



Déclassifié
AS/Jur (2017) 03
27 février 2017
fjdoc03 2017

Commission des questions juridiques et des droits de l'homme

État d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme

Note d'information

Rapporteur : M. Raphaël COMTE, Suisse, Alliance des Démocrates et des Libéraux pour l'Europe

1. Cette communication est présentée par M. Raphaël Comte, rapporteur de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'état d'urgence et la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention).¹

2. La dérogation à la Convention ne concerne pas le champ d'application territorial ou personnel de cet instrument ; en dérogeant, un État ne peut exclure intégralement de la portée de la protection de la Convention un territoire particulier ou une catégorie particulière de personnes². La dérogation s'applique en revanche au champ d'application matériel de la Convention, en permettant de restreindre l'étendue des droits qui doivent être garantis. Ces droits restent opposables en justice, même s'ils sont concernés par la dérogation. Les personnes qui s'estiment victimes de violations causées par les mesures dérogatoires conservent par conséquent leur droit à un recours effectif consacré par l'article 13 et le droit d'introduire une requête devant la Cour, comme le prévoit l'article 34. La Cour est compétente pour se prononcer sur la légalité d'une dérogation dans tout contentieux introduit au titre de l'article 34.

3. Le contrôle juridictionnel de la dérogation à la Convention est indispensable pour préserver l'état de droit, protéger les droits imprescriptibles et prévenir l'arbitraire. Comme l'a fait remarquer un ancien Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « [c]'est précisément parce que la Convention présuppose qu'il existe des contrôles nationaux sous la forme d'un examen parlementaire préalable et d'un contrôle juridictionnel ultérieur que les autorités nationales jouissent d'une importante marge d'appréciation au sujet de leur dérogation. Cette idée est l'essence même du principe de subsidiarité applicable à la protection des droits consacrés par la Convention »³.

4. Lorsqu'elle est amenée à examiner les affaires qui portent sur une dérogation à la Convention, la Cour vérifie d'abord si l'acte litigieux porte atteinte à un droit garanti par la Convention. Si tel est le cas, elle vérifie ensuite si la dérogation respecte les conditions fixées par l'article 15⁴. Elle examine en particulier s'il existe une situation « de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation », si les dispositions

¹ Une fois déclassifié, cette note sera soumise en tant que réponse à l'appel émis par la Commission mixte sur les Droits de l'Homme (JCHR) du parlement du Royaume-Uni.

² Par contre, l'application d'une dérogation pourrait à juste titre se limiter à un territoire spécifique. Ainsi, l'Ukraine a dérogé à ses obligations pour ses « opérations antiterroristes » uniquement dans certaines zones précises des oblasts de Donetsk et Louhansk, et non sur l'ensemble du territoire ukrainien.

³ Voir « Opinion 1/2002 of the Commissioner for Human Rights, Mr Alvaro Gil-Robles, on certain aspects of the United Kingdom 2001 derogation from Article 5 par. 1 of the European Convention on Human Rights », (en anglais) CommDH(2002)7, 28 août 2002, paragraphe 9.

⁴ Voir A. c. Royaume-Uni, 3455/05, 19 février 2009, paragraphe 161.

dérogatoires ont été prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige » et si celles-ci ne sont pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ; elle vérifie par ailleurs si ces mesures ne concernent pas des droits non susceptibles de dérogation et si l'obligation d'information a été respectée. Si l'État a satisfait à ces exigences, la dérogation est valable et l'État n'a pas commis de violation de ses obligations.

5. Bien que plusieurs États parties aient pris part à des conflits armés extraterritoriaux, aucun d'eux n'a dérogé à ses obligations à cette occasion⁵. La Cour n'a par conséquent pas été amenée à interpréter le sens à donner au terme « guerre » employé par l'article 15 et n'a pas précisé, par exemple, si cette « guerre » devait « menacer la vie de la nation » au même titre qu'un « autre danger public ».

6. La Cour a déclaré que l'expression « danger public menaçant la vie de la nation » devait être prise dans son « sens normal et habituel », en fonction d'un quadruple critère : (i) une situation de crise ou de danger exceptionnel, (ii) qui affecte l'ensemble de la population (mais pas obligatoirement l'ensemble du territoire⁶) de l'État et (iii) constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État (iv) contre laquelle les mesures ou restrictions normales autorisées par la Convention pour le maintien de la sûreté publique, de la santé publique et de l'ordre public sont totalement inadaptées⁷. Bien que cette menace doive être imminente, les autorités ne sont pas contraintes d'attendre, par exemple, la survenance d'un véritable attentat terroriste pour justifier une dérogation⁸. Cette situation de danger peut être prolongée, comme cela a été le cas pour le terrorisme d'Irlande du Nord : la Cour a conclu à ce sujet que le prolongement de la dérogation du Royaume-Uni pendant plusieurs années était acceptable. En revanche, la Cour a clairement précisé qu'une dérogation était valable uniquement sur l'espace territorial pour lequel elle était prévue et que sa validité prenait fin avec le danger auquel elle se rapportait⁹.

