

**PROLONGATION ET NORMALISATION DE L'ÉTAT D'URGENCE : LA COUR EUROPÉENNE  
DEVRAIT-ELLE EN FAIRE PLUS ?**

Louise Maillat\*, Agathe Dighiero -- Brecht\*\*

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>52</b>
<b>1. UNE NORMALISATION CROISSANTE DE L'EXCEPTION HORS CONVENTION : UN JUGE EUROPÉEN TROP LAXISTE ? .....</b>	<b>54</b>
<b>2. L'ACTIVATION DU REGIME D'EXCEPTION : L'OPPORTUNITE D'UNE LARGE MARGE D'APPRÉCIATION AUX ÉTATS QUANT À L'EXISTENCE D'UN DANGER PUBLIC .....</b>	<b>57</b>
<b>3. UN EXAMEN PARTICULIÈREMENT SOUPLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES MESURES ADOPTÉES : UN ÉCHEC DE LA COUR EUROPÉENNE À EFFECTUER UN CONTRÔLE DE STRICTE NÉCESSITÉ ?.....</b>	<b>60</b>
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>68</b>

---

\* Doctorante en droit international et européen à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

\*\* Élève-avocate à l'École de Formation des Barreaux (EFB) et diplômée du Master 2 Droit international et organisations internationales de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

### **Abstract**

*Between terrorism and sanitary crisis, the French Council of State (“Conseil d’État”) estimates that over the last six years, French citizens have spent more than half of their time under a state of emergency. Given this apparent normalization of emergency regimes, it seems particularly important to examine the control exercised over their implementation, to ensure that freedom always remains the rule and restriction the exception. This article proposes a reflection on a supranational scale, by looking at the jurisprudence of the European Court of Human Rights relating to Article 15 of the European Convention on Human Rights. Reviewing the standards, the seminal judgments and the recent jurisprudence of the Court on exceptional circumstances, this article aims to examine the attitude of the European judge and to identify his role in the assessment of the derogatory measures introduced by the member States. Specifically, it is the intensity of this control that will be questioned, in order to highlight some of the gaps and insufficiencies of the European control with regard to the Court's role as guardian of rights and freedoms in a context marked by the rise of populism and illiberalism.*

### **Résumé**

*Entre terrorisme et crise sanitaire, le Conseil d’État estime que sur ces six dernières années, les Français en auront passé plus de la moitié sous l’état d’urgence. Au regard de cette apparente normalisation des régimes d’exception, il semble particulièrement important de se pencher sur le contrôle exercé sur la mise en œuvre de ceux-ci, afin que la liberté demeure toujours la règle et la restriction l’exception. Cet article propose une réflexion à une échelle supranationale, en se penchant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative à l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme. Revenant sur les normes, les arrêts fondateurs et les jurisprudences récentes de la Cour en matière de circonstances exceptionnelles, cet article vise à examiner l’attitude du juge européen et à identifier son rôle dans l’appréciation des mesures dérogatoires instaurées par les États membres. Précisément, c’est l’intensité de ce contrôle qui sera questionnée, afin de mettre en lumière certaines des lacunes et insuffisances du contrôle européen au regard du rôle de gardienne des droits et libertés de la Cour dans un contexte marqué par la montée du populisme et de l’illibéralisme.*

## INTRODUCTION

« *C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.* »<sup>1</sup>

Montesquieu

Jonglant entre les menaces terroriste et sanitaire, le Parlement français n'a eu de cesse, ces cinq dernières années, d'autoriser presque sans discontinuer « la prorogation de l'état d'urgence ». Le régime dit d'exception tend alors progressivement à s'imposer comme la norme, et la frontière qui le sépare du droit ordinaire, qui lui est pourtant antinomique, devient toujours plus incertaine. Pourtant, cette confusion entourant la restriction des droits et libertés de chacun est préoccupant en ce que « prolonger l'état d'urgence, c'est donner droit de cité à l'arbitraire<sup>2</sup> » selon Camille Blanc, présidente d'Amnesty International France.

L'état d'urgence est régi par l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (ci-après : la Convention), qui prévoit la possibilité pour les États de déroger à certaines de leurs obligations conventionnelles. Cet article se lit comme suit :

### « *Dérogation en cas d'état d'urgence* »

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

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

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

Cet état d'urgence entraîne indubitablement de la part de l'État qui y recourt la mobilisation de pouvoirs exceptionnels qui peuvent interférer avec les droits fondamentaux, voire amener les individus à être privés de ces droits. Dans le contexte actuel de la pandémie

---

<sup>1</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, p. 190.

<sup>2</sup> C. Blanc, « Prolonger l'état d'urgence, c'est donner droit de cité à l'arbitraire », *Le Monde*, 22 juillet 2016, disponible en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/07/22/prolonger-l-etat-d-urgence-c-est-donner-droit-de-cite-a-l-arbitraire\\_4973414\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/07/22/prolonger-l-etat-d-urgence-c-est-donner-droit-de-cite-a-l-arbitraire_4973414_3232.html) (consulté le 9 mars 2021).

de Covid-19, d'aucuns peuvent se montrer sceptiques quant à la gestion de la crise par leur État et reprocher à ce dernier d'interférer dans leurs droits. En particulier, en France où un requérant a introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>3</sup> (ci-après : la Cour), invoquant une carence de l'État dans la gestion de la crise, au mépris des articles 2, 3, 8 et 10 de la Convention. Le requérant n'ayant pas été considéré comme victime directe et n'ayant pas démontré en quoi cette carence avait pu affecter sa santé et sa vie privée, la Cour a toutefois déclaré irrecevable sa requête le 3 décembre 2020. Si cette requête ne concerne certes pas directement notre sujet (en ce qu'elle ne met pas en cause la question de l'état d'urgence), elle est pourtant parlante en ce qu'elle pointe la question du respect par un État de ses obligations positives en cas de situation de crise justifiant la mise en place d'un régime d'exception. Cette affaire met également en lumière l'attitude de la Cour face aux situations dans lesquelles elle aurait à se positionner sur les mesures adoptées par les États en période de crise. Une telle gêne s'est également fait ressentir à la suite du coup d'État en Turquie. En effet, la Cour avait déclaré irrecevable quatre affaires pour non-épuisement des voies de recours interne avant de se prononcer sur la conventionnalité des mesures dérogatoires adoptées par le gouvernement turc<sup>4</sup>, alors même que le climat post-coup d'État laissait à penser que de tels recours avaient peu de chance d'aboutir, et que la justice pouvait ne pas être impartiale<sup>5</sup>.

