

État d'urgence et droit de la Convention européenne des droits de l'homme

par Thierry RAMBAUD

Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes (Sorbonne-Paris Cité)

Expert auprès du Conseil de l'Europe

Analyser le sujet de la conformité de l'état d'urgence mis en œuvre en France à l'aune du droit du Conseil de l'Europe implique certes de se reporter au texte de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), mais également à la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, ainsi qu'aux travaux des organes non juridictionnels du Conseil de l'Europe. On se reportera ainsi avec profit au rapport adopté par la Commission de Venise, les 11-12 mars 2016, sur le projet de loi, depuis lors abandonné, de « *protection constitutionnelle de la Nation* »¹. Si la présente étude se rapporte pour l'essentiel au cadre juridique qui résulte de la jurisprudence de la cour européenne, on ne saurait sous-estimer l'intérêt qui résulte de la lecture des travaux des comités du Conseil de l'Europe².

1. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)006-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)006-f).

2. La présente étude, dans le cadre imparti, ne traite pas directement de la jurisprudence des tribunaux administratifs et du Conseil d'État sur le contrôle des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. S'il ne paraît guère contestable que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas ignorée des juges administratifs, il est plus délicat de délimiter ce qui relève de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et ce qui relève de la théorie classique des libertés fondamentales qui se manifeste par l'extension du contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative restrictives de l'exercice des libertés fondamentales. Patrick Wachsmann, dans une étude récente, estime que le dispositif des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, telles que contrôlées par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, ne méconnaissent pas, de manière manifeste, les standards et principes de la Cour européennes des droits de l'homme, P. Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* n° 43/2016, du 19 décembre 2016, 2425 et ss.

Au lendemain des attentats du 13 novembre 2015, le gouvernement français a décidé de mettre en place un arsenal sécuritaire afin de protéger la Nation. L'état d'urgence, annoncé par le président de la République dans la nuit du 13 au 14 novembre 2015, a rapidement été décrété selon le cadre législatif posé en 1955, modifié par une loi du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de l'état d'urgence de trois mois, puis jusqu'au 26 mai 2016. Il fut ensuite prorogé par la loi du 21 juillet 2016, à la suite du dramatique attentat qui s'est déroulé à Nice le soir de la Fête nationale sur la Promenade des Anglais. Ainsi, la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, adoptée après l'attentat de Nice perpétré le 14 juillet 2016. Cette loi, tout en prorogeant l'état d'urgence pour une durée de six mois, consolide le régime de l'état d'urgence et prévoit des mesures relatives au renforcement de la lutte antiterroriste³. On le sait, l'ancien Premier ministre, Bernard Cazeneuve, avait annoncé une cinquième prorogation de l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2017, justifiée par la campagne électorale à venir⁴. L'état d'urgence avait pour vocation à couvrir les élections présidentielles et législatives à venir⁵. À l'heure où nous écrivons cet article, les élections présidentielles se sont déroulées sans véritable incident majeur, malgré l'assassinat dramatique du policier Xavier Jugelé sur l'avenue des Champs Élysées. Le nouveau Président de la République Emmanuel Macron a annoncé le prolongement de l'état d'urgence.

3. Loi n° 2016-987 du 21 juil. 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avr. 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

4. À la date du 10 déc. 2016.

5. Voir la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence qui prolonge l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2017.

Cette loi complète l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence par quatre alinéas ainsi rédigés :

« La décision d'assignation à résidence d'une personne doit être renouvelée à l'issue d'une période de prorogation de l'état d'urgence pour continuer de produire ses effets.

« À compter de la déclaration de l'état d'urgence et pour toute sa durée, une même personne ne peut être assignée à résidence pour une durée totale équivalant à plus de douze mois.

« Le ministre de l'intérieur peut toutefois demander au juge des référés du Conseil d'État l'autorisation de prolonger une assignation à résidence au-delà de la durée mentionnée au douzième alinéa. La demande lui est adressée au plus tôt quinze jours avant l'échéance de cette durée. Le juge des référés statue dans les formes prévues au livre V du code de justice administrative et dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa saisine, au vu des éléments produits par l'autorité administrative faisant apparaître les raisons sérieuses de penser que le comportement de la personne continue à constituer une menace pour la sécurité et l'ordre publics. La prolongation autorisée par le juge des référés ne peut excéder une durée de trois mois. L'autorité administrative peut, à tout moment, mettre fin à l'assignation à résidence ou diminuer les obligations qui en découlent en application des dispositions du présent article.

« La demande mentionnée à l'avant-dernier alinéa peut être renouvelée dans les mêmes conditions. »



À la lecture de cette version de la loi, on lit, désormais, à l'article 4 de la loi sur l'état d'urgence que le ministre de l'Intérieur peut prononcer l'assignation à résidence « de toute personne (...) à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». De la même manière, les perquisitions, notamment informatiques, sont possibles « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics ». La nouvelle prorogation de l'état d'urgence permet au ministre de l'Intérieur de renouveler, pour les six prochains mois, les assignations de tout ou partie des 87 personnes qui l'étaient avant cette date – une partie d'entre elles étaient déjà assignées depuis plus de six mois.

Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, que les assignations à résidence étaient conformes à la Constitution, et il n'y a sans doute plus lieu de revenir sur ce point. Le 11 décembre 2015, le Conseil d'État laissait entendre que l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 serait conforme au droit international⁶.

C'est évidemment la dimension du sujet de la mise en œuvre de l'état d'urgence en France qui nous intéresse ici : le dispositif français adopté en 2015-2016 respecte-t-il les exigences posées par le droit du Conseil de l'Europe ? Des doutes sérieux pouvaient de prime abord surgir et c'est la raison pour laquelle les autorités françaises ont très rapidement averti tant les instances onusiennes, dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que celles du Conseil de l'Europe.

L'article pertinent pour nos développements est l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme qui permet aux « parties en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » de « prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige », à l'exception des obligations énoncées aux articles 2, 3, 4, paragraphe 1^{er} et 7 sur lesquelles on reviendra dans un instant⁷.

Cet article est intéressant, dans la mesure où il atteste que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme prend en compte le fait qu'à situation exceptionnelle doivent correspondre des mesures exceptionnelles. La législation de droit commun ne saurait suffire. On le sait bien en droit français, qui aménage un régime juridique de l'état de siège, de l'état d'urgence, de l'article 16 de la Constitution de 1958... Carl Schmitt relevait ainsi « que dans le cas de l'état d'exception, l'État suspend le droit en vertu d'un droit d'autoconservation »⁸.

6. Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'État du 11 déc. 2015, *M. H... X...*, consultable sur le site du Conseil d'État, www.conseil-etat.fr.

7. Voir le commentaire de cet article, P. Tavernier, « Article 15 », in *La convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, sous la direction de Louis-Edmond Petit, Emmanuel decaux et Pierre-Henri Imbert, Paris, Economica, 1995, p 489 et ss.

8. Carl Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p 22.





À la suite des attentats du 13 novembre 2015, le 24 novembre 2015, la représentation permanente française a informé, pour la première fois, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la possibilité de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sur le fondement de l'article 15 de celle-ci. Cette information fut complétée par les déclarations du gouvernement français relatives à la CEDH enregistrées auprès du Secrétariat général du Conseil de l'Europe les 26 février 2016⁹, 30 mai 2016 et 25 juillet 2016. Huit autres États se déjà sont prévalus de ce droit à dérogation : l'Albanie, l'Arménie, la Géorgie, la Grèce, l'Irlande, le Royaume-Uni, la Turquie, depuis le 21 juillet 2016, et l'Ukraine depuis le 15 juin 2015. Parmi eux, quatre ont été soumis à des contentieux sur ce point et ont dû dès lors justifier les mesures de dérogation prises au regard des exigences de la Convention, à savoir la Grèce, l'Irlande, le Royaume-Uni et la Turquie.

Le premier paragraphe de cet article 15 instituant un régime dérogatoire à la Convention prévoit le cadre juridique au sein duquel ces dérogations doivent s'inscrire.

Le deuxième énumère les garanties conventionnelles ne pouvant en faire l'objet : le droit à la vie, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre (art. 2 CEDH)¹⁰, l'interdiction de la torture (art. 3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4), la légalité des peines (art. 7), auxquels il faut ajouter le principe *non bis in idem* et l'interdiction de la peine de mort.

Le dernier paragraphe de l'article 15 précise l'obligation pour l'État d'informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de l'activation de ce système de dérogation, ainsi que les conditions correspondantes. Cette mesure d'information doit indiquer les dispositions qui sont adoptées, leur motif et leur durée de validité.

Au moment de la ratification de la Convention en 1974, sous l'intérim exercé par Alain Poher, le gouvernement français s'était pourtant montré soucieux de préserver une certaine mainmise sur les régimes dérogatoires instaurés en droit public français et, en vertu de l'article 57 de la Convention, avait décidé d'émettre une réserve d'interprétation concernant l'article 15 §. On le sait, les réserves à un

9. Une interrogation demeure en qui concerne la deuxième déclaration du 25 févr. 2016 qui tend à prolonger le recours à l'article 15 du fait de la prorogation de l'état d'urgence en France. En effet, les dispositions du paragraphe 3 de l'article 15 imposent aux États membres d'informer le Secrétaire général de la date à laquelle les mesures d'exception cessent d'être en vigueur, ce qui implique une limitation temporelle de la dérogation à la Convention européenne permise par l'article 15. Or, dans la déclaration du 25 févr. 2016, le gouvernement français considère que « *la menace terroriste [...] demeure à un niveau très alarmant ainsi que le démontre l'actualité nationale et internationale* ». Il est incontestable d'un point de vue juridique que la notion de « niveau très alarmant » est assez imprécise. On relèvera néanmoins que la Cour a déjà jugé « *qu'un "danger public" au sens de l'article 15 peut persister plusieurs années, en particulier concernant la menace terroriste* » (CEDH, 19 févr. 2009, *A. et autres c/ Royaume-Uni*, § 178).

