont alors compétents pour adopter les mesures nécessaires, que celles-ci visent des individus ou des groupes (art. 31 al. 1 et 40 al. 1 LEp).

La situation particulière, prévue à l'art. 6 LEp, est notamment réalisée lorsque l'OMS a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse (art. 6 al. 2 let. b LEp). La déclaration d'une situation particulière a pour effet de permettre au Conseil fédéral la compétence d'adopter des mesures de lutte.[21] Le Conseil fédéral peut alors, après avoir consulté les cantons, ordonner des mesures visant des individus (art. 6 al. 2 let. a LEp) ou la population (art. 6 al. 2 let. b LEp), afin de « garantir une exécution uniforme ».[22]

Enfin, la situation extraordinaire est prévue à l'art. 7 LEp :

> *« Si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays. »*[23]

Contrairement à la situation particulière, la loi ne fixe pas les conditions qui déclenchent une situation extraordinaire. Pour sa part, le Message du Conseil fédéral renonce à définir cette situation de manière abstraite,[24] se limitant à évoquer une « pandémie obéissant au scénario du pire (grippe espagnole de 1918) ».[25] Le Conseil fédéral est compétent pour décréter et pour mettre un terme à la situation extraordinaire,[26] étant précisé que, selon la doctrine, l'art. 7 LEp doit être interprété restrictivement, compte tenu des larges possibilités déjà prévues par la loi en cas de situation particulière.[27]

La formulation et la nature de l'art. 7 LEp sont controversées et, à vrai dire, peu heureuses.[28]

En effet, selon le Message du Conseil fédéral, il ne s'agit que d'une disposition « de nature déclaratoire réitérant, au niveau légal, la compétence constitutionnelle que confère l'art. 185, al. 3, Cst. au Conseil fédéral d'édicter, en cas de situation extraordinaire, des ordonnances d'urgence qui ne se fondent pas sur une loi fédérale. »[29] À suivre le gouvernement, on pourrait ainsi tout sim-

[16] FF 2011 291, 311 (n. 15) : « L'arsenal juridique existant ne satisfait plus aux exigences d'un Etat de droit. Il importe donc de se doter de dispositifs qui répondent au principe de la légalité et soient des facteurs de sûreté juridique dans la mesure où ils améliorent la prévisibilité et la crédibilité de l'action de l'Etat. »

[17] Les mesures qui visent les groupes ne sont pas énumérées de manière exhaustive, cf. art. 40 al. 2 LEp : « [Les autorités] peuvent *en particulier* prendre les mesures suivantes. » (italiques ajoutées).

[18] Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, RO 1974 1071.

[19] Voir l'art. 10 al. 1 aLEp : « Si des circonstances exceptionnelles le requièrent, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires, applicables à la totalité ou à certaines parties du pays. » L'art. 7 al. 3 de l'ancienne loi concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général du 2 juillet 1886, dans sa teneur révisée le 18 février 1921, était formulé ainsi : « En ce qui concerne le trafic international à la frontière et la surveillance au point de vue sanitaire, le Conseil fédéral peut ordonner des mesures spéciales destinées à protéger le pays contre l'invasion de maladies épidémiques. Il peut également, si des circonstances exceptionnelles l'exigent, prendre les mesures nécessaires pour en empêcher la propagation dans l'intérieur du pays. » Cf. FF 1921 I 250. Pour une analyse de l'évolution linguistique de la loi, cf. Andreas Kley, « Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen. » – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), 270–271.

[20] FF 2011 291, 421 (n. 15) : « La principale modification en matière d'exécution réside dans le remplacement du système actuel à deux échelons (‹ situation normale – circonstances exceptionnelles ›) par celui à trois échelons ‹ situation normale – situation particulière – situation extraordinaire ›. Ce nouveau système progressif à trois échelons est judicieux sur le plan épidémiologique comme sur le plan juridique. »

[21] FF 2011 291, 343 (n. 15) : « S'agissant de la situation particulière, le Conseil fédéral a pour unique pouvoir d'ordonner lui-même les mesures nécessaires. » Cf. Andreas Stöckli, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, RDS Pandémie et droit 2020 (numéro spécial), 9 ss, 19.

[22] FF 2011 291, 317 (n. 15).

[23] Au demeurant, l'art. 7 LEp reprend la clause générale de police précédemment contenue à l'art. 10 al. 1 aLEp : « Si des circonstances exceptionnelles le requièrent, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires, applicables à la totalité ou à certaines parties du pays. » Cf. Thomas Gächter/Sara López, Entwurf zu einer Totalrevision des Epidemiengesetzes, Sicherheit & Recht 2/2011, 120.

[24] FF 2011 291, 346 (n. 15) « Contrairement à la situation particulière (art. 6 P-LEp), il n'est donc pas possible de définir la situation extraordinaire dans le détail au niveau de la loi. »

[25] FF 2011 291, 344 (n. 15).

[26] Stöckli (n. 21), 21 ; Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 10.

[27] Gächter/Lopez (n. 23), 120.

[28] Dans le même ordre d'idée, cf. Stöckli (n. 21), 48, faisant valoir que l'art. 7 LEp est lacunaire, et Felix Uhlmann/Eva Scheifele, Legislative response to Coronavirus (Switzerland), The Theory and Practice of Legislation, vol. 2 No. 1 (2020), 3, selon qui l'absence de discussion lors de l'adoption de l'art. 7 LEp constitue une occasion manquée.

[29] FF 2011 291, 346 (n. 15).

plement supprimer l'art. 7 LEp sans que la situation juridique ne s'en trouve modifiée.[30] Or, de longue date, le Conseil fédéral a procédé différemment, en s'appuyant directement sur la législation en matière d'épidémies pour adopter des mesures exceptionnelles,[31] ce qu'il a d'ailleurs à nouveau fait pendant la présente crise.[32] L'art. 7 LEp possède donc manifestement une force normative supérieure à celle évoquée au cours de son adoption.[33]

Par ailleurs, même si l'art. 7 LEp ne le précise pas, il paraît clair que, dans une situation extraordinaire, le Conseil fédéral conserve la compétence qui est déjà la sienne en situation particulière d'adopter des mesures de lutte visant des individus ou des groupes.

Pour les besoins de la présente contribution, nous proposons de retenir que le Conseil fédéral est autorisé à adopter des ordonnances – dépendantes si elles se fondent sur la LEp, indépendantes – et donc « de police » – si elles s'appuient directement sur l'art. 185 al. 3 Cst.,[34] le cas échéant conjointement avec l'art. 184 al. 3 Cst.[35] – qui vont au-delà de ce qui est expressément prévu dans la législation ordinaire.