Partant de cette prudence de la part des juges de Strasbourg et en nous concentrant précisément sur l'état d'urgence et sur l'article 15 de la Convention, nous nous intéresserons à l'action étatique en situation de crise, mais aussi au contrôle de la Cour européenne sur l'application du régime d'état d'urgence mis en place par les États placés sous sa juridiction. Dès lors, il s'agira de tenter de déterminer si le contrôle de la Cour est bien rigoureux et suffisant. Ainsi, le contrôle qu'elle met en place constitue-t-il vraiment – et donc suffisamment – un rempart contre l'arbitraire et la normalisation de l'état d'exception ? Autrement dit, et pour reprendre l'expression de Mireille Delmas-Marty, la Cour « raisonne-t-elle la raison d'État<sup>6</sup> » ?

Dans cette perspective, il apparaît non seulement que la normalisation croissante de l'état d'urgence a été établie hors du cadre normatif prévu par la Convention (1). Mais qui plus est, le contrôle juridictionnel effectué par la Cour, en demandant une périlleuse balance entre

---

<sup>3</sup> CEDH, *Le Mailloux c. France*, 3 décembre 2020, n° 1810820.

<sup>4</sup> CEDH, *Mercan c. Turquie*, 8 novembre 2016, n° 56511/16 ; *Zihni c. Turquie*, 29 novembre 2016, n°, 59061/16 ; *Çatal c. Turquie*, 7 mars 2017, n° 2873/17 ; *Köksal c. Turquie*, 6 juin 2016, n° 70478/16.

<sup>5</sup> T. Mariniello, « Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, pp. 56-58.

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty, « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », 2011/5, *Revue Projet*, n. 324-325, pp. 18-19.

la protection des droits fondamentaux et le respect de la souveraineté des États, se transforme en simple consécration de l'action des exécutifs nationaux. Il en va ainsi tant pour la détermination de l'existence des circonstances permettant d'activer le mécanisme de dérogation prévu à l'article 15 (2) que pour le contrôle substantiel de la proportionnalité des mesures découlant de la mise en place du régime d'exception (3).

## 1. UNE NORMALISATION CROISSANTE DE L'EXCEPTION HORS CONVENTION : UN JUGE EUROPÉEN TROP LAXISTE ?

À titre préliminaire, citons précisément la disposition qui intéresse cette première partie du propos. En ce sens, l'article 15§3 de la Convention prévoit que « toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ». Pour contrôler le respect de ces conditions procédurales, la Cour dispose d'une compétence d'office<sup>7</sup> et il est admis que tout défaut de notification ou retrait de notification empêche l'État de se prévaloir de la dérogation (prévue par l'article) devant la Cour<sup>8</sup>. La décision de recourir à l'article 15 ne peut se faire implicitement<sup>9</sup> et en ce sens, en l'absence de toute notification officielle, un État ne pourra se prévaloir de l'application de l'article 15 aux mesures adoptées par un État défendeur<sup>10</sup>. Concernant la notification, celle-ci doit contenir suffisamment d'informations quant aux dérogations adoptées mais il n'est pas nécessaire que soient précisément visés les droits faisant l'objet d'une dérogation<sup>11</sup>. En cela, le contrôle opéré par la Cour est ici relativement souple. Dans une affaire portée devant elle en 2018, la Cour observant qu'aucune des parties à l'instance n'ayant remis en cause le respect des conditions formelles concernant la notification de dérogation de la Turquie, se dit alors prête à accepter que cette condition ait été respectée<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> V. CEDH, *Lawless c. Irlande*, 1 juillet 1961, n° 332/57, §22 ; CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, §223.

<sup>8</sup> CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, n° 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85, §48.

<sup>9</sup> CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, 16 septembre 2004, n° 29750/09, §98.

<sup>10</sup> Commission EDH, *Chypre c. Turquie*, Rapport de la Commission, 1983, §§66-68.

<sup>11</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, 2000, n° 21987/93, §§86-89.

<sup>12</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, 20 mars 2018, n° 16538/17, §73. En ce sens, V. également : CEDH, *Alparslan Altan c. Turquie*, 16 avril 2019, n° 12778/17, §§73-74 ; *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, 20 mars 2018, n° 13237/17, §89.

Cela ne vaut toutefois, que dans la mesure où les États ont fait le choix de recourir à l'activation de l'article 15 — qui n'est pas une obligation mais bien une simple possibilité permettant aux États de mettre en œuvre des mesures de dérogation à certains droits dans certains cas. La Cour ne contrôle alors pas l'absence de recours à l'article 15 dès lors qu'il est estimé qu'il « incombe à chaque État d'évaluer si les mesures qu'il adopte nécessitent une telle dérogation, en fonction de la nature et de la portée des restrictions appliquées aux droits et libertés protégées par la Convention<sup>13</sup> ». L'opportunité de déclencher cet article n'est ainsi pas contrôlé par la Cour, alors même qu'en égard aux dangers que cette pratique représente, un réel débat sur cette possibilité se pose (en France par exemple<sup>14</sup>). En effet, « la mise en œuvre de législations d'urgence en l'absence de dérogation a également entraîné une érosion significative de la protection des droits de l'homme<sup>15</sup> ». Pourtant, même si la dérogation de l'article 15 ne s'applique pas, la Cour ne se prive pas de tenir compte du contexte particulier de l'affaire qui lui est soumise, dans l'optique de déterminer s'il y a ou non eu violation des dispositions de la Convention. C'est par exemple ce qu'a fait la Cour dans un arrêt de 1988<sup>16</sup>, arrêt par la suite commenté en les termes suivants : « la Cour a jugé cette affaire de manière trop similaire à une situation d'urgence, en cherchant à justifier des actions gouvernementales qui, dans les faits, dérogeaient aux droits protégés<sup>17</sup> ». C'est ainsi qu'en prenant le parti d'élargir les dérogations possibles aux droits prévus par la Convention en dehors d'un état d'exception, la Cour participe à la normalisation des mesures d'exception. Les États n'ont alors plus à notifier une dérogation pour que les mesures d'exception qu'ils adoptent soient compatibles avec la Convention, ce qui a pour effet de vider par la même cette dernière de sa substance.