10. CEDH, Grande Chambre, *Giuliani et Gaggio c/ Italie*, arrêt du 24 mars 2011, § 174.





traité international ont pour objet principal de faciliter l'acceptation d'un traité par un État en permettant à ce dernier de circonvier l'étendue de son engagement.

En l'espèce, par cette réserve, la France avait manifesté sa volonté de disposer d'une compétence discrétionnaire sur l'interprétation de l'article 15, limitant considérablement les conditions qui encadrent l'activation de ce régime dérogatoire aux garanties conventionnelles. Cette réserve se structure en deux temps¹¹.

Le premier temps porte sur le déclenchement de la dérogation et indique que les circonstances exceptionnelles mentionnées à l'article 15 de la CEDH doivent se comprendre comme correspondant à celles qui sont prévues par l'article 16 de la Constitution et par les lois sur l'état d'urgence et l'état de siège. C'est donc un objet large qui est prévu.

Le second temps de la réserve est relatif à la proportionnalité entre les mesures dérogatoires et le danger encouru par la Nation. Elle ne vaut pour sa part que dans les cas de mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution.

En tout état de cause, il semble que la notification de dérogation à la CEDH, que nous citons en note de bas de page, adressée le 23 novembre 2015 ait été faite conformément aux exigences de forme fixées par l'article 15 § 3¹². Les informations ont en effet été transmises au Secrétaire général dans de brefs délais. La note a été accompagnée d'un texte précisant les mesures dérogatoires ainsi que des informations sur les motifs justifiant un tel régime. Ces motifs, notamment, indiquent que « *la menace terroriste en France revêt un caractère durable, au vu des indications des services de renseignement et du contexte international* »¹³. La déclara-

11. Article de P. Tavernier précité, p 494.

12. Voir l'analyse d'A. Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, « La marge d'appréciation de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH », *La revue des droits de l'Homme*, janv. 2016, consultable à l'adresse suivante : <https://revdh.revues.org>.

13. Déclaration consignée dans une note verbale de la Représentation Permanente de la France, datée du 24 nov. 2015, enregistrée au Secrétariat général le 24 nov. 2015 – La Représentation Permanente de la France informe le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de ce qui suit : « *Le 13 novembre 2015, des attentats terroristes de grande ampleur ont eu lieu en région parisienne. La menace terroriste en France revêt un caractère durable, au vu des indications des services de renseignement et du contexte international. Le Gouvernement français a décidé, par le décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015, de faire application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Les décrets n° 2015-1475, n° 2015-1476 et n° 2015-1478 du 14 novembre 2015 et n° 2015-1493 et n° 2015-1494 du 18 novembre 2015 ont défini plusieurs mesures pouvant être prises par l'autorité administrative. La prorogation de l'état d'urgence pour trois mois, à compter du 26 novembre 2015, a été autorisée par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015. Cette loi modifie par ailleurs certaines des mesures prévues par la loi du 3 avril 1955 afin d'adapter son contenu au contexte actuel. Les textes des décrets et des lois susmentionnés sont joints à la présente lettre. De telles mesures sont apparues nécessaires pour empêcher la perpétration de nouveaux attentats terroristes. Certaines d'entre elles, prévues par les décrets du 14 novembre 2015 et du 18 novembre 2015 ainsi que par la loi du 20 novembre 2015, sont susceptibles*



tion précise également que « *de telles mesures sont apparues nécessaires pour empêcher la perpétration de nouveaux attentats terroristes* ». Si le critère de proportionnalité et de nécessité est, à bon droit, invoqué s'agissant d'une restriction à l'exercice d'une liberté fondamentale, on relèvera néanmoins que très peu d'indications sont données sur les éléments ayant été pris en compte dans le cadre de l'appréciation de cette nécessité. Ceci peut néanmoins se comprendre au regard de la difficulté d'apprécier la nature de la menace terroriste et sa portée à l'avenir.

Dès lors, il s'agit d'examiner quelle est l'étendue de la réserve française et quel est le contrôle opéré par la Cour dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 15 de la Convention.

La thèse ici défendue est que le mécanisme instauré par le droit du Conseil de l'Europe parvient à instaurer un juste équilibre entre la prise en considération de la marge nationale des autorités nationales qui sont les mieux placées pour apprécier l'état des menaces terroristes à l'origine du déclenchement de l'état d'urgence et la garantie du principe de prééminence du droit qui justifie le contrôle de proportionnalité que va exercer la Cour européenne des droits de l'Homme sur des mesures prises dans le cadre du régime juridique dérogatoire, tel que mentionné précédemment. Comment, dans ces conditions, s'instaure un tel équilibre ?