Notons encore que, s'agissant des ordonnances adoptées directement sur la base de la Constitution, une base légale doit être créée si la menace se prolonge.[36] En effet, depuis 2010, l'art. 7d LOGA[37] prévoit qu'une ordonnance de police devient caduque six mois après son entrée en vigueur si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance ou un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale fondé sur l'art. 173 al. 1 let. a, b et c Cst. destinée à remplacer l'ordonnance du Conseil fédéral.[38] De ce point de vue également, le flou régnant sur la délimitation entre les articles 7 LEp et 185 al. 3 Cst. engendre des difficultés, puisqu'à rigueur de texte, l'art. 7d LOGA n'est pas applicable à une ordonnance fondée sur la loi sur les épidémies.[39]

2. Aperçu chronologique de la lutte contre le COVID-19

La crise du nouveau coronavirus a constitué un véritable baptême du feu pour le système à trois échelons introduit dans la LEp à l'occasion de sa révision en 2012.

Ainsi, jusqu'au 28 février 2020, la Suisse était en situation normale, sans d'ailleurs véritablement en être consciente.[40] Dès lors, les cantons étaient compétents pour prendre des mesures de lutte fondées sur la LEp, ce qu'a fait le premier, le 26 février 2020, le canton du Tessin.[41] Pour le surplus, les autorités fédérales et cantonales disposaient de leurs compétences respectives usuelles.

Entre le 28 février et le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a placé la Suisse sur le deuxième échelon de la LEp, la situation particulière de l'art. 6 LEp.[42] Dans ce contexte, le Conseil fédéral a adopté plusieurs mesures de lutte, interdisant, par exemple, les manifestations publiques ou privées accueillant plus de 1'000 personnes simultanément,[43] limite abaissée à 100 personnes le

[30] Kley (n. 19), 272.

[31] Selon Kley, entre 1921 et 2019, le Conseil fédéral ne s'est jamais appuyé sur la Constitution en matière d'épidémies, mais toujours sur l'aLEp. Voir, p. ex., le préambule de l'ordonnance concernant les mesures de l'Office fédéral de la santé publique sur la prévention du Syndrome Respiratoire Aigu Sévère (SRAS) (SRAS-Ordonnance) du 1er avril 2003, RO 2003 785. En conséquence, l'art. 10 aLEp constituait « eine spezialgesetzliche Ermächtigung an den Bundesrat, die es ausschliesst, dass er sich auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV berufen darf. » Cf. Kley (n. 19), 271–272.

[32] Cf. Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), FF 2020 6363, 6374–6375 : « Pour les mesures épidémiologiques, la réglementation proposée permet au Conseil fédéral de poursuivre toutes les mesures prises sur la base de l'art. 7 LEp mais qu'il n'a plus la compétence d'édicter depuis qu'il a déclaré la fin de la situation extraordinaire au sens de la LEp et le retour à la situation particulière. Depuis le 19 juin 2020, ces mesures sont réglées dans l'ordonnance 3 COVID-19, fondée sur l'art, 185, al. 3, Cst. » Voir également Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 12a.

[33] Voir également Damian Wyss, Sicherheit und Notrecht, Jusletter, 25 mai 2020.

[34] Sur la distinction, voir Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., Genève 2018, 223.

[35] Message FF 1997 I 1, 426. Cf. également Hottelier (n. 10), 7. En pratique, il est fréquent, voire même la règle, que les ordonnances indépendantes s'appuient simultanément sur les deux dispositions constitutionnelles. Cf. Biaggini, OFK, Art. 184 BV N 18 et Art. 185 BV N 12a. À titre d'exemple, l'ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA du 15 octobre 2008 se fonde sur les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. Cf. RO 2008 4741.

[36] Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 10b. Notons que ce processus, qui émane d'une volonté louable de limiter dans le temps l'état extraordinaire, participe simultanément d'un durcissement progressif du droit ordinaire, puisqu'il a pour effet d'intégrer dans le droit ordinaire une partie des règles conçues pour l'état d'exception. Voir Frederic Bernard, État de droit et situations extraordinaires, in : Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (éd.), Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2e éd., Zurich 2020, 996 s.

[37] Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), RS 172.010.

[38] Stöckli (n. 21), 26–27 ; Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 11a. De manière logique, l'ordonnance prend également fin si le projet du Conseil fédéral est rejeté par l'Assemblée fédérale. Pour le contexte historique de cette novelle, consulter Andreas Kley, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, RDS 130 (2011) I, 123 ss.

[39] Stöckli (n. 21), 21–21 ; Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, PJA 6/2020, 693. Ces derniers auteurs proposent d'appliquer l'art. 7d LOGA aux ordonnances du Conseil fédéral qui sont formellement fondées sur l'art. 7 LEp, mais qui s'appuient matériellement sur l'art. 185 al. 3 Cst. Ibid., 694.

[40] La population suisse se trouvait ainsi dans une situation proche de celle du Monsieur Jourdain de Molière, qui faisait de la prose sans le savoir. Cf. Molière, Le Bourgeois gentilhomme, in : Œuvres complètes, Paris 1971, 730 : *« Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien. »*

[41] Voir la Risoluzione governativa del Consiglio di Stato n. 1033 du 26 février 2020, interdisant le carnaval et les matchs de hockey sur glace en présence du public jusqu'au 1er mars 2020.

[42] Ordonnance du Conseil fédéral du 28 février 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (ordonnance COVID-19 ; RO 2020 573). Sur cette ordonnance, consulter Benjamin Märkli, Die 'Corona-Verordnung' des Bundesrats vom 28. Februar 2020, Jusletter, 9 mars 2020.

[43] Voir l'art. 2 de l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 28 février 2020, RO 2020 573.

13 mars 2020.[44] De même, le Conseil fédéral a interdit, à compter du 16 mars 2020, les activités présentielles dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formation.[45] En revanche, le Conseil fédéral n'a pas adopté de mesure « extraordinaire » s'écartant du cadre fixé par la LEp.[46]

Puis, entre le 17 mars et le 21 juin 2020, le Conseil fédéral a décrété l'existence d'une situation extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp.[47] Il convient de préciser que, le dimanche 15 mars 2020, les bureaux des deux Chambres fédérales avaient décidé d'interrompre la session de printemps, renonçant ainsi à sa troisième semaine[48] et laissant, dans une certaine mesure, le gouvernement seul maître à bord.

Pendant cette période, le Conseil fédéral a adopté des mesures de trois types.