7. La Cour a admis que, « [e]n 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. L'article 15 par. 1 leur laisse en la matière une large marge d'appréciation »¹⁰. À une exception près, la Cour a, sur ce fondement, constamment accepté l'appréciation, par les autorités nationales, de l'existence d'un « danger public menaçant la vie de la nation »¹¹.

8. La Cour a cependant fait preuve de moins de retenue sur la question de la nécessité des mesures dérogatoires ; elle a rappelé à ce sujet que « [l]es États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. Chargée [...] d'assurer le respect de leurs engagements [...], la Cour a compétence pour décider s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise [...]. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen »¹². Dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, par exemple, la Cour, qui avait pourtant estimé que la dérogation de la Turquie se justifiait au regard des activités terroristes présentes dans le sud-est du pays, n'était « pas convaincue que la situation exigeait la détention au secret du requérant, soupçonné d'avoir participé à des infractions terroristes, pendant quatorze jours ou plus, sans possibilité pour lui de voir un juge ou un autre magistrat »¹³. Dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*, la Cour a considéré que « les effets potentiellement néfastes d'une détention sans inculpation peuvent affecter de manière sensiblement identique un citoyen britannique et un étranger » et qu'à ce titre « les mesures dérogatoires étaient disproportionnées en ce qu'elles opéraient une discrimination injustifiée »¹⁴.

9. La Cour a également refusé d'admettre des arguments ayant trait à la conformité d'une dérogation avec les autres obligations nées du droit international. Dans l'affaire *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, le requérant soutenait que l'absence de proclamation officielle de l'état d'urgence, que l'article 4 du Pacte

⁵ Voir *Hassan c. Royaume-Uni*, 29750/09, 16 septembre 2014 (GC), paragraphe 101.

⁶ Voir par exemple *Aksoy c. Turquie*, 21987/93, 18 décembre 1996, paragraphe 70.

⁷ Voir *Lawless c. Irlande* (n°3), 332/57, 1er juillet 1961, paragraphe 28 ; *Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce* (L'affaire grecque), 3321/76 et autres, rapport de la Commission du 5 novembre 1969, paragraphe 153.

⁸ Voir *A. c. Royaume-Uni*, op. cit., paragraphes 176-177.

⁹ Voir respectivement *Sadak c. Turquie*, 25142/94 et 27099/95, 8 avril 2004 ; et de *Becker c. Belgique*, 214/56, 9 juin 1958 (Commission).

¹⁰ Voir par exemple *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, 18 janvier 1978, paragraphe 207.

¹¹ Cette exception est celle du rejet, par la Commission européenne des droits de l'homme, de l'argument avancé par le « régime des colonels » en Grèce, qui estimait que l'état d'urgence justifiait la prise de certaines mesures à la suite du coup d'état militaire de 1967 qui l'avait porté au pouvoir : voir « L'affaire grecque », 3321/67 et autres, 5 novembre 1969.

¹² Voir par exemple *Irlande c. Royaume-Uni*, op. cit., paragraphe 207.

¹³ Op. cit., paragraphes 78 et 84. Dans d'autres affaires, la Cour a conclu que des périodes de détention plus courtes qui n'avaient pas fait l'objet d'un contrôle juridictionnel étaient proportionnées aux mesures dérogatoires, surtout lorsqu'il existe d'autres garanties : voir par exemple *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 14553/89 et 14554/89, 25 mai 1993, paragraphes 55 à 66.

¹⁴ Op. cit., paragraphes 186 et 190.

international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) imposait en cas de dérogation, entraînait l'invalidité de la dérogation prévue par la Convention, car elle était en contradiction avec les autres obligations nées pour le Royaume-Uni du droit international¹⁵. La Cour a écarté cet argument, considérant que l'annonce d'une dérogation, faite par le gouvernement devant le Parlement, dans une situation de danger public satisfaisait aux exigences de la Convention. Dans l'affaire *Marshall c. Royaume-Uni*, la Cour a réfuté l'argument avancé par le requérant, qui soutenait que les mesures dérogatoires prises par le Royaume-Uni étaient en contradiction avec les obligations nées pour ce dernier du droit international, parce que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avait jugé ces mesures « excessives »¹⁶.