Pour répondre à cette interrogation, deux temps peuvent être distingués : celui du déclenchement du régime dérogatoire et celui des mesures adoptées dans le cadre de ce dernier.

En effet, la première partie de la réserve française sur l'article 15 § 1 de la CEDH confère une marge discrétionnaire à la France dans la qualification du danger public (I). Toutefois, le contrôle opéré par la Cour est susceptible de tempérer la marge nationale d'appréciation dans la mise en œuvre de l'article 15. En ces affaires si délicates concernant les relations entre terrorisme et Convention européenne des droits de l'homme, la Cour devrait, conformément aux principes traditionnels d'interprétation qu'elle privilégie, opter pour un degré assez élevé de protection de marge nationale d'interprétation en faveur des États membres du Conseil de l'Europe (II).

I. L'importante marge discrétionnaire de la République française dans le déclenchement de l'état d'urgence

La réserve française formulée à l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'homme précise par elle-même les circonstances permettant de déro-

d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est pourquoi je vous prie de bien vouloir considérer que la présente lettre constitue une information au titre de l'article 15 de la Convention ».



ger au droit commun de la protection européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (A). Ceci se justifie par le fait « que le standard européen est fort accommodant pour l'État partie confronté à une situation exceptionnelle »¹⁴. Une telle conception étendue n'est pas sans soulever des interrogations juridiques quant à sa portée juridique (B).

A. Les raisons : des notions définies de manière large

L'article 15 présente un objet dont se rapproche incontestablement l'article 16 de la Constitution française dans la mesure où il s'agit de permettre au pouvoir exécutif de prendre des mesures exceptionnelles dans des circonstances exceptionnelles. Pourtant, « *la portée, les conditions d'exercice et les limites des dérogations s'entendent différemment selon que l'on se fie à la lettre de l'article 15 de la CEDH ou au texte relatif au régime de l'état d'urgence* »¹⁵.

En effet, tandis que la Convention européenne présente la situation de crise comme « *une guerre* » ou un « *autre danger public menaçant la vie de la nation* », les régimes exceptionnels prévus en droit interne ont chacun leurs désignations propres de cette situation, « non nécessairement compatibles avec celles qui apparaissent dans la Convention pour activer l'article 15 »¹⁶. C'est ainsi que l'article L 2121-1 du code de la défense dispose : « *L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée.*

Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application ». Les champs d'application des deux articles ne sont ici guère éloignés. Différente est la situation résultant de l'article 16 de la Constitution de 1958.

Les pouvoirs exceptionnels prévus à l'article 16 de la Constitution¹⁷, par exemple, sont en effet conditionnés à « *l'existence d'une menace à l'encontre de l'indépendance de la Nation, de l'intégrité du territoire ou de l'exécution de ses engagements internationaux* ». Pour sa part, l'article 1er de la loi sur l'état d'urgence renvoie à des « *cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* »,

14. Sur ce point, voir l'étude précitée de P. Wachsmann, p 2427.

15. Voir l'analyse précitée d'A. Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, « La marge d'appréciation de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH », *La revue des droits de l'Homme*, janv. 2016, consultable à l'adresse suivante : <https://revdh.revues.org>

16. Voir l'analyse d'A. Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, étude précitée.

17. « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel* » (al. 1^{er}).



ou à des « *cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ».

La situation de crise, justifiant des dérogations au droit commun, est ainsi plus aisément reconnue en droit national que selon les conditions prévues par la Convention. Cela se justifie, par ailleurs, par le fait que les autorités nationales sont mieux à même d'apprécier la nature des menaces reposant sur les institutions.

En outre, la réserve indique que les circonstances de déclenchement de l'article 16 de la Constitution, de l'état d'urgence et de l'état de siège « *doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la CEDH* »¹⁸. Une telle précision revient à conférer un champ particulièrement étendu à la réserve. Ne peut-on pas considérer, dans ces conditions, que le recours si largement entendu à l'article 15 de la Convention méconnaît le caractère spécifique de la Convention européenne des droits de l'homme qui est d'être l'instrument d'un « ordre public européen » en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? L'argument n'est évidemment pas dénué de portée, mais doit être articulé avec le mécanisme des réserves, qui constituent l'expression même de l'engagement souverain de l'État malgré la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de contrôler certaines réserves (voir *infra*). De telles réserves sont la condition même du consentement à la ratification de la part de l'État... La politique de la part du feu aurait écrit le doyen Maurice Hauriou, l'expression de « l'identité constitutionnelle de la France » aurait jugé, pour sa part, le Conseil constitutionnel...