Premièrement, le gouvernement a maintenu certaines mesures de lutte fondées sur la LEp et déjà en vigueur, telles que la fermeture générale des écoles.[49] Il a également adopté de nouvelles mesures, notamment en interdisant toutes les manifestations publiques et privées et en prononçant la fermeture des magasins et autres établissements publics.[50] Comme indiqué ci-dessus (cf. II.1), certaines de ces mesures excédaient les possibilités expressément offertes par la LEp, par exemple dans le domaine de la protection des frontières,[51] de sorte que le Conseil fédéral les a notamment fondées sur l'art. 7 de la loi.[52]

Deuxièmement, le gouvernement a adopté une série de « mesures d'accompagnement », directement fondées sur l'art. 185 al. 3 Cst.,[53] parmi lesquelles la suspension des délais des procédures civiles et administratives en cours,[54] l'atténuation des conséquences économiques du coronavirus dans le secteur de la culture[55] ou la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral.[56]

Troisièmement, le Conseil fédéral a adopté ou modifié des ordonnances dépendantes fondées sur d'autres lois fédérales, à l'exemple de l'adoption de l'ordonnance sur la restriction à la remise de médicaments[57] ou de la modification de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité.[58]

À compter du 22 juin 2020, la Suisse a retrouvé le niveau intermédiaire de la situation particulière,[59] où elle se trouve encore à l'heure où ces lignes sont écrites. À cette occasion, le Conseil fédéral a scindé l'ordonnance 2 COVID-19 en deux ordonnances :[60] l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)[61], directement fondée sur l'art. 185 al. 3 Cst., concernant notamment la gestion des frontières et l'approvisionnement en matériel médical, et l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidé-

[44] Art. 6 al. 1 de l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773).

[45] Art. 5 al. 1 ordonnance 2 COVID-19, RO 2020 773.

[46] Certes, l'ordonnance sur l'indemnisation des militaires et des membres de la protection civile engagés pour surmonter la pandémie de coronavirus (Ordonnance COVID-19 indemnisation des militaires et des membres de la protection civile ; RS 834.15), fondée sur l'art. 185 al. 3 Cst., est entrée en vigueur le 6 mars 2020, mais elle a été adoptée le 22 avril 2020 avec effet rétroactif. Cf. RO 2020 1337.

[47] Modification du 16 mars 2020 de l'ordonnance 2 COVID-19, RO 2020 783.

[48] Voir, à ce sujet, Andrea Caroni/Stefan G. Schmid, Notstand im Bundeshaus, PJA 6/2020, 710 ss. Pour des doutes sur la légalité de cette interruption, voir Uhlmann/Scheifele (n. 28), 7, et les références citées.

[49] Art. 5 al. 1 de l'ordonnance 2 COVID-19, RO 2020 783.

[50] Art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, RO 2020 783.

[51] Il en va ainsi de certaines restrictions et interdictions d'entrée en Suisse, notamment en provenance de pays jugés à risques, qui vont au-delà de ce que prévoit l'art. 41 al. 1 LEp. Cf. FF 2020 6363, 6389 (n. 32). En conséquence, l'affirmation figurant dans Bernard (n. 2), N 55, selon laquelle les mesures prises dans le cadre de l'ordonnance 2 COVID-19 auraient aussi pu l'être dans le cadre de la situation particulière, est formulée de manière trop générale et doit être comprise comme s'appliquant exclusivement aux mesures visant les individus et les groupes.

[52] À compter du 19 mars 2020, le Conseil fédéral a complété le préambule de l'ordonnance 2 COVID-19 pour mentionner, outre l'art. 7 LEp, l'art. 5 de l'annexe I de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes ainsi que l'art. 28 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

[53] Voir la liste complète dans le rapport du Conseil fédéral concernant l'exercice de ses compétences en matière de droit de nécessité et la mise en œuvre des motions de commission transmises depuis le début de la crise du coronavirus du 27 mai 2020, ainsi que son annexe « Législation dans le domaine des mesures contre le COVID-19 : aperçu (état 13.5.2020) », établie par la Chancellerie fédérale.

[54] Ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (COVID-19 ; RO 2020 849).

[55] Ordonnance du 20 mars 2020 sur l'atténuation des conséquences économiques du coronavirus (COVID-19) dans le secteur de la culture (Ordonnance COVID dans le secteur de la culture ; RS 442.15).

[56] Ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral, RO 2020 847. Au sujet de cette ordonnance, consulter Giovanni Biaggini, Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), 277 ss.

[57] Ordonnance du 18 mars 2020 sur la restriction à la remise de médicaments, RS 531.215.33, fondée sur l'art. 31 de la loi du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement du pays : « En cas de pénurie grave, déclarée ou imminente, le Conseil fédéral peut prendre des mesures d'intervention économique temporaires pour garantir l'approvisionnement en biens vitaux. ».

[58] Ordonnance du 1er avril 2020 sur les mesures visant à atténuer les conséquences économiques du coronavirus dans le secteur de l'agriculture (Ordonnance COVID-19 agriculture) modifiant diverses ordonnances dans le domaine de l'agriculture, p. ex. l'ordonnance du 26 octobre 2011 sur les importations agricoles, RS 916.01. Cf. RO 2020 1141.

[59] Voir l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 3 COVID-19 ; RO 2020 2195).

[60] Office fédéral de la santé publique, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 3 COVID-19 ; RS 818.101.24), version du 12 août 2020, 1.

[61] Ordonnance 3 COVID-19 ; RS 818.101.24.

mie de COVID-19 en situation particulière[62], fondée sur l'art. 6 LEp, contenant les mesures de lutte fondées sur la LEp.

Malgré la disparition de la situation extraordinaire et la diminution d'un échelon dans le système de la LEp, la plupart des ordonnances de police adoptées sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. sont toujours en vigueur aujourd'hui.[63] Conformément à ce qui a été exposé ci-dessus (cf. ci-dessus II.1), ces ordonnances font l'objet, en application de l'art. 7d LOGA, d'un projet de loi formelle qui a été soumis à l'Assemblée fédérale le 12 août 2020.[64]

III. Le droit constitutionnel

Pour aborder les limites placées par les droits fondamentaux à l'action gouvernementale, il convient de distinguer entre la situation normale (III.1.), la situation extraordinaire (III.2.) et les situations extraconstitutionnelles (III.3.).

1. Situation normale

La Constitution fédérale de 1999 contient un catalogue de droits fondamentaux au chapitre I de son deuxième titre (art. 7 à 36 Cst.).[65] Les droits protégés incluent la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et l'interdiction de la torture (art. 10 al. 3 Cst.), des libertés au sens classique du terme (par exemple, la liberté économique à l'art. 27 Cst.) et des garanties de l'État de droit (le principe d'égalité de traitement à l'art. 8 Cst.).[66]

Ces droits peuvent valablement être restreints par l'État moyennant le respect des conditions fixées à l'art. 36 Cst., à savoir :

– la restriction doit se fonder sur une base légale (al. 1), les restrictions graves devant figurer dans une loi au sens formel, sauf cas de danger sérieux, direct et imminent ;
– elle doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) ;
– elle doit être proportionnée au but visé (al. 3) ; et
– elle ne doit pas porter atteinte à l'essence des droits fondamentaux (al. 4).

Pour les besoins de la présente contribution, deux de ces conditions méritent quelques développements supplémentaires.

L'art. 36 al. 1 3e phrase Cst. reconnaît l'existence de ce qui est traditionnellement appelé la clause générale de police *(« polizeiliche Generalklausel »)*,[67] laquelle se fonde sur des dispositions de droit fédéral ou cantonal, comme les articles 7 LEp, 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst.[68] En cas de danger pressant, le gouvernement est ainsi en mesure de porter une atteinte grave à un droit fondamental même s'il ne peut se fonder sur une loi formelle.