Concernant ce dernier point, prenons à titre d'illustration un point brûlant d'actualité : l'épidémie de Covid-19. À ce jour, seulement 10 États<sup>18</sup> ont activé l'article 15 lorsque des

---

<sup>13</sup> Conseil de l'Europe, *Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres*, SG/Inf(2020)11, 7 avril 2020, p. 2 ; V. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207.

<sup>14</sup> V. F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le club des juristes*, 20 avril 2020 ; O. Baillet, « Coronavirus et état d'urgence sanitaire : la Convention européenne continue de s'appliquer », *Dalloz Actualités*, 17 avril 2020 ; G. Gonzalez, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du COVID19 ou l'ombre d'un doute », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n. 43, 2020 ; Costa J.-P., « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le club des juristes*, 27 avril 2020.

<sup>15</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *Human Rights Law Review*, 2020, vol. 20, p. 770 [notre traduction].

<sup>16</sup> CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §48.

<sup>17</sup> M. M. El Zeidy, « The ECHR and States of Emergency: Article 15 - A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *San Diego International Law Journal*, 2003, vol. 4, p. 312 [notre traduction].

<sup>18</sup> Il s'agit de l'Albanie, Arménie, Estonie, Géorgie, Lettonie, Macédoine du Nord, Moldova, Roumanie, Saint-Marin et Serbie.

membres fondateurs comme la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie ou même les Pays-Bas ne l'ont pas activé alors qu'ils ont adopté des mesures et législations comparables aux fins de lutter contre l'épidémie. Encore plus, « lorsque l'on compare les États ayant adopté des mesures dérogatoires et ceux ne l'ayant pas fait dans le cadre de la Covid-19, certains de ces premiers ont imposé des mesures moins restrictives à la liberté d'aller et venir que les derniers<sup>19</sup> ». Alors, légitimement nous pouvons nous poser la question du contrôle des mesures similaires adoptées *de facto* par des États n'ayant pas activé l'article 15. En France, il s'agit du contrôle de l'état d'urgence sanitaire, créé par une loi du 23 mars 2020<sup>20</sup>, pour lequel l'article 15 n'a pas été activé. Ce régime d'exception est alors sans précédent pour la France. En effet, il se veut applicable « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », et introduit un nouveau chapitre dans le Code de la santé publique. Si la France n'a pas activé l'article 15, alors comment peut-on vérifier que ces dispositions, par nature dérogatoires, sont compatibles avec la Convention ? Pour certains, dont Frédéric Sudre, « la France déroge *de facto* à la Convention EDH<sup>21</sup> ». Toujours selon lui, « en s'abstenant d'informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe qu'elle exerce son droit de dérogation de l'article 15, la France méconnaît ses obligations conventionnelles<sup>22</sup> ». Ainsi, par exemple, l'article 16 de l'Ordonnance n°2020-303 en date du 25 mars 2020 qui vient prolonger de plein droit, sans juge, la détention provisoire de 2, 3 ou 6 mois ne serait pas, hors dérogation, compatible avec l'article 5 de la Convention. On convient alors aisément que l'absence de contrôle du juge européen sur ces régimes dérogatoires pris *hors dérogation conventionnelle* pose un grave problème. Alors face à ces pratiques para-conventionnelles, que peut-on envisager ?

Premièrement, il est central de mettre fin à cette « normalisation » de l'exception et de réaffirmer nettement la frontière entre ce qui relève de la normalité et ce qui relève de la dérogation conventionnellement prévue. En ce sens, « les dérogations adoptées en cas d'état d'urgence devraient se différencier clairement et nettement des restrictions autorisées de façon ordinaire par les dispositions conventionnelles<sup>23</sup> ». Pour que cela soit effectif, il est nécessaire que les États activent systématiquement l'article 15 de la Convention lors de périodes

---

<sup>19</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*, p. 779 [notre traduction].

<sup>20</sup> Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>21</sup> F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> V. Conseil des droits de l'homme, *Observation générale n° 29. États d'urgence (art. 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, §4.

exceptionnelles. En effet, ce cadre, en posant précisément le régime d'exception, se pose comme un garant de cette frontière et une limite des abus qu'on ne peut bien contrôler sans l'activation de l'article 15. Il faudrait que sur ce point, les juges européens n'hésitent pas à rappeler aux États leurs obligations : il en va de l'intérêt de la sécurité juridique qu'ils se conforment rigoureusement à leurs obligations conventionnelles. Faisant preuve d'un certain laxisme, le juge européen se fait témoin de dérives (l'exemple français que nous venons de citer) sans toutefois prendre de mesures concrètes pour y remédier. Enfin, peut-être faudrait-il songer à une réforme de l'article 15<sup>24</sup>, pour rendre cet article plus « attractif » et permettre au plus grand nombre d'États réfractaires d'y recourir de manière effective.

En tout état de cause et concernant ce premier point, il nous semble que la Cour européenne n'est pas assez rigoureuse dans son contrôle et qu'elle pourrait aisément le renforcer. Quittant désormais les cas où l'article 15 n'est pas activé, nous glissons désormais vers la seconde partie du dispositif : le contrôle de l'existence du danger public, que la Cour contrôle aussi assez mal.

## **2. L'ACTIVATION DU RÉGIME D'EXCEPTION : L'OPPORTUNITÉ D'UNE LARGE MARGE D'APPRÉCIATION AUX ÉTATS QUANT À L'EXISTENCE D'UN DANGER PUBLIC**

L'article 15§1 de la Convention dispose que peuvent être prises des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention « en cas de guerre ou en cas tout autre danger public menaçant la vie de la nation ». Si la notion de guerre ne pose pas de difficulté, la Cour a été, à l'occasion de l'arrêt *Lawless c. Irlande*, invitée à expliciter cette seconde notion qu'elle définit comme « une situation de 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<sup>25</sup> ». Dans ce contexte spécifique, est alors justifié un régime d'exception qui, venant en réponse à cette menace, permettrait à l'État de déroger à certaines de ses obligations conventionnelles. La Commission de Venise, quant à elle, résume comme suit le critère du danger public menaçant la vie de la nation :

- « 1) le danger doit être réel ou imminent ;
- 2) ses effets doivent toucher l'ensemble de la nation ;
- 3) la vie organisée de la communauté doit être menacée ;

---

<sup>24</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*

<sup>25</sup> CEDH, *Lawless c. Irlande*, *op. cit.*, §28.