B. La portée de cette conception étendue

La réserve posée par la France élargit considérablement la possibilité, censée être exceptionnelle et encadrée, de ne plus respecter certains droits protégés au niveau international. Cette interprétation française dont les conséquences sont importantes est contestée par Anaïs Lambert et Laetitia Braconnier Moreno dans une étude parue en janvier 2016 à la revue numérique, *La Revue des droits de l'homme*¹⁹.

Tout d'abord, elle « *revêt une portée symbolique puisqu'elle tend à suggérer qu'une simple réserve à un traité international peut permettre à un gouvernement, dans un contexte de crise, de passer outre un cadre imposé aux États membres du Conseil de l'Europe afin de réaffirmer sa souveraineté* ». Or, ce cadre a justement été adopté pour prévenir les atteintes aux libertés fondamentales et octroyer aux organes de

18. Cité par A. Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, janv. 2016, étude précitée.

19. A. Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, « La marge d'appréciation de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH », *La revue des droits de l'Homme*, janv. 2016, consultable à l'adresse suivante : <https://revdh.revues.org>



Strasbourg un certain contrôle sur les États, et *a fortiori*, « dans des circonstances de crise où l'exécutif tend à imposer une conception extensive de ses pouvoirs ».

En tout état de cause, la Cour européenne a progressivement admis et affirmé sa compétence pour contrôler les réserves émises par les États. Dans les arrêts *Belilos contre Suisse* de 1988²⁰ et *Loizidou contre Turquie* de 1995²¹, la Cour a pu écarter des réserves considérées comme non valides pour appliquer le traité. Ainsi, pour déclarer la validité d'une réserve, la Cour examine vérifie :

« qu'elle ait été émise au moment de la ratification du traité ou du protocole, qu'elle ne revête pas un caractère général, qu'elle porte sur une loi déterminée en vigueur au moment de la ratification, ou encore qu'elle comporte un bref exposé de la loi visée ».

Il est incontestable que cette réserve émise sur les régimes d'exception en France revêt une portée fort étendue. Sans doute convient il de rappeler néanmoins que l'édiction d'une telle réserve constituait une « condition essentielle » à la validité de l'engagement de la France. C'est parce que l'article 15 présente le caractère d'une « véritable clause de nécessité » que la France a souscrit une telle réserve.

L'importance d'une telle réserve s'inscrit néanmoins dans un cadre défini par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'on souhaiterait à présent évoquer. Si l'intervention lors du colloque nous a conduit à privilégier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il n'en reste pas moins qu'il revient également aux juridictions nationales des États membres du Conseil de l'Europe d'exercer ce contrôle de conventionalité des mesures nationales dérogatoires comme on l'a souligné précédemment. Cette dimension ne doit naturellement pas être oubliée et une attention doit être portée à la jurisprudence du Conseil d'État notamment²².

II. L'encadrement souple par le droit européen des mesures dérogatoires adoptées dans le cadre de l'état d'urgence

Le principe est clair : un État ne peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention que dans la stricte mesure où la situation l'oblige. Cette dernière est contrôlée par le juge européen qui ne se contente pas d'un examen formel. En effet, la Cour vérifie que la décision de déroger à certains droits entre bien dans le cadre prévu par la Convention et que les mesures prises sont exigées par les circonstances. Si le contrôle relatif au déclenchement de

20. CEDH, Affaire *Belilos c/ Suisse*, 29 avr.1988, Informations, n° 10328/83, A132.

21. CEDH, Affaire *Loizidou c/ Turquie*, 23 mars 1995.

22. P. Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* n° 43/2016, du 19 décembre 2016, 2425 et ss.





l'article 15 se révèle insuffisant en ce qui concerne la mise en œuvre du régime de dérogation (A), la Cour aménage un tempérament à la marge nationale d'appréciation de l'État au nom du principe de prééminence du droit (B). Ce contrôle *a minima* se justifie donc par les impératifs de la « prééminence du droit » qui implique que l'État de droit ne cesse pas totalement le pas sur l'état d'urgence (Mireille Delmas-Marty).

A. Un contrôle insuffisant de la Cour européenne sur la mise en œuvre du régime de dérogation

Dans sa contribution « *État d'exception* », au dictionnaire encyclopédique de l'État, Marie Laure Basilien-Gainche relève²³ : « à ce contrôle interne s'ajoute un contrôle au demeurant très minimal que demandent les instruments internationaux de protection des droits : les États parties qui recourent à des mesures exceptionnelles ont immédiatement à informer les autres États parties sur la suspension des droits instaurés (étendue, raison, durée) ».

« *Insuffisamment incisif sur l'existence et la persistance de l'état d'urgence* »²⁴, le contrôle européen est, cependant, bien plus consistant envers les mesures concrètement mises en œuvre dans ce cadre. Et ce, à deux titres rappelle l'auteur :

– « *d'une part, la Cour veille à ce qu'aucune dérogation ne puisse être apportée aux droits listés par l'article 15, § 2 (droit à la vie ; interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants ; interdiction de l'esclavage ; principe de légalité des peines), auxquels s'ajoutent l'interdiction de la peine de mort et le principe non bis in idem* » ;

– « *d'autre part, pour les droits sujets à dérogations – tels le droit à la liberté et à la sûreté, le droit au respect de la vie privée ou encore la liberté d'expression, de circulation et de manifestation –, l'article 15 ne saurait conférer aux États "un pouvoir illimité". En effet, ce texte ne tolère de dérogations que "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"* ».