La notion de noyau des droits fondamentaux, apparue dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en 1983,[69] n'a pas été définie par le constituant. Pour essayer de donner une substance à cette notion, la doctrine évoque, comme sources possibles d'inspiration, les droits appartenant au *jus cogens* ainsi que les droits dits « indérogeables » (sur ces notions, voir ci-dessous IV.2.), tout en soulignant que ces différents concepts ne se recoupent pas nécessairement.[70] Cela étant, le noyau de certains droits correspond à leur champ d'application, de sorte que le droit en question s'avère absolu.[71] Il en va ainsi, en particulier, de l'interdiction de la peine de mort et de la torture (art. 10 al. 1 et 3 Cst.) ou encore du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.).[72]

Conformément aux règles usuelles applicables, le contrôle du respect des droits fondamentaux s'opère à l'occasion d'un acte d'application (contrôle préjudiciel général).[73]

2. Situation extraordinaire

Dans une situation extraordinaire au sens des art. 185 al. 3 Cst. et 7 LEp, le Conseil fédéral dispose d'une importante marge de manœuvre pour adopter, par la voie d'ordonnances, toute mesure qu'il estime nécessaire pour tout ou une partie du pays.[74]

---

62 Ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26.

63 Voir la liste complète figurant en annexe du rapport précité du Conseil fédéral (n. 53).

64 Voir FF 2020 6363 (n. 32) et le projet de loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19), FF 2020 6421.

65 Il s'agissait d'ailleurs de l'un des objectifs de la révision totale de la Constitution en 1999. Cf. Message FF 1997 I 1, 139 : « L'idée ayant présidé à la création du présent chapitre était de réunir, dans un ‹ catalogue ›, les droits fondamentaux actuellement disséminés en plusieurs endroits de la constitution et dans différentes conventions internationales, ou consacrés par le Tribunal fédéral et les organes d'application de ces conventions. »

66 Sur cette terminologie, voir Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2012, 5 ss.

67 Markus Müller/Christoph Jenni, Notrecht – ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2/2010, 101 ss ; Andreas Lienhard/Agata Zielniewicz, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 113 (2012), 119 s.

68 ATF 136 I 87 c. 3.1 ; 136 IV 97 c. 6.3.1. Voir Giovanni Biaggini, Die polizeiliche Generalklausel : ein verkanntes Rechtsinstitut, ZBl 113 (2012), 35 ss ; Andreas Zünd/Christoph Errass, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 147 (2011), 261 ss ; Biaggini, OFK, Art. 36 BV N 16 ss. Pour une critique de l'utilisation du terme « police » et de son indétermination normative, voir Benjamin Schindler, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, Sicherheit & Recht, 2/2017, 63 ss.

69 Biaggini, OFK, Art. 36 BV N 24. Cf. ATF 109 Ia 273 c. 7 : « Solche Methoden greifen in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit ein und dürfen daher im Rechtsstaat auch in Ausnahmefällen zu dessen Selbstverteidigung nicht eingesetzt werden. »

70 Biaggini, OFK, Art. 36 BV N 24.

71 Biaggini, OFK, Art. 36 BV N 25. Voir également Pascal Mahon, Petit commentaire, Art. 36 N 17 ss.

72 ATF 131 I 166 c. 5.3 ; 142 I 1 c. 7.2.4.

73 Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, 3e éd., Berne 2012, 648.

74 Ralph Trümpler, Notrecht : Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata

Toutefois, la situation extraordinaire demeure à l'intérieur du cadre constitutionnel, de sorte que la marge de manœuvre du gouvernement est limitée par plusieurs principes :[75] les mesures adoptées doivent être justifiées par un intérêt public prépondérant, respecter les principes de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.), de bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) et d'égalité de traitement (art. 8 Cst.), être conformes à la Constitution et à la loi et respecter les droits fondamentaux.[76]

Certains de ces principes donnent lieu à d'épineuses discussions doctrinales, notamment l'étendue des compétences du Conseil fédéral par rapport aux lois adoptées par l'Assemblée fédérale.[77]

Dans le cadre de la présente contribution, le point central découle de l'exigence de respecter la Constitution, dont l'effet est de soumettre les ordonnances du Conseil fédéral au respect des droits fondamentaux.[78] Ce principe, développé dans le cadre des articles 184 et 185 Cst., doit valoir *a fortiori* pour l'art. 7 LEp, dans la mesure où l'on voit mal comment une loi fédérale pourrait autoriser le gouvernement à déroger à la Constitution, qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes.[79]

Dès lors, le Conseil fédéral ne peut toucher des droits fondamentaux que dans le plein respect de la Constitution.[80] Le principal aménagement découle de l'art. 36 al. 1 3e phrase, évoquée ci-dessus (cf. III.1), dont l'effet est d'autoriser, dans des cas de danger sérieux, des restrictions graves aux droits fondamentaux à figurer dans des ordonnances du Conseil fédéral.[81] Pour le surplus, la doctrine laisse entendre que les conditions de l'art. 36 Cst. pourront être appliquées d'une manière plus souple qui tienne compte du contexte extraordinaire.[82]

Les limites liées au noyau des droits fondamentaux (cf. III.1.) sont également pertinentes dans ce contexte, puisqu'elles auront pour effet, par exemple, que l'interdiction de la torture ne pourra pas être remise en cause.

En application des règles générales relatives aux actes normatifs fédéraux, les ordonnances du Conseil fédéral, notamment indépendantes, ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle abstrait, point qui a été réaffirmé à l'occasion de la lutte contre le nouveau coronavirus.[83] En revanche, ces ordonnances peuvent être revues par le Tribunal fédéral à l'occasion d'un cas d'application, par le biais d'un contrôle concret,[84] l'exception de l'art. 83 let. a LTF n'étant *a priori* pas réalisée s'agissant de mesures de type sanitaire.[85] Au demeurant, la limite au pouvoir de contrôle judiciaire de l'art. 190 Cst. ne s'étend pas aux ordonnances du Conseil fédéral.[86]

3. Situations extraconstitutionnelles

La situation extraordinaire intraconstitutionnelle doit être distinguée de deux hypothèses qui sortent, elles, du cadre établi par la norme suprême.

Premièrement, la pratique historique connaît les ordonnances dites « de pleins pouvoirs », qui se réfèrent aux ordonnances que le Conseil fédéral a adoptées au siècle dernier, pendant les deux guerres mondiales, sur la base d'une délégation expresse du Parlement.[87] Dans une telle situation, il est généralement admis que le Conseil fédéral peut adopter des mesures inconstitutionnelles, le cas échéant en suspendant l'application de certains droits fondamentaux pendant la durée de la menace.[88]

Deuxièmement, la doctrine évoque une hypothèse demeurée à ce jour théorique, dans laquelle le Parlement ne serait pas en mesure de se réunir ni de fonctionner et où l'existence de la Suisse en tant qu'État ou la survie de la population serait menacée.[89] Le Conseil fédéral serait alors habilité, en vertu du droit constitutionnel non

und de lege ferenda, Zurich 2012, 169–170. Cf. ATF 131 II 670 c. 3.1 : « Nach Wortlaut und Sinn von Art. 10 des Epidemiengesetzes steht dem Bundesrat bei der Handhabung dieser Kompetenznorm, welche letztlich die polizeiliche Generalklausel konkretisiert, ein erheblicher Spielraum zu ».