10. Certains droits ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation. L'article 15(2) énumère ces droits, qui sont en particulier consacrés par les articles 2 (droit à la vie), sauf pour les cas de décès résultant d'actes licites de guerre, 3 (interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants), 4(1) (interdiction de l'esclavage ou de la servitude) et 7 (pas de peine sans loi). Cette liste ne saurait cependant être considérée comme exhaustive. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a observé que « la catégorie des normes impératives [du droit international] est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4 [PIDCP]. Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 [...] pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence ». En outre, « [l]es dispositions du Pacte relatives aux garanties de procédure ne peuvent faire l'objet de mesures qui porteraient atteinte à la protection des droits non susceptibles de dérogation »¹⁷. Ainsi, par exemple, « [l]es garanties de procédure qui visent à protéger la liberté de la personne ne peuvent jamais faire l'objet de mesures de dérogation qui contourneraient l'obligation de protéger les droits auxquels il ne peut pas être dérogé [...], notamment [le droit à la vie et l'interdiction de la torture] »¹⁸. Il convient d'adopter la même approche pour une dérogation à la Convention, afin de garantir sa compatibilité avec les autres obligations nées du droit international.

11. Le chevauchement des notions de proportionnalité, de compatibilité avec les autres obligations nées du droit international et de non susceptibilité de dérogation transparaît dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, par exemple, la Cour, qui vérifiait si la mesure dérogatoire avait été prise « dans la stricte mesure où la situation l'exige », « ne saurait admettre qu'il soit nécessaire de détenir un suspect [d'activités terroristes] pendant quatorze jours sans intervention judiciaire. Cette 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 ». On voit ainsi que les constatations faites en matière de proportionnalité tiennent compte de la privation arbitraire de liberté, interdite en sa qualité de norme impérative du droit international (voir ci-dessus), et des garanties procédurales qui découlent implicitement de l'interdiction de la torture prévue à l'article 3 de la Convention, auquel l'article 15 n'autorise aucune dérogation car ce droit non susceptible de dérogation est une norme impérative.

12. Bien que la Cour n'ait pas été amenée à examiner de dérogation dans le cadre d'un conflit, elle a réfléchi à la manière dont la Convention devait s'appliquer dans les situations de conflit armé. Elle a pris pour point de départ la jurisprudence établie de longue date de la Cour internationale de justice, selon laquelle « la protection offerte par les conventions relatives aux droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires »¹⁹. Le simple fait qu'il existe un conflit armé n'entraîne pas l'éviction du droit international des droits de l'homme ou des obligations nées pour les États des traités relatifs aux droits de l'homme, comme la Convention.

13. La Cour a fait remarquer « qu'une pratique constante de la part des Hautes Parties contractantes, postérieure à la ratification par elles de la Convention, peut passer pour établir leur accord non seulement sur l'interprétation à donner au texte de la Convention mais aussi sur telle ou elle modification de celui-ci »²⁰. Dans cette optique, elle a observé que « [l]a pratique des Hautes Parties contractantes est de ne pas notifier de dérogation à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'elles incarcèrent des personnes sur la base

¹⁵ Op. cit., para. 73.

¹⁶ 4157/98, 10 juillet 2001.

¹⁷ Voir « Observation générale n° 29 sur l'article 4 : États d'urgence », paragraphes 11 et 15.

¹⁸ Voir « Observation générale n° 35 : Article 9 (Liberté et sécurité de la personne) », paragraphe 67.

¹⁹ Voir Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 8 juillet 1996, paragraphe 25 ; et Avis consultatif sur les conséquences juridiques de la construction d'un mur dans les territoires occupés palestiniens, 9 juillet 2004, paragraphe 106.

²⁰ Selon l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les traités doivent être interprétés « dans leur contexte », ce qui suppose de tenir compte « de toute pratique dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international »²¹. Cela implique que la pratique des États a fini par établir un accord passé entre eux, qui consiste à ne pas déroger à la Convention à l'occasion des conflits armés internationaux, tout au moins à l'égard de l'article 5²².

14. Les droits les plus susceptibles d'atteintes en cas de conflit armé sont le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3) et le droit à la liberté et à la sûreté (article 5). Comme nous l'avons indiqué plus haut, il ne peut être dérogé aux articles 2, « sauf pour les cas de décès résultant d'actes licites de guerre », et 3, tout comme aux dispositions fondamentales de l'article 5, qui assurent une protection contre la détention arbitraire et sur lesquelles reposent les garanties procédurales qui protègent les autres droits non susceptibles de dérogation. Ces dispositions ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation en cas de conflit armé et celle-ci n'aurait aucun effet sur l'examen juridictionnel des actions en justice engagées à ce propos.