Plus précisément, en 1961, dans l'affaire *Lawless contre Irlande*²⁵, la Cour admet que l'État peut déclencher l'article 15 s'il fait face à « *une situation de*

23. Marie-Laure Basilien-Gainche, « État d'exception », *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2015, sous la direction de Pascal Mbongo, François Hervouët et de Carlo Santulli, p 360.

24. Voir la chronique de Nicolas Hervieu, <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/etat-d-urgence-et-cedh-de-resilience-des-droits-de-l-homme>, *Dalloz actualité*.

25. CEDH, *Lawless c/ Irlande* (n° 3), arrêt du 1er juil. 1961, § 22 : « (...) le Gouvernement de toute Haute Partie Contractante a le droit, en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation, de prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention [européenne des droits de l'homme] à l'exception de celles visées à l'article 15, paragraphe 2, et cela sous la condition que ces mesures soient strictement limitées aux exigences





crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État » (§ 28 de l'arrêt). Dans le cas d'espèce, l'existence d'un « *danger public menaçant la vie de la nation* » avait ainsi pu être raisonnablement déduite par le gouvernement de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs : « le fait qu'il existait, sur le territoire de la République d'Irlande, une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de la violence pour atteindre ses objectifs, le fait que cette armée opérait également en dehors du territoire de l'État, l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis l'automne 1956 et pendant l'année 1957... » La Cour fait ici application d'une théorie bien connue en droit administratif français, celle du faisceau d'indices.

Mais, ce qui a évidemment « suscité davantage d'interrogations dans la jurisprudence postérieure est bien la qualification de “*danger exceptionnel et imminent*”. En effet, si dans certains cas le danger remplit objectivement les critères posés, dans d'autres hypothèses, l'évaluation est plus difficile ou en tout cas plus contestable, notamment lorsque des événements qualifiés de terroristes ont eu lieu dans un pays étranger »²⁶.

Prenons un exemple tiré de l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne. À la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, le Royaume-Uni avait pris le parti de déclarer l'état d'urgence, de promulguer une loi antiterroriste et de déclencher la dérogation prévue par l'article 15 de la CEDH²⁷. Ce choix fut d'autant plus contesté « qu'il s'agissait d'y déroger afin de prévoir un régime

de la situation et qu'en outre elles ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international (...) ».

26. Cité par A. Lambert et Laetitia Braconnier Moreno, étude précitée.

27. Les faits et la procédure figurent sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme. À la suite des attentats perpétrés le 11 sept. 2001 contre les États-Unis, le gouvernement britannique estima que certains ressortissants étrangers présents sur le sol britannique qui formaient un réseau de soutien aux activités de terroristes islamistes extrémistes, liés à Al-Qaïda, représentaient une menace pour le Royaume-Uni. Leur expulsion étant exclue en raison des mauvais traitements qu'ils risquaient de subir dans leur pays d'origine, le gouvernement jugea nécessaire « *d'instituer un pouvoir de détention étendu applicable aux étrangers dont le ministre de l'Intérieur avait des raisons de penser que la présence au Royaume-Uni constituait un risque pour la sécurité nationale et qu'il avait des raisons de soupçonner d'être des terroristes internationaux* ». Considérant que ce régime de détention pouvait se révéler incompatible avec l'article 5 § 1 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention, le gouvernement émit un avis de dérogation fondé sur l'article 15 de la Convention. Les 11 requérants qui se plaignaient d'avoir été détenus dans le cadre d'un régime de haute sécurité en vertu de ce dispositif légal, soutenaient, pour leur part, qu'il n'existait pas de danger public menaçant la vie de la nation britannique à l'époque envisagée. Ils soutenaient, à l'appui de cette thèse, premièrement, que la menace en question n'était ni actuelle ni imminente, deuxièmement, qu'elle ne revêtait pas un caractère temporaire et, troisièmement, que la pratique des autres États membres – dont aucun n'avait dérogé à la Convention – ainsi que les avis éclairés d'institutions tant nationales qu'internationales donnaient à penser que la réalité d'un tel danger n'était pas établie.



de détention potentiellement incompatible avec le droit à la liberté et à la sûreté exclusivement à l'encontre des étrangers ». La Commission spéciale des recours en matière d'immigration a contesté la mesure faisant valoir que ce n'était pas l'imminence d'une menace qui entrait en ligne de compte mais bien la réalité ou l'imminence d'une urgence. **Tel n'était pas le cas en l'espèce concernant le Royaume-Uni.**