[75] Stöckli (n. 21), 24 ; Auer/Malinverni/Hottelier (n. 73), 552 ; Biaggini, OFK, Art. 185 BV 10a ss.

[76] ATF 122 IV 258 c. 2.a. Cf. Pascal Mahon, Petit commentaire, Art. 185 N 8 ; Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 10c.

[77] Voir, entre autres, Kley (n. 19), 272–273 et Giovanni Biaggini, « Notrecht » in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), 239 ss.

[78] Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 10d ; Trümpler (n. 74), 194 ss ; Wyss (n. 33).

[79] Jean-François Aubert, La hiérarchie des règles, RDS 93 (1974) II, 204 ss (hors application de l'art. 190 Cst.).

[80] ATF 141 I 20, c. 4–6. Cf. Stöckli (n. 21), 20 ; Saxer, St. Galler Kommentar zu Art. 185 BV, Rz. 100.

[81] Biaggini (n. 77), 242.

[82] Hottelier (n. 10), 10.

[83] Voir TF, 2C_280/2020, 15.4.2020 ; TAF, C-1624/2020, 25.3.2020 ; C-1828/2020, 4.5.2020. Stöckli (n. 21), propose de réfléchir à l'introduction d'une voie de droit directe auprès du Tribunal fédéral pour les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale adoptés en situation de crise. Voir, dans le même sens, l'initiative parlementaire 20.430, déposée le 6 mai 2020, qui vise à créer « [l]es bases juridiques permettant aux tribunaux de procéder à un contrôle abstrait rapide des normes s'agissant des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral (art. 185, al. 3, Cst. en relation avec l'art. 7d LOGA) et de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst. en relation avec l'art. 7d, al. 3, LOGA). » Uhlmann/Scheifele (n. 28), 6, relèvent, pour leur part, qu'une telle solution s'écarte de la tradition judiciaire helvétique et qu'elle placerait le Tribunal fédéral dans la situation délicate de devoir se prononcer en pleine période de crise.

[84] Hottelier (n. 10), 10 ; Biaggini, OFK, Art. 185 BV N 12 ; Andreas Zünd/Christoph Errass, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, RDS Pandémie et droit 2020 (numéro spécial), 89 ; Stöckli (n. 21), 45.

[85] Stöckli (n. 21), 46 ; BSK BGG-Häberli, Art. 83 N 23.

[86] Auer/Malinverni/Hottelier (n. 73), 648.

[87] Voir l'arrêté fédéral sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité (Arrêté « sécurité et neutralité »), RO 55 781. Cf. Alfred Kölz, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, vol. II : L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848, Berne 2013, 729 ss ; Lienhard/Zielniewicz (n. 67), 116 ss ; Andreas Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4e éd., Berne 2020, 353 s ; Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. II, Neuchâtel 1967, p. 552 ss ; Stöckli (n. 21), 12.

[88] Jacques Dubey, Droits fondamentaux, vol. I : Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2017, 136. Ce pouvoir peut être illustré pas l'ordonnance du Conseil fédéral du 22 septembre 1939 supprimant le secret de la correspondance et des conversations téléphoniques. Cf. RO 55 1115.

[89] Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2016, § 10 N 12 ; Aubert (n. 87), 557 ; Auer/Malinverni/Hottelier (n. 73), 558.

écrit, à adopter des ordonnances dites « de stricte nécessité »,[90] en dehors de tout cadre constitutionnel.

IV. Le droit international

Aux limites « internes » progressivement élaborées par la pratique et la doctrine helvétiques, rappelées dans la section précédente, doivent aujourd'hui être ajoutées les limites qui découlent des engagements internationaux de la Suisse, dont l'impact principal concerne précisément le respect des droits fondamentaux (IV.1.). Pour en illustrer l'impact, nous présenterons brièvement le système mis en place par la CEDH (IV.2.).

1. Constitutionnalité et conventionnalité

Les limites des pouvoirs du Conseil fédéral en situation de crise doivent s'inspirer, *mutatis mutandis*, de l'évolution suivie au cours des dernières décennies en matière de contrôle des lois fédérales. Ce dernier s'est, en effet, progressivement étoffé, passant d'un « simple » contrôle de constitutionnalité à un contrôle enrichi d'un volet relatif à la conventionnalité.[91]

En vertu de ces principes, les règles de droit international, qu'elles relèvent du *jus cogens* (ou règles impératives du droit international, selon la terminologie de l'art. 193 al. 4 Cst.)[92] ou de traités ratifiés par la Suisse, l'emportent sur les normes de droit interne,[93] ce que le Tribunal fédéral a confirmé dans son fameux arrêt du 12 octobre 2012 relatif à l'initiative pour le renvoi des étrangers criminels.[94]

Une telle manière de procéder est dictée par le texte de la Constitution fédérale, en particulier son art. 5 al. 4 Cst. :

> *« La Confédération et les cantons respectent le droit international. »*

Elle s'impose d'autant plus aujourd'hui que, le 25 novembre 2018, le peuple et les cantons ont refusé, à une large majorité (66,3% de la population et l'unanimité des cantons),[95] l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) », qui proposait entre autres d'ajouter à la teneur actuelle de l'art. 5 al. 4 Cst. la deuxième phrase suivante :[96]

> *« La Constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur celui-ci, sous réserve des règles impératives du droit international. »*[97]

En rejetant cette proposition, le constituant a clairement manifesté son souhait de conserver l'architecture actuelle mise en place par la Constitution fédérale.

Compte tenu de ces éléments, la réflexion sur les limites des pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral doit faire l'objet d'un *aggiornamento* conceptuel consistant à inclure les engagements internationaux de la Suisse. L'impact principal du droit international en la matière concerne les droits fondamentaux et découle notamment des deux grands traités internationaux généraux qui protègent les droits humains et lient la Suisse, la CEDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II ; RS 0.103.2).

Compte tenu des similitudes entre les deux systèmes, nous présenterons brièvement le cadre mis en place par le texte européen, dont l'influence est plus marquée en Suisse du fait notamment de l'existence d'une voie de droit individuelle auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.[98]

2. Le système de la CEDH

Sur le fond, les droits garantis par la CEDH sont similaires à ceux qui sont protégés dans la Constitution fédérale. Une exception notable est la liberté économique (art. 27 Cst.), absente du texte conventionnel.[99] La similitude entre les deux textes ne s'arrête pas à l'énoncé des droits mais s'étend, de manière générale, à leur contenu,

[90] Aubert (n. 87), 557.