15. Dans l'affaire *Hassan*, la Cour, après avoir constaté que la pratique établie des États était de ne pas déroger à l'article 5 en période de conflit armé et qu'en l'absence de dérogation le droit international des droits de l'homme et le droit humanitaire international étaient tous deux applicables, s'est prononcée pour la première fois sur la manière dont ces deux branches du droit coexistaient concrètement. Elle a conclu que « les motifs de privation de liberté autorisés exposés [à l'article 5 de la Convention] doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base [du droit humanitaire international]. La Cour est consciente que l'internement en temps de paix ne cadre pas avec le régime des privations de liberté fixé par l'article 5 de la Convention, sauf si le pouvoir de dérogation prévu par l'article 15 est exercé [...]. Ce ne peut être qu'en cas de conflit armé international, lorsque la faculté de prendre des prisonniers de guerre et de détenir des civils représentant une menace pour la sécurité est un attribut reconnu du droit international humanitaire, que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus »²³. En d'autres termes, les circonstances d'un conflit armé signifient que les mesures de détention qui constitueraient une violation des droits de la Convention en temps de paix peuvent, eu égard au droit humanitaire international, être considérées comme des mesures légales, même si l'État responsable n'a pas dérogé à la Convention.

16. Dans l'affaire *Hassan*, la Cour a défini le principe fondamental communément appliqué pour associer ces deux branches du droit de manière à régler la détention. « À l'instar des motifs de détention autorisés déjà énumérés [à l'article 5 de la Convention], une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être « régulière » pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire »²⁴.

17. La Cour a également admis que les garanties procédurales qui découlent de l'article 2 (droit à la vie) doivent être appliquées en fonction des circonstances particulières des conflits armés ou des missions de maintien de la paix. Dans l'affaire *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, elle a constaté « les problèmes pratiques auxquels les autorités d'enquête se trouvaient confrontées du fait que le Royaume-Uni était une puissance occupante dans une région étrangère et hostile, au lendemain immédiat d'une invasion et d'une guerre. Au nombre de ces problèmes figuraient l'effondrement de l'infrastructure civile – avec notamment pour conséquence un manque de pathologistes locaux et de ressources pour les autopsies –, les graves malentendus culturels et linguistiques entre les occupants et la population locale ainsi que le danger inhérent à la conduite de toute activité en Irak à l'époque. [...] [L]a Cour considère que, dans des circonstances de ce type, l'obligation procédurale découlant de l'article 2 doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs avaient à faire face »²⁵.

18. En pareil cas, le droit consacré par la Convention le plus susceptible de faire l'objet d'une violation lors d'un conflit armé à l'étranger et pour lequel une dérogation peut sembler présenter un intérêt est le volet matériel du droit à la vie garanti par l'article 2 – ainsi, le fait de prendre délibérément pour cible des combattants ennemis peut être autorisé par le droit humanitaire international, mais est interdit par l'article 2.

²¹ *Hassan*, op. cit., paragraphe 101.

²² Voir Sir Daniel Bethlehem QC : « l'absence de dérogation des Parties contractantes à leurs obligations en cas de conflits armés internationaux ou de conflits armés extraterritoriaux non internationaux, ou dans les situations qui relèvent de l'article 2, démontre selon moi de manière irréfutable l'existence d'une pratique uniforme et généralement admise des Parties contractantes, en vertu de laquelle aucune dérogation n'est exigée dans ces situations », in « When is an act of war unlawful? », *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Seminar in honour of Michael O'Boyle*, Wolf Legal Publishers, 2015.

²³ Op. cit., paragraphe 104.

²⁴ Ibid. paragraphe 105.

²⁵ *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, 55721/07, 7 juillet 2011 (GC), paragraphe 168. Voir également *Jaloud c. Pays-Bas*, 47708/08, 20 novembre 2014 (GC), paragraphe 226.

Certains commentateurs ont fait remarquer que l'approche retenue par la Cour au sujet de l'obligation faite aux États de protéger les populations civiles contre les pertes accessoires en vies humaines était déjà similaire à celle qui est adoptée dans le cadre du droit humanitaire international²⁶. La question de la protection du droit à la vie dans les conflits armés devrait être examinée plus en profondeur dans le prochain arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Géorgie c. Russie* (n° 2).

²⁶ Voir par exemple Ovey, « Application of the ECHR during International Armed Conflicts », in UK and European Human Rights: A Strained Relationship?, Ziegler et autres (sous la direction de), Hart Publishing, 2015, pp. 225 à 248.