Dans cette affaire, la Cour a, pourtant, accordé une marge de manœuvre extrêmement large à l'État²⁸. Elle a en effet déclaré que « *l'on ne pouvait obliger un État à attendre qu'un désastre ne survienne avant de prendre des mesures contre sa réalisation* », concluant que le danger public était avéré. La Cour a en effet relevé que le ministre de l'Intérieur avait soumis aux juridictions britanniques des éléments tendant à démontrer l'existence d'une menace réelle d'attentats terroristes dirigés contre le Royaume-Uni. La Cour juge que l'on ne doit pas obliger les États à attendre qu'un désastre survienne pour prendre des mesures propres à le conjurer ! C'est évidemment au cœur de la réflexion juridique sur les dispositifs relatifs à l'état d'urgence et l'on souhaiterait que le caractère « *imminent* » de la menace soit davantage pris en considération dans l'appréciation portée juridique émise sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence. L'appréhension de cette donnée fondamentale invite à une réévaluation constante du rapport liberté et sécurité. En effet, deux questions fondamentales se posent : celle de l'évaluation de la menace et des organes publics compétents pour l'identifier et la prévenir et celle de l'admission d'un rapport dynamique entre la liberté et la sécurité. Ce dernier évolue au gré de l'identification de menaces. Dans ce contexte, l'on ne peut que suivre la Cour lorsqu'elle admet qu'en raison d'une attaque potentielle, l'État puisse déroger à la Convention européenne sur le fondement de son article 15. À ce sujet, nous souscrivons volontiers aux analyses de notre collègue et ami Adrian Vermeule et de Richard Posner sur la thèse du *tradeoff*, énoncée dans son ouvrage *Terror in the balance*, le principe d'équilibre qui se décline dans un rapport d'équilibre constant dans le temps²⁹.

À ce stade, la jurisprudence reste relativement peu abondante et il revient d'en apprécier la portée avec une certaine prudence. Cette situation est naturellement susceptible d'évoluer si les mesures nationales de dérogation, prises dans le cadre de l'état d'urgence, étaient attaquées devant la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre des conditions de recevabilité définies par l'article 35 de la CEDH³⁰. Il reste qu'à la suite du déclenchement de l'article 15, le contrôle juridictionnel subsiste en contrôlant la proportionnalité des mesures prises par les États.

28. CEDH, *A et autres c/ Royaume-Uni*, n° 3455/05, 19 févr. 2009.

29. A. Vermeule et R. Posner, *Terror in the balance : Security, Liberty and the Courts*, Oup USA, 2007.

30. Article 35 – Conditions de recevabilité.

« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.



B. L'aménagement d'un tempérament à la marge nationale d'appréciation des États traduisant une prise en compte de la « prééminence du droit »

L'article 15 § 1 de la Convention exige que les mesures adoptées le soient « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». C'est donc une exigence de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité qui est ici visée. Si celle-ci ne conduit pas à faire disparaître la marge nationale d'appréciation de l'État, il n'en reste pas moins que ce dernier est soumis à un contrôle bien plus étroit qu'à un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Une impérieuse nécessité doit en conséquence présider à leur mise en œuvre.

Afin de préciser la portée d'un tel contrôle, reportons-nous à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Outre l'affaire *Lawless contre Irlande* déjà citée, il importe de revenir plus avant sur les affaires *Irlande contre Royaume-Uni* et *Brannigan contre Royaume-Uni*.

Ces différentes affaires permettent ainsi de prendre la mesure du contrôle opéré par le juge³¹.

Dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 28 juillet 1978, la Cour a rappelé que l'article 15 de la CEDH laisse aux États une certaine marge d'appréciation, en affirmant « qu'elle ne saurait se substituer aux gouvernements dans le choix des moyens les plus adéquats pour faire face à une crise ». Elle considère, dans un point fondamental, en effet « *qu'en contact direct avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature de dérogations nécessaires pour le conjurer* ». Néanmoins, les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité et la Cour vérifie s'ils n'ont pas excédé la « *stricte mesure* » des exigences de la crise. Elle constate une violation de l'article 3 de la convention auquel il ne peut pas être dérogé et, en revanche, il n'existe pas de violation de l'article 5 de la Convention européenne.

Dans l'affaire *Brannigan et McBride contre Royaume-Uni* du 26 mai 1993, le requérant, terroriste présumé, plaidait la méconnaissance par le gouvernement britannique de son droit à la liberté et à la sûreté, ainsi que celui d'être jugé

La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque elle est anonyme ; ou elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux. La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ».