[91] Auer/Malinverni/Hottelier (n. 73), 658–659.

[92] Selon le Tribunal fédéral, le *jus cogens* inclut notamment le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction des peines collectives, le principe de l'individualité de la responsabilité pénale et le principe du non-refoulement. Cf. ATF 133 II 450 c. 7.3.

[93] Voir Auer/Malinverni/Hottelier (n. 73), 456–457.

[94] Voir ATF 139 I 16 c. 5.1 : « Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor ; dies gilt selbst für Abkommen, die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben. »

[95] Voir l'arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 25 novembre 2018 du 29 août 2019, FF 2019 5651.

[96] Voir l'arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » du 15 juin 2018, FF 2018 3615.

[97] L'initiative proposait également de compléter l'art. 5 al. 1 Cst., dont la teneur actuelle est « Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat » par la deuxième phrase suivante : « La Constitution fédérale est la source suprême du droit de la Confédération suisse. » Cf. également FF 2018 3615.

[98] À ce jour, la Suisse n'a pas ratifié le premier protocole facultatif au Pacte ONU II, prévoyant une procédure de communication individuelle auprès de l'organe chargé du contrôle du Pacte ONU II, le Comité des droits de l'homme. Voir les explications fournies par l'Office fédéral de la justice, Quatrième rapport périodique du Gouvernement suisse au Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 7 juillet 2016, 37 : « L'établissement de mécanismes de contrôle efficaces constitue un outil indispensable de l'encouragement et de la mise en œuvre des droits de l'homme. Le Pacte reconnaît, sur le plan universel, des garanties identiques ou au moins comparables à celles prévues dans la CEDH. Cette dernière prévoit un mécanisme de contrôle bien établi, qui a fait ses preuves. La Suisse est soumise à ce mécanisme depuis 41 ans. Dès lors, sous l'angle de la protection juridique, par une instance internationale, des droits fondamentaux tels que garantis par le Pacte, l'acceptation d'un mécanisme de contrôle parallèle ne paraît ni urgente, ni indispensable. L'adhésion au premier Protocole facultatif du Pacte n'est donc pas à l'ordre du jour. »

[99] Auer/Malinverni/Hottelier (n. 66), 422.

conformément à une jurisprudence ancienne et constante du Tribunal fédéral.[100]

Formellement, la CEDH contient des droits relatifs et des droits absolus. Les premiers, à l'exemple de la liberté d'expression (art. 10 CEDH) ou de la liberté de réunion (art. 11 CEDH), peuvent être valablement restreints par l'État moyennant le respect de conditions similaires à celles figurant à l'art. 36 Cst.[101] Dans le langage conventionnel, l'atteinte doit être prévue par la loi (base légale), poursuivre un intérêt légitime (intérêt public) et être nécessaire dans une société démocratique (proportionnalité).

Contrairement à la Constitution, qui comporte une norme générale relative à la restriction des droits fondamentaux, la CEDH énonce systématiquement les conditions de restriction au deuxième paragraphe du droit concerné, par exemple à l'art. 10 § 2 CEDH en ce qui concerne la liberté d'expression. Ce mode de faire permet à la Convention d'énoncer de manière plus précise que la Constitution fédérale et adaptée à chaque droit les intérêts légitimes qui permettent sa restriction.

Les droits absolus, pour leur part, ne peuvent jamais être touchés sans être violés, à l'image de l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH) et de l'interdiction de l'esclavage (art. 4 CEDH).[102]

La CEDH met également en place des règles spécifiques destinées à régir les cas de guerre ou de danger public menaçant la vie d'une nation, qui permettent à l'État, dans une certaine mesure, d'adapter le niveau de protection des droits fondamentaux aux exigences de la situation.[103] Ce système, appelé « dérogation », figure à l'art. 15 CEDH.[104]

Il comporte des exigences formelles (art. 15 § 3 CEDH : notification de la dérogation à la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe) et des exigences matérielles (par exemple, art. 15 § 1 CEDH : des mesures dérogatoires ne peuvent être adoptées que « dans la stricte mesure où la situation l'exige »).[105] L'application de l'art. 15 CEDH ne dépend pas des terminologies utilisées en droit interne (état d'urgence, état d'exception, etc.).[106]

Sur le fond, la possibilité de déroger n'est pas illimitée, car l'art. 15 § 2 CEDH contient une liste de droits dits indérogeables, parmi lesquels figurent l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH) et le principe « pas de peine sans loi » (art. 7 CEDH).[107]

L'effet d'une dérogation « réussie » est radical, puisque le droit visé cesse de s'appliquer, pendant la période concernée, sur tout ou partie du territoire de l'État concerné.[108]

Sur la base des éléments qui précèdent, il est possible de classer les droits garantis par la CEDH en fonction de leur degré de protection dans un tableau à double entrée.

[100] Voir ATF 118 Ia 64 c. 2.d (confirmé in ATF 141 I 141 c. 6.3.4) : « Die aus den Haftbedingungen resultierenden Freiheitsbeschränkungen müssen auch mit den Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar sein. Diese gewährleistet indessen im Bereich der Haftbedingungen keine über das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit hinausgehenden Rechte. »

[101] Jean-François Renucci, Droit européen des droits de l'homme, 2e éd., Paris 2012, 88.

[102] Frédéric Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, 11e éd., Paris 2012, 217.

[103] Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4e éd., Anvers 2006, 1053 ss. Voir également Frédéric Bernard, The European Convention on Human Rights and the Fight Against Terrorism, in : Hennebel/Tigroudja (éd.), Balancing liberty and security: the human rights pendulum, Nymegen 2012, 171–196.

[104] Dans le Pacte ONU II, la disposition équivalente figure à l'art. 4.

[105] Voir Secrétaire générale du Conseil de l'Europe (Marija Pejčinović Burić), Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: A toolkit for member states, 7 avril 2020.

[106] Dominic McGoldrick, The interface between public emergency powers and international law, International Journal of Constitutional Law, vol. 2 (2004), 380 ss, 394 (au sujet de l'art. 4 Pacte ONU II).

[107] Dans son Observation générale nº 29, relative aux états d'urgence (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001), le Comité des droits de l'homme a ajouté des droits indérogeables à la liste explicite de l'art. 4 § 2 : « Dans les dispositions du Pacte qui ne figurent pas au paragraphe 2 de l'article 4, il y a des éléments qui, de l'avis du Comité, ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation licite en vertu de l'article 4 » (6).