4) la crise ou le danger doivent être exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales qu'autorise la Convention aux fins de la protection de la sûreté, de la santé et de l'ordre publics doivent être tout à fait insuffisantes<sup>26</sup> ».

Dans l'appréciation de l'existence de ce danger public, les États bénéficient d'une « large marge d'appréciation »<sup>27</sup>. La Cour suit en effet une tendance générale où elle estime qu'il « incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de 'la vie de (sa) nation', de déterminer si un 'danger public' la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer<sup>28</sup> ». Cette marge d'appréciation résulte notamment du fait que les considérations relatives à l'état d'urgence relèvent par nature du cœur de la souveraineté nationale<sup>29</sup>. Il convient de préciser que ce critère de la marge d'appréciation s'est, depuis la jurisprudence *Lawless c. Irlande*, progressivement étendu jusqu'à venir rogner sur la capacité de la Cour de contrôler les mesures d'exception adoptées par un gouvernement<sup>30</sup>. En ce sens, bien que « les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine<sup>31</sup> », la marge nationale d'appréciation s'accompagnant d'un contrôle européen, les États n'ont qu'à « prouver que le danger public a entravé le fonctionnement normal de la collectivité et la marche de la justice<sup>32</sup> ». Face à ces manœuvres, la Cour se range facilement du côté des arguments des autorités nationales. Par exemple, dans les divers arrêts relatifs à la Turquie (et au coup d'État), la Cour se rapporte toujours à la motivation de la Cour constitutionnelle turque. La Cour européenne estime par exemple qu'« à la lumière des considérations de la Cour constitutionnelle, ainsi que de l'ensemble des éléments dont elle dispose », mais elle « estime également que la tentative de coup d'État militaire a révélé l'existence d'un 'danger public

---

<sup>26</sup> Commission de Venise, *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Avis n° 359 / 2005, CDL-AD(2006)015, 4 avril 2006, §10 ; v. Conseil de l'Europe, *The Greek Case: Report of the Sub-Commission*, vol. I, part. I., 1969, p. 70, §113.

<sup>27</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207 ; V. aussi : CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, n° 3455/05, §73 ; CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §68.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> J. Müller, « European human rights protection in times of terrorism – the state of emergency and the emergency clause of the European Convention on Human Rights (ECHR) », *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 2018, vol. 28, n. 4, p. 585.

<sup>30</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Right », *Human Rights Quarterly*, 2001, vol. 23, p. 632.

<sup>31</sup> V. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207 ; CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, §75 ; CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §43.

<sup>32</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §119.

menaçant la vie de la nation 'au sens de la Convention<sup>33</sup> ». Encore plus notable, elle reconnaît que « chaque gouvernement, garant de la sécurité de la population dont il a la charge, demeure libre d'apprécier par lui-même les faits à la lumière des informations qu'il détient<sup>34</sup> » et qu'en ce sens, « il convient d'accorder un grand poids à celle des juridictions internes, qui sont mieux placées pour évaluer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un danger<sup>35</sup> ».

Cette large marge d'appréciation laissée aux États est d'ailleurs critiquée au sein même de la Cour. Dans une opinion du juge Martens en 1993, celui-ci observe que les « conditions d'aujourd'hui » visées par la Cour n'étaient plus les mêmes qu'en 1993 (*raisonnement qui tend toujours à s'appliquer, les conditions de 2021 n'étant plus nécessairement celles de 1993*) et que l'opinion de la Cour de 1978 « quant à la marge d'appréciation dans le domaine de l'article 15 reflétait sans doute l'idée que l'on pouvait voir, dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe à l'époque, des sociétés depuis longtemps démocratiques (...) et, en tant que telles, pleinement conscientes du droit de l'individu à la liberté et des dangers inhérents à l'octroi d'un trop large pouvoir de détention à l'exécutif<sup>36</sup> ». Allant plus loin encore, l'intéressé estime que concernant la question de savoir s'il existe un motif objectif de déroger, « rien ne justifie pourtant de leur ménager (les États) une ample marge d'appréciation car il incombe à la Cour protectrice 'en dernier ressort' des droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, d'examiner de près toute dérogation d'un État contractant à ses obligations<sup>37</sup> ». D'autres auteurs soulèvent également les problèmes qu'engendre la large marge d'appréciation laissée aux États. En effet, ce sont dans les cas d'application de l'article 15, que la Cour accorde la marge d'appréciation la plus large, mais c'est précisément dans ce contexte que les droits de l'Homme ont le plus de risques d'être violés par les États<sup>38</sup>. Le contrôle devrait donc être plus élevé, et non pas l'inverse comme c'est le cas. En effet, plus l'état d'urgence s'allonge et se prolonge et plus le contrôle devrait être strict. La Cour devrait donc adopter une approche critique et quitter l'approche de déférence qu'elle a à l'égard des États<sup>39</sup>.

La qualification de « danger menaçant la vie de la nation » n'a été refusée que deux fois : la première, concernant la Grèce, a été rejetée par la Commission lorsque la junte militaire

---

<sup>33</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §93.

<sup>34</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §180.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, Opinion concordante de M. le juge Martens, §3.

<sup>37</sup> *Ibid.* §4.