31. Les arrêts ici cités ont été étudiés à partir du site de la Cour européenne des droits de l'Homme : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_fra.pdf



dans un délai raisonnable. La Cour a alors « opéré un véritable contrôle de proportionnalité en examinant plusieurs éléments, tels que la nature de la menace terroriste, l'ampleur de la dérogation, les motifs invoqués, ainsi que l'existence de garanties fondamentales contre les abus, pour finalement considérer que le gouvernement britannique n'avait pas excédé sa marge d'appréciation en considérant que *“la dérogation répondait aux strictes exigences de la situation”*³² ».

En revanche, dans l'affaire *A. et les autres c/ Royaume Uni* du 19 février 2009, où était en cause une détention à durée indéterminée dans un contexte d'attentats imminents, la Cour a considéré que les mesures étaient disproportionnées, puisqu'elles opéraient une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques susceptible de constituer une violation de l'article 5 § 1 de la Convention³³.

Dans une affaire plus récente *A. et les autres contre Royaume Uni* du 19 février 2009, où était en cause une détention à durée indéterminée dans un contexte d'attentats imminents, la Cour a considéré que les mesures étaient disproportionnées, puisqu'elles opéraient une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques susceptibles de constituer une violation de l'article 5§1 de la Convention.

Quel bilan peut-on dresser de la jurisprudence de la Cour ? Cette dernière pratique un contrôle de proportionnalité qui inclut la prise en en considération de certains éléments : « la nature et la gravité de la menace, l'absence de discrimination entre nationaux et étrangers, l'ampleur de la dérogation, l'existence de garanties contre d'éventuels abus ou encore l'identité de finalité entre le régime dérogatoire et les mesures prises ». Si la condamnation des États n'est pas systématique, ces critères laissent penser que la Cour de Strasbourg opère un contrôle rigoureux de la proportionnalité.

En conclusion de ces quelques lignes, il apparaît assez explicitement que loin, du reproche parfois formulé à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme d'un activisme judiciaire particulièrement marqué, en matière de conciliation entre terrorisme et Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg se révèle davantage prudente. C'est ainsi que dans leur

32. Voir l'arrêt *Brannigan contre Royaume-Uni* du 26 mai 1993, ainsi que l'étude précitée d'A. Lambert et L. Braconnier Moreno que nous citons ici.

33. En l'espèce, la Chambre des Lords s'était prononcée, en dernier ressort, par un arrêt du 16 déc. 2004 sur la procédure engagée par les requérants pour dénoncer l'illégalité de la dérogation notifiée en déc. 2001 au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle considéra qu'il existait un danger menaçant la vie de la nation, mais que le régime de détention était disproportionné. En conséquence, elle avait émis une déclaration d'incompatibilité en vertu de la loi sur les droits de l'homme et annula la notification de déclaration. Le chapitre 4 de la loi de 2001 fut abrogé par le Parlement en mars 2005.

analyse sous l'arrêt *Rolin et Boisvert* du Conseil d'État en date du 24 mars 2006³⁴, Claire Landais et Frédéric Lenica pouvait relever : « *La marge de manœuvre laissée au juge national étant béante, l'Assemblée du contentieux n'a eu aucun mal à s'y engouffrer* ».

Sans doute, car nous sommes ici au cœur même de la logique de subsidiarité qui préside au mécanisme de protection des droits de l'homme au niveau européen. En cette matière, plus que dans d'autres, ce sont les autorités nationales qui sont le plus à même d'apprécier le niveau de protection que requiert la menace terroriste. Réserver une marge nationale d'appréciation aux autorités de l'État, notamment exécutive et législative, constitue une nécessité inhérente à la protection de l'État de droit et de la nation. De surcroît et, on le sait bien, en cette même matière, le juge est toujours davantage désarmé par rapport aux moyens dont dispose la puissance exécutive. Cela explique sans doute le relatif « *self restraint* » de la Cour de Strasbourg. Cela dit, ne nous méprenons pas, « *self restraint* » ne signifie en aucune manière passivité et la Cour, comme les autres organes du Conseil de l'Europe, sauront rester vigilants si les organes des États devaient défaillir de manière manifestement excessive dans les garanties consubstantielles à la protection de l'État de droit et aux exigences de prééminence de la règle de droit. On conclura à cet effet avec la réflexion que nous propose Mireille Delmas-Marty, dans son ouvrage *Raisonner la raison d'État*³⁵. Elle y distingue les « dérogations, les exceptions et les restrictions », les premières étant temporaires, comme dans le cadre de l'article 15 étudié et les deux autres permanentes. Elle oppose également les clauses faisant l'objet d'un strict contrôle de conformité (exceptions) et les clauses donnant lieu à un simple contrôle de comptabilité plus limité, comme les dérogations et restrictions. On le voit, la garantie véritable des libertés fondamentales réside bien dans le degré et l'intensité du contrôle du juge.

34. Voir la chronique de Claire Landais et Frédéric Lenica, CE, 24 mars 2006, AJDA 2006, p 1033.

35. M. Delmas Marty, *Raisonner la raison d'État*, PUF, Paris, 1989, p 19 et ss.