[108] Voir CourEDH (SP), Brannigan et McBride c. Royaume-Uni, 25.5.1993, § 74 : « La Cour conclut, dès lors, que l'avis de dérogation du Royaume-Uni répond aux exigences de l'article 15 et que, partant, les requérants ne peuvent valablement se plaindre d'une violation de l'article 5 par. 3. »

Tableau : Le système de la Convention

CEDH	Droits dérogeables	Droits indérogeables (15 § 2 CEDH)
Droits relatifs	8 9 10 11 12 (Arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, 2002, § 99)	2 (sous réserve des actes licites de guerre)
Droits absolus	5 6 13 14	3 4 § 1 7

Les droits les plus solidement protégés par la CEDH figurent dans le carré en bas à droite : ils ne peuvent jamais être touchés par l'État sans être violés. Tel est notamment le cas de l'art. 3 CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants). À l'inverse, les droits les plus « souples », qui peuvent faire l'objet à la fois de restrictions et de dérogations, figurent dans le carré en haut à gauche. En ce qui les concerne, une dérogation entrera cependant rarement en ligne de compte, puisque la voie plus aisée de la restriction est ouverte. Il s'avère ainsi que l'outil de la dérogation apparaît utile essentiellement pour l'article 5 CEDH (droit à la liberté) ce que confirme le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme,[109] voire, dans une moindre mesure, pour l'art. 6 CEDH (droit à un procès équitable).

Le respect de la CEDH peut, après épuisement des voies de recours interne, être contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il s'agisse des conditions de restriction d'une liberté ou des conditions de dérogation de l'art. 15 CEDH.[110] Le fait que l'acte normatif interne soit une ordonnance indépendante du Conseil fédéral n'y change rien.[111]

V. Récapitulation

Il convient à présent de nouer les fils présentés jusqu'ici (V.1.), avant de montrer leur effet commun dans la lutte contre le nouveau coronavirus (V.2.).

1. En général

Dans la mesure où elle ne sort pas du cadre constitutionnel, la réponse à une crise sanitaire doit, pour respecter les droits fondamentaux, observer simultanément les garanties constitutionnelles et les garanties conventionnelles, à l'exemple d'une image anaglyphique, qui ne devient nette qu'en conjuguant le filtre rouge et le filtre bleu d'une paire de lunettes de trois dimensions.

La première étape de l'analyse consistera à déterminer si la mesure envisagée entre dans le champ d'application de l'un ou des deux systèmes de protection. Si tel est le cas, l'analyse se poursuivra par un examen séparé de la validité de la mesure envisagée selon la logique constitutionnelle et selon la logique conventionnelle.

Cela étant, malgré des logiques et des formulations différentes, qui exigent de procéder à des raisonnements distincts, la Constitution et la CEDH sont largement convergentes quant aux résultats matériels auxquels elles aboutissent.

Ainsi, du point de vue du déclenchement de la situation extraordinaire, il est exact que l'art. 15 CEDH est indépendant des dénominations de droit interne. Cependant, il n'est guère concevable que la Suisse puisse justifier une dérogation à la CEDH au motif que la vie de la nation serait en danger sans avoir simultanément décrété l'existence d'une situation extraordinaire au sens de l'art. 7 LEp.

De même, nous avons observé que les conditions de restriction des droits fondamentaux sont identiques dans les deux textes.

Enfin, il est vrai que la Constitution fédérale ne prévoit pas de mécanisme similaire à celui de la dérogation figurant à l'art. 15 CEDH. De ce fait, elle n'encadre pas de manière spécifique, sous l'angle des droits fondamentaux, les pouvoirs gouvernementaux en situation extraordinaire. Cela étant, par le biais du concept de noyau des droits fondamentaux inscrit à l'art. 36 al. 4 Cst., elle protège certains droits – en particulier, l'interdiction de la torture – d'une manière similaire à celle qui résulte de la notion de droit indérogeable au sens de l'art. 15 § 2 CEDH (voir IV.2.).

En somme, l'apport majeur de la CEDH (et des autres traités similaires ratifiés par la Suisse) ne consiste pas véritablement à innover, mais à compléter et renforcer le degré de protection des droits fondamentaux offert par la Constitution. Ce renforcement est particulière-

[109] Voir Unité de la Presse de la CourEDH, Fiche thématique : Dérogation en cas d'état d'urgence, état avril 2020, Internet : https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_FRA.pdf (consulté le 30.8.2020).

[110] Pour un exemple relativement récent relatif à l'analyse des conditions de dérogation, voir CourEDH, A. et autres c. Royaume-Uni, 12.2.2009. Cf. Également Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 2e éd., Oxford 2009, 617 ss.

[111] Voir, p. ex., CourEDH (GC), Nada c. Suisse, 12.9.2012. Cf. Hottelier (n. 10), 11.

ment apparent dans la comparaison avec d'autres principes tels que la répartition fédérale des compétences et la séparation des pouvoirs horizontale, dont la protection découle du seul texte constitutionnel et qui peut plus aisément être entamée.[112]

Pour terminer, quelques exemples concrets tirés de la lutte contre le nouveau coronavirus permettront d'illustrer ce mode de raisonnement.

2. Dans la lutte contre le nouveau coronavirus

Comme cela a été rappelé plus haut, la Suisse s'est trouvée, pendant trois mois, en situation extraordinaire, avant de redescendre en situation particulière (cf. II.2.), mais elle n'est toutefois jamais sortie du cadre constitutionnel. En effet, contrairement à ce qui a pu être lu ou entendu, le Conseil fédéral n'a pas été mis au bénéfice, pendant la crise du nouveau coronavirus, des pleins pouvoirs.[113] Les ordonnances dépendantes et indépendantes qu'il a adoptées pour maîtriser la pandémie devaient donc pleinement respecter les droits fondamentaux.

Conformément à ce qui a été exposé ci-dessus, la validité des mesures adoptées doit être examinée à la fois sous l'angle de la Constitution et sous celui de la CEDH. À cet égard, contrairement à plusieurs États membres du Conseil de l'Europe,[114] le Conseil fédéral a estimé qu'il n'était pas nécessaire de déroger à la CEDH,[115] ce qui paraît d'ailleurs correct compte tenu des mesures ordonnées.[116] En conséquence, s'agissant de la CEDH, les mesures adoptées par le gouvernement doivent être analysées exclusivement sous l'angle des restrictions (cf. IV.2.).