<sup>38</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 636.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 643.

avait voulu bénéficier de la dérogation prévue à l'article 15. En l'espèce, il n'était pas prouvé qu'une menace à la vie de la nation existait<sup>40</sup>, en raison notamment des pratiques antidémocratiques de la junte des colonels<sup>41</sup>. Il n'en demeure pas moins que le seuil de contrôle est extrêmement bas<sup>42</sup>. Récemment, la Cour a estimé dans un arrêt *Dareskizb Ltd c. Arménie* que cette dernière n'avait pas prouvé que les manifestations post-électorales ayant eu lieu en 2008 constituaient un « danger public menaçant la vie de la nation »<sup>43</sup>, remettant alors en cause le jugement du gouvernement arménien, mais également du Parlement. Dans cette affaire, la Cour s'est notamment appuyée sur le caractère pacifique des manifestations, mais a également fait valoir, pour remettre en question l'appréciation du gouvernement et du Parlement arméniens, que les mesures ayant été adoptées n'avaient jamais fait l'objet d'un contrôle par le juge national<sup>44</sup>. La Cour semble ainsi avoir accordé un poids considérable au contrôle juridictionnel interne en tant que garantie contre l'arbitraire, et l'on se demande si cette décision aurait été semblable dans le cas où le juge national aurait validé l'adoption de mesures exceptionnelles.

En tout état de cause, le contrôle de la Cour, depuis *Lawless c. Irlande*, se concentre principalement sur le deuxième critère : la proportionnalité de la réponse à la menace encourue<sup>45</sup>, qu'elle semble par ailleurs échouer à faire rigoureusement respecter.

### **3. UN EXAMEN PARTICULIÈREMENT SOUPLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES MESURES ADOPTÉES : UN ÉCHEC DE LA COUR EUROPÉENNE À EFFECTUER UN CONTRÔLE DE STRICTE NÉCESSITÉ ?**

L'état d'urgence entraîne de la part de l'État qui y requiert, afin de faire face à une menace mettant en péril la survie de la nation, la mobilisation croissante de mesures et de pouvoirs d'exception, dont la portée a davantage de risque d'interférer avec la protection effective de certains droits fondamentaux<sup>46</sup>. Par conséquent, dans ce contexte, il existe un danger d'abus de la part des autorités étatiques. Ainsi, outre la vérification de l'existence du

---

<sup>40</sup> Conseil de l'Europe, *The Greek Case: Report of the Sub-Commission*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>41</sup> R. St. J. Macdonald, « Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1996, vol. 36, p. 386.

<sup>42</sup> A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *German Law Journal*, 2011, vol. 12, n.10, pp. 1766, 1778.

<sup>43</sup> CEDH, *Dareskizb Ltd c. Arménie*, n° 61737/08, 21 septembre 2021, §62.

<sup>44</sup> *Ibid.*, §61.

<sup>45</sup> A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 1778.

<sup>46</sup> M. M. El Zeidy, « The ECHR and States of Emergency: Article 15 - A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *op. cit.*, p. 280.

danger, il est nécessaire qu'existe un lien étroit entre les mesures concrètes adoptées par un État et la menace à laquelle elles entendent répondre.

L'article 15§1 de la Convention dispose explicitement que les mesures adoptées par les Parties doivent l'être « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». À ce titre, dans l'affaire *Sahin Alpay*, la Cour a affirmé que les mesures adoptées par un État pour lutter contre un danger public menaçant la vie de la nation doivent être « strictement proportionnées aux exigences de la situation<sup>47</sup> ». Cela suggère donc que la Cour, dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle, applique un critère de stricte nécessité lorsqu'elle est amenée à se pencher sur des dérogations adoptées au titre de l'article 15. Pourtant, malgré ces termes, la Cour octroie aux États membres une grande discrétion quant à la proportionnalité des mesures d'exceptions en elles-mêmes<sup>48</sup>. On voit ainsi que non seulement il est accordé aux États une « large marge d'appréciation » concernant l'existence du danger, mais il en va de même sur la proportionnalité des mesures adoptées pour y faire face.

Certes, les 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 et principe de légalité des peines), ainsi que l'abolition de la peine de mort et le principe *non bis in idem*, ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation. Mais outre cela, comme les autorités nationales seraient les « mieux placées » pour décider de « la nature et l'étendue des dérogations nécessaires », il serait donc nécessaire de leur conférer une « ample marge d'appréciation<sup>49</sup> ». Il est alors difficile de concilier la large marge d'appréciation avec l'exigence du contrôle de la stricte nécessité, tant ils sont contradictoires, sans sacrifier l'un pour l'autre. Le choix de la Cour est fait. Pour se justifier, la Cour estime que par cette large marge de manœuvre accordée aux États, elle ne substitue pas « son opinion à celle du Gouvernement, directement responsable de l'établissement d'un équilibre entre l'adoption de mesures efficaces de lutte contre le terrorisme d'une part, et le respect des droits individuels de l'autre<sup>50</sup> ». Elle place alors l'exécutif national comme l'instance la plus à même de s'auto-limiter et de protéger les droits fondamentaux.

Certes, la Cour exerce un contrôle européen face à cette large marge d'appréciation<sup>51</sup>. Dans le cadre de cette vérification, elle va tenir compte « des facteurs pertinents tels que la

---

<sup>47</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, §74.

<sup>48</sup> P. Kempees, "Hard Power" and the European Convention on Human Rights, Brill/Nijhoff, 2020, p. 138.

<sup>49</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §68 ; *Alparslan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §116 ; *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §91.

<sup>50</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §59.

<sup>51</sup> V. CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §173 ; *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §68.

nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé<sup>52</sup>». Ainsi, la Cour contrôle que les mesures adoptées « constitue[nt] une véritable réponse à l'état d'urgence », se « justifie[nt] pleinement au regard des circonstances de cette situation » et comprennent des « garanties contre les abus<sup>53</sup> ». Sur ce point, la Cour se concentre particulièrement sur la présence de garanties contre l'arbitraire. Par exemple, la Cour a reconnu une détention administrative exceptionnelle comme nécessaire en raison de la présence de garanties sous la forme d'un « contrôle permanent du Parlement » et d'une « commission de détention<sup>54</sup> ». Dans l'affaire *Brannigan et McBride*, elle « s'était dite convaincue que des garanties effectives assuraient bel et bien, en Irlande du Nord, une protection appréciable contre les comportements arbitraires et les détentions au secret<sup>55</sup> ». *A contrario*, elle avait considéré qu'une détention de quatorze jours sans contrôle de la part d'un juge était disproportionnée, notamment car « [c]ette période exceptionnellement longue a laissé le requérant à la merci non seulement d'atteintes arbitraires à son droit à la liberté, mais également de la torture<sup>56</sup> ». Ainsi, la Cour admet que l'existence concrète d'une menace exceptionnelle à elle seule ne justifie pas la limitation des principes démocratiques et de l'État de droit<sup>57</sup>. Elle s'est par ailleurs dressée contre le gouvernement turc, affirmant qu'une position critique envers le gouvernement et la publication d'informations pouvant être considérées comme dangereuses pour le pouvoir ne devraient pas mener à des accusations graves relatives au terrorisme<sup>58</sup>. Ainsi, la détention provisoire ne devrait être utilisée que de manière exceptionnelle, en dernier recours, en cas d'aucune autre mesure moins intrusive qui serait efficace<sup>59</sup>. Lançant une alerte auprès des autorités nationales, elle a appelé celles-ci à prouver que les procédures devant la Cour constitutionnelle turque constituaient bien une voie de recours effective<sup>60</sup>. Pour autant, en ce qui concerne les restrictions au droit d'information d'un détenu, la Cour apparaît plutôt déférente à la position turque, comme le notent les juges Bosnjak, Ranzoni et Koskelo dans l'affaire *Atilla Tas*, en allant à contre-sens de la jurisprudence développée dans l'arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni*<sup>61</sup>.

---

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §184 ; *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §§71-84 ; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§48-66.

<sup>54</sup> CEDH, *Lawless c. Irlande*, *op. cit.*, §37.

<sup>55</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §68.

<sup>56</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §§78, 119.

<sup>57</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, §180 ; CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §210.

<sup>58</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §211.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, §142.

<sup>61</sup> CEDH, *Atilla Tas c. Turquie*, 19 janvier 2021, n° 72/17, Opinion partiellement dissidente des juges Bosnjak, Ranzoni et Koskelo, §§1, 20, 32.

De la jurisprudence de la Cour, nous pouvons tirer un « noyau dur » des droits fondamentaux indérogables protégés par la Convention, ne pouvant faire l'objet de mesures dérogatoires, même en cas d'état d'urgence. Elle a notamment estimé que « les garanties du droit à la liberté et à la sûreté perdraient tout leur sens » en cas de détention provisoire sans raison plausible suffisante<sup>62</sup>. La Cour mentionne l'existence de la « plausibilité des soupçons » comme « un élément essentiel » de l'article 5 de la Convention<sup>63</sup>. Il a donc, dans les droits protégés par la Convention, des éléments essentiels, auxquels les États ne sauraient contrevenir sans aller « à l'encontre du but poursuivi par l[es] article[s] [...] de la Convention<sup>64</sup> ». Encore, la Cour évoque la notion de « pierres angulaires des garanties contre l'arbitraire » en contrôlant le respect des principes de l'état de droit et de la sécurité juridique. Ainsi, nous pouvons en conclure que le contrôle de la Cour est limité à l'arbitraire, et ne donc constitue pas un contrôle de stricte nécessité. L'évaluation de la proportionnalité des mesures d'exception adoptées est plus limitée que dans le droit commun, alors même qu'il devrait en être autrement, puisqu'il existe un risque accru d'abus et de violation de la part des autorités nationales.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, il est à noter que la Cour accepte qu'une mesure qui ne soit pas provisoire puisse être valide<sup>65</sup>. Ainsi, les juges européens ont alors acquiescé quant à la possibilité pour les États de mettre en œuvre des mesures concrètes à durée illimitée. Cela confirme encore la normalisation de l'état d'urgence, qui n'a donc plus besoin d'être exceptionnel, circonscrit dans le temps. Toutefois, ce temps de vie des mesures adoptées peut « entrer en ligne de compte pour la question de la proportionnalité de la riposte qui lui est apportée »<sup>66</sup>. Ce contrôle de proportionnalité étant fortement limité, il n'est pas surprenant que la Cour refuse d'examiner l'efficacité des mesures adoptées par l'État afin de faire face à une menace<sup>67</sup>. Pourtant, la durée même des mesures d'exception adoptées par un État pose question lorsque, comme en France lors de la déclaration de l'état d'urgence en 2015, après les attentats terroristes, le gouvernement français avait déclaré que « la menace terroriste en France revêt[ait] un caractère durable »<sup>68</sup>, alors même que cet état d'exception est par nature temporaire.

---

<sup>62</sup> CEDH, *Alparslan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §146.

<sup>63</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §147.

<sup>64</sup> *Ibid.*, §148.

<sup>65</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §178.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§78-79.

<sup>68</sup> Conseil de l'Europe, Déclaration consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la France, datée du 24 novembre 2015, enregistrée au Secrétariat Général le 24 novembre 2015

En outre, la Cour observe, encore une fois, une position de grande déférence à l'égard du juge national. Elle accorde alors à celui-ci une large marge d'appréciation concernant le contrôle de l'application de l'article 15 de la Convention, et suit ses conclusions, « à moins que l'on ne puisse établir [qu'il] a mal interprété la Convention ou la jurisprudence de la Cour ou que ses conclusions sont manifestement déraisonnables<sup>69</sup> ». Or, les cours nationales peuvent également ne pas être en mesure de protéger effectivement les droits et libertés consacrés par la Convention en cas de danger menaçant la vie de la nation. En effet, ceux-ci « peuvent répondre à un 'instinct grégaire' en adoptant une attitude particulièrement déférente lorsqu'ils sont appelés à examiner les actions et les décisions gouvernementales » en période de grand danger, notamment lorsque l'exécutif concentre davantage de pouvoirs<sup>70</sup>.