Ce qui précède conduit à poser les questions suivantes en lien avec trois mesures phares mises en œuvre au printemps 2020 par le Conseil fédéral :

1. Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a modifié l'ordonnance 2 COVID-19 en y introduisant notamment l'art. 7c qui interdisait les rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public.[117]
   Il s'agit d'une mesure de lutte prévue par l'art. 40 al. 1 LEp, de sorte que cette obligation est de nature dépendante. Elle porte manifestement atteinte à certains droits fondamentaux, en particulier la liberté de réunion et de manifestation protégée aux articles 22 Cst. et 11 CEDH.
   Cela étant, en vertu de la Constitution, cette liberté ne comporte pas de noyau qui ferait, sur le principe, obstacle à une telle atteinte ; elle ne fait pas davantage partie des droits indérogeables énoncés à l'art. 15 § 2 CEDH (étant rappelé que la Suisse n'avait, en tout état, pas jugé nécessaire d'y déroger).
   Dès lors, la validité de l'interdiction doit être examinée à l'aune des conditions ordinaires de restriction des droits fondamentaux, à savoir l'existence d'une base légale, la poursuite d'un intérêt public et le respect du principe de proportionnalité. Le cœur de l'analyse portera sur le respect de cette dernière condition et tiendra notamment compte du fait que cette mesure a été ordonnée dans le but de protéger la vie de la population (conflit de droits).
2. La Suisse a renoncé à ordonner un confinement strict de la population, en choisissant de s'appuyer sur l'interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public conjuguée à une campagne visant à inciter la population à rester chez elle.[118]
   Dans ces conditions, il est douteux qu'une question se pose sous l'angle du droit à la liberté garanti par l'art. 5 CEDH, lequel ne peut être restreint que pour l'un des motifs exhaustivement énumérés à l'art. 5 § 1 CEDH.[119]
   En revanche, la question se pose de manière nettement plus prégnante pour les États qui, comme l'Es-

[112] La protection des droits fondamentaux se distingue cependant de ces principes en ce qu'elle est, comme nous l'avons vu, essentiellement relative. Un droit individuel peut dès lors être respecté, être touché de manière admissible ou être touché de manière inadmissible, alors que la répartition des compétences au sein de l'État fédéral ne peut qu'être respectée ou touchée de manière inadmissible *(« tertium non datur »)*.

[113] Cf. Bernard Wuthrich, Par temps de Covid, les pouvoirs controversés du Conseil fédéral, Le Temps, 26.8.2020 : « Disposant des pleins pouvoirs depuis la mi-mars, [le Conseil fédéral] a ainsi promulgué plusieurs ordonnances, dont il a souvent modifié la teneur afin de faire face à la crise du coronavirus. »

[114] Ces États sont au nombre de dix : Saint-Marin (10.4.2020), la Serbie (6.4.2020), la Macédoine du Nord (1.4.2020), l'Albanie (31.3.2020), la Géorgie (23.3.2020), l'Estonie (19.3.2020), la République de Moldavie (19.3.2020), l'Arménie (19.3.2020), la Roumanie (17.3.2020) et la Lettonie (17.3.2020). Cf. fiche thématique (n. 109), 1.

[115] FF 2020 6363, 6418 (n. 32) : « Les dispositions édictées par le Conseil fédéral se fondent sur une base légale, elles répondent à l'intérêt public et respectent le principe de proportionnalité. Elles s'inscrivent donc dans le cadre de ce que permettent l'art. 36 Cst. et les traités internationaux applicables (notamment les art. 8 à 11 CEDH). Il n'a donc pas été nécessaire de faire usage de la possibilité de suspendre certains droits de l'homme par une notification de dérogation. »

[116] Dans le même sens, Zünd/Errass (n. 84), 89.

[117] RO 2020 863.

[118] Voir l'affiche de l'Office fédéral de la santé publique « Restez à la maison, Sauvez des vies », 20 mars 2020, Internet : https://fr.wikipedia.org/wiki/Fichier:OFSP_affiche_stop_corona.pdf (consulté le 31.8.2020). Sur la notion de droit incitatif, consulter Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019.

[119] Le nouveau coronavirus a cependant eu un impact majeur en matière de détention administrative en vue du renvoi au sens de l'art. 76 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI), RS 142.20. En effet, le Tribunal fédéral a estimé, dans plusieurs arrêts, qu'en application de l'art. 80 al. 6 let. a LEI et 5 § 1 let. f CEDH, la fermeture des frontières et l'annulation des vols vers les pays de renvoi avaient pour conséquence que la détention ne pouvait plus être justifiée par une procédure d'éloignement en cours, consacrant ainsi le droit de la personne détenue à être immédiatement libérée (« Le recourant doit être libéré immédiatement. », respectivement « Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen. »). Cf. TF, 2C_386/2020, 9.6.2020 ; 2C_323/2020, 18.6.2020 ; 2C_512/2020, 15.7. 2020 ; 2C_597/2020, 3.8.2020.

pagne ou l'Italie, ont ordonné des confinements stricts avec interdiction de sortie du domicile sous peine d'amende, sauf pour l'accomplissement de certaines activités limitativement énumérées.[120] Les questions ouvertes sont alors nombreuses : un confinement strict à domicile est-il constitutif d'une privation de liberté, de sorte que l'art. 5 CEDH s'applique ? Si tel est le cas, ce confinement peut-il se fonder sur l'art. 5 § 1 let. e CEDH, à teneur duquel un État peut procéder à la « détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse » ?[121] Ce motif de détention est-il applicable à une personne qui n'est pas malade ?

3. Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a prononcé la fermeture des magasins et autres établissements publics.[122]
   Il ne fait guère de doute que cette mesure porte atteinte à la liberté économique, dans la mesure où cette dernière protège notamment le libre exercice d'une activité lucrative.[123] Toutefois, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (cf. IV.2.), cette liberté n'est pas protégée par la CEDH, de sorte que la mesure devra être analysée à la lumière de la seule Constitution fédérale. Dans ce cadre, il conviendra notamment de déterminer s'il s'agit d'une mesure conforme à la liberté économique, qui ne fait que la restreindre sans déroger à son principe.[124]

VI. Conclusion

Le pôle libertés (L) du triangle d'impossibilité se caractérise par les multiples sources sur lesquelles il s'appuie. Cela étant, sous réserve de quelques droits « durs » qui ne peuvent jamais être touchés, ce pôle est aussi marqué par une grande souplesse, qui permet à l'État, lorsqu'il l'estime nécessaire, de restreindre les droits fondamentaux sans les violer, voire même, en situation de crise, de suspendre l'application de certains d'entre eux.

Étant donné ces contraintes – et pour autant que la situation n'excède pas le cadre constitutionnel –, un État de droit ne sera jamais libre de respecter ou non les droits fondamentaux qui composent le pôle libertés (L) ; sa marge de manœuvre se limitera, en effet, à choisir entre différentes mesures qui sont toutes respectueuses des droits individuels. Dans ce cadre, il devra, en particulier, respecter le principe de proportionnalité, en veillant à s'assurer qu'il n'adopte pas de mesures plus incisives que ce que la situation exige.

[120] Voir l'art. 7 du Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 du 14 mars 2020, dont le non-respect était sanctionné par en application de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana du 30 mars 2015. Àla mi-avril, cette législation aurait déjà été mise en œuvre à plus de 600'000 reprises. Cf. Laura L. Caro, Sánchez aplica 613.780 veces la ley de Seguridad, ABC España, 18 avril 2020, Internet : https://www.abc.es/espana/abci-sanchez-aplica-613780-veces-ley-seguridad-202004180208_noticia.html (consulté le 1.9.2020).

[121] Alan Greene, States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic, Strasbourg Observers, 1er avril 2020, Internet : https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/ (consulté le 31.8.2020).

[122] Art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, RO 2020 783.

[123] ATF 128 I 92 c. 2.a.

[124] Auer/Malinverni/Hottelier (n. 66), 452.