Ainsi, de manière générale dans le contrôle de l'application de l'article 15, la Cour a élaboré une rhétorique afin de justifier la faiblesse de son contrôle<sup>71</sup>. Mais en cela, la Cour a oublié son rôle, qui n'est pas de défendre les exécutifs nationaux, mais de protéger les droits fondamentaux reconnus au sein de la Convention<sup>72</sup>. Cette modération des juges européens peut s'expliquer au regard des aspects politiquement délicats que soulève la question du contrôle de l'état d'urgence. D'une part, il est peu aisé de répondre aux besoins d'un gouvernement qui a dû agir dans l'urgence, sans avoir le temps d'élaborer des mesures plus adaptées<sup>73</sup>. D'autre part, l'état d'urgence est une problématique qui a trait « au cœur même de l'autonomie d'un État », ce qui en fait un sujet sensible, prompt à entraîner une levée de bouclier de la part des États membres en cas de contrôle trop intrusif, alors que l'effectivité de la Cour tient essentiellement à leur coopération<sup>74</sup>. La Cour témoigne alors d'une volonté de laisser une grande marge de manœuvre aux « hommes d'action », autrement dit aux exécutifs nationaux<sup>75</sup>, et plie face à l'argument de la raison d'État.

Pour autant, et comme le relève le juge Robert Spano, le respect du principe de subsidiarité ne doit pas ôter une partie du pouvoir de juger de la Cour, il ne doit pas « donne[r]

---

<sup>69</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §182.

<sup>70</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 640 ; v. aussi J. Müller, « European human rights protection in times of terrorism – the state of emergency and the emergency clause of the European Convention on Human Rights (ECHR) », *op. cit.*, p. 585 [notre traduction].

<sup>71</sup> M. M., El Zeidy, « The ECHR and States of Emergency: Article 15 - A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *op. cit.*, p. 316.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>73</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 637.

<sup>74</sup> *Ibid* [notre traduction].

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 648.

carte blanche aux États<sup>76</sup> ». En effet, la Convention n'a pas été élaborée pour faire valoir l'effectivité de l'action gouvernementale, mais pour lutter contre la menace du totalitarisme<sup>77</sup>. La Cour se doit donc de contrôler si les mesures adoptées par les États pour répondre à un danger sont bien strictement nécessaires au regard des faits<sup>78</sup>, et non pas de la position du gouvernement. C'est d'autant plus indispensable que la Cour le reconnaît elle-même : il y a davantage de risques que des droits conventionnels soient violés sous les régimes d'exception<sup>79</sup>. Or, la notion d' « ample marge d'appréciation » des États vient se dresser face à un contrôle de stricte proportionnalité, puisque celle-ci constitue une « doctrine sans standard », entraînant une protection des droits fondamentaux à géométrie variable<sup>80</sup>. Pourtant, c'est dans le cadre du contrôle de l'article 15 que la Cour accorde la plus large marge d'appréciation aux États<sup>81</sup>. M. le juge Martens a d'ailleurs souligné que la notion de « stricte mesure » mentionnée dans l'article 15§1 de la Convention est incompatible avec la notion de « large marge d'appréciation », et qu'elle implique un contrôle plus important que celui mené dans des circonstances de droit commun, limité à la nécessité dans une société démocratique<sup>82</sup>. Ainsi, le contrôle effectué par la Cour dans un contexte d'exception devrait être plus rigoureux qu'en temps normal, et non pas limité à l'arbitraire manifeste. En outre, le contrôle devrait être croissant plus ces mesures se révèlent d'application illimitée dans le temps<sup>83</sup>.

Alors, dans ce cadre, que pourrait-il être fait en plus ? On peut suggérer un système d'avis consultatifs rendus par la Cour afin de déterminer, au moment de l'activation de l'article 15 de la Convention et avant même qu'elles ne soient adoptées, si les mesures de dérogations envisagées seront conformes à la Convention<sup>84</sup>. Dans ce cas, cela impliquerait un contrôle *in abstracto* et *a priori* des mesures, en dehors d'une application à un cas précis, sans pouvoir observer les effets concrets de celles-ci. Selon Brendan Mangan, qui proposait déjà l'adoption

---

<sup>76</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, Opinion concordante du juge Robert Spano, §3.

<sup>77</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 64.

<sup>78</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, Opinion concordante du juge Roberto Spano, §4.

<sup>79</sup> V. CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, opinion dissidente de M. le juge Walsh, §9.

<sup>80</sup> Lord Lester of Herne Hill, « Universality Versus Subsidiarity: A Reply », *European Human Rights Law Review*, 1998, pp. 75-76.

<sup>81</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 636.

<sup>82</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, Opinion concordante de M. le juge Martens, §4.

<sup>83</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 636.

<sup>84</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*, p. 787.

d'un nouveau protocole relatif au contrôle de l'article 15 en 1988, ces avis pourraient être rendus à la demande de l'État, de manière confidentielle, et seraient non-contraignants<sup>85</sup>.

Dans l'état du droit actuel, le Protocole n°16 à la Convention autorise les plus hautes juridictions d'un État à « adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles [...] dans le cadre d'une affaire pendante devant [cette juridiction]<sup>86</sup> ». Mais ici, l'avis est rendu dans le cadre d'un contentieux déjà existant, n'étant ainsi plus *a priori*. Ainsi, il faudrait alors envisager une nouvelle base légale qui permettrait de mettre en œuvre une telle procédure. Or, au regard du contexte sécuritaire, notamment depuis les attentats terroristes qui ont eu lieu dans plusieurs États européens, ainsi que de la crise sanitaire actuelle, il semble peu probable que les États parties à la Convention envisagent d'adopter un protocole additionnel. Notons par ailleurs que ceux-ci ont souhaité faire mention du principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation des États dans le cadre du contrôle de la Cour dans le protocole n° 15 récemment entré en vigueur<sup>87</sup>.

En outre, un contrôle *in abstracto* comporte plusieurs difficultés. Une mesure qui peut apparaître sur le papier comme nécessaire et proportionnée peut se révéler liberticide une fois mise en œuvre<sup>88</sup>. De plus, une loi approuvée par la Cour avant même son application pourra servir à invalider tous les autres recours qui pourraient être intentés contre une telle législation par la suite. Un tel contrôle nous amène à nous interroger sur les délais et leurs impacts sur l'effectivité du dispositif. En effet, dans l'urgence, les États seront-ils prêts à attendre que la Cour rende un avis avant d'adopter une législation d'exception ?<sup>89</sup> D'un point de vue plus politique enfin, il est plus qu'incertain que les États acceptent de conditionner la possibilité de déclencher l'état d'urgence au contrôle d'un organe juridictionnel supranational<sup>90</sup>.

Il est aussi possible d'imaginer que la Cour voie que les mesures adoptées par l'État membre visent et ont pour effet concret le retour à une situation normale. Il s'agit du but même de ces mesures : combler les lacunes de la législation ordinaire face à un danger, pour un retour

---

<sup>85</sup> B. Mangan, « Protecting Human Rights in National Emergencies: Shortcomings in the European System and a Proposal for Reform », *Human Rights Quarterly*, 1988, vol. 10, n. 3, p. 391.

<sup>86</sup> Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013, STCE 214, art. 1.

<sup>87</sup> Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 24 août 201, STCE 213, art. 1.

<sup>88</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*, p. 787.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

le plus rapide à une situation de droit commun, tout en protégeant au mieux les droits fondamentaux. Cela aurait pour effet d'éviter qu'une législation d'exception ne se substitue au droit commun et devienne un état d'exception permanent. Il est cependant à relever que la Cour marque, dans les récentes affaires impliquant l'arrestation d'opposants au pouvoir turc, une nette distinction entre les mesures dérogoires qui auraient pu être adoptées, et les mesures de droit commun, qui ne bénéficient pas du régime de dérogation offert par l'article 15 de la Convention, refusant ainsi de « réduire[e] à néant les conditions minimales de l'article 5 § 1 c) de la Convention »<sup>91</sup>.

Enfin, il convient de terminer cette analyse en mentionnant qu'il est une dernière obligation qui incombe aux États : les mesures prises par ces derniers en application de l'état d'urgence ne doivent pas être en contradiction avec ses autres obligations découlant du droit international. Cela découle directement de l'article 15§1. Si ces mesures venaient à entrer en contradiction avec d'autres de ses obligations internationales, l'État bafouerait son obligation de ne prendre que des mesures strictement nécessaires<sup>92</sup>. Cette disposition va dans le même sens que l'article 53 de la Convention, prévoyant que les dispositions de cette dernière ne peuvent être interprétées comme « limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». Cette question est en lien avec la protection prévue par le droit international humanitaire et le droit international pénal<sup>93</sup>, mais elle revêt également des liens étroits avec l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce que ce dernier octroie également une possibilité de dérogations aux États contractants. Il se lit comme suit : « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international [...] »<sup>94</sup>. Celui-ci prévoit notamment une liste de droit indérogables plus fournie que celle de

---

<sup>91</sup> CEDH, *Atilla Tas c. Turquie*, *op. cit.*, §140 ; *Sik c. Turquie*, 24 novembre 2020, n° 36493/17, §140 ; *Sabuncu et autres c. Turquie*, 10 novembre 2020, n° 23199/17, §183 ; *Kavala c. Turquie*, 10 décembre 2019, n° 28749/18, §158.

<sup>92</sup> J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 2e éd., 1993, p. 208.

<sup>93</sup> P. Kempees, "Hard Power" and the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>94</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 187 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), art. 4.

l'article 15 de la Convention<sup>95</sup>. Cette question du respect des obligations internationales n'est toutefois quasiment jamais abordée dans la jurisprudence de la Cour européenne. Tout au plus, celle-ci est brièvement mentionnée à l'occasion de l'affaire *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, dans laquelle les requérants alléguaient que le Royaume-Uni avait agi de manière contraire à l'article 4 du Pacte en ce qu'il n'avait pas officiellement proclamé de dérogation à celui-ci. Toutefois, la Cour a rejeté cet argument, estimant qu'un simple discours était suffisant pour être considéré comme déclaration officielle<sup>96</sup>. Au vu de la quasi-inexistence de l'invocation de cette disposition, il n'y a – à la différence de tout ce qui a été développé ci-dessus – pas lieu de formuler de quelque observation concernant le contrôle que la Cour exerce sur ce point. Pourtant, la Cour pourrait aller bien plus loin dans ce contrôle, en ce que « dans ces situations exceptionnelles, la Cour peut évaluer les actions de l'État à la lumière de l'ensemble de ses obligations internationales et agir davantage qu'un simple organe du système de Strasbourg<sup>97</sup> ».

## CONCLUSION

Finalement, il apparaît de manière générale que la Cour – apparemment gênée d'exercer ses pouvoirs de supervision du respect de la Convention en période d'exception – est particulièrement réservée lorsqu'il s'agit de concrétiser les conditions prévues expressément par l'article 15. Pourtant, la survenance de la crise du COVID-19, qui a mis à mal les droits et libertés de chacun à grande échelle, va appeler la Cour à devoir se prononcer sur les mesures d'exceptions dont chaque État a dû recourir afin de lutter contre l'épidémie<sup>98</sup>. Il ne nous reste plus qu'à devenir témoins de la lourde tâche qui s'impose aux juges de Strasbourg, entre leur fonction originelle de gardiens des droits et libertés et l'épée de Damoclès que représente la souveraineté des États, point très sensible en période d'exception. Mais au regard de la déférence de certains juges nouvellement nommés à l'égard de certaines démocraties que d'aucuns qualifient d'« illibérales », le renforcement du contrôle de la Cour à l'égard des mesures de dérogations aux droits protégés par la Convention apparaît relativement incertain,

---

<sup>95</sup> J. Gerards, S. Greer, R. Slowe, « The Case Law of the European Court of Human Rights », in *Human Rights in the Council of Europe and the European Union: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2018, p. 192.

<sup>96</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §73.

<sup>97</sup> J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 208 [notre traduction].

<sup>98</sup> « La Cour européenne des droits de l'Homme veut répondre vite aux problèmes soulevés par la pandémie », *RTBF*, 28 janvier 2021, disponible en ligne : [https://www.rtb.be/info/monde/detail\\_la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-veut-repondre-vite-aux-problemes-soulevés-par-la-pandemie?id=10684979](https://www.rtb.be/info/monde/detail_la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-veut-repondre-vite-aux-problemes-soulevés-par-la-pandemie?id=10684979) (consulté le 19 mars 2021).

et il semble que la « spirale de l'exception<sup>99</sup> » constitue une menace bien réelle pesant sur nos systèmes juridiques.

---

<sup>99</sup> M. Delmas-Marty, « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », *op. cit.*, p. 18.