



HAL
open science

La lutte antiterroriste et la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Robin Trabut

► **To cite this version:**

Robin Trabut. La lutte antiterroriste et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Droit. 2016. dumas-01613466

HAL Id: dumas-01613466

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01613466>

Submitted on 9 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



LA LUTTE ANTITERRORISTE
&
LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME



Robin TRABUT

Sous la direction de Monsieur Alexis Le Quinio

Master 2 Parcours des droits fondamentaux – Année 2015/2016
Université de Toulon – Faculté de Droit

Remerciements

Je remercie monsieur Le Quinio pour sa confiance dans mes méthodes de travail ainsi que pour ses conseils avisés.

Engagement de non plagiat

Je soussigné, Robin Trabut

N° étudiant : 21100496 / INE : 2308029051

Déclare avoir pris connaissance de la charte des examens et notamment du paragraphe spécifique au plagiat.

Je suis pleinement conscient que le plagiat de documents ou d'une partie de document publiés sous quelques formes que ce soit (ouvrages, publications, rapports d'étudiants, internet,...) constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.

En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour produire et écrire ce document.

Fait le : 06/06/2016

Signature :



L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

Introduction

Titre 1 : La Cour européenne des droits de l'homme face aux actions antiterroristes intra-étatiques

Chapitre 1 : Des mesures dérogatoires limitées à une nécessaire proportionnalité

Chapitre 2 : Le difficile respect des données à caractère personnel face à la menace terroriste

Titre 2 : La protection préventive des atteintes à la dignité humaine dans les cas d'éloignement des étrangers pour des raisons sécuritaires

Chapitre 1 : La lecture dynamique de l'article 3 par la Cour

Chapitre 2 : La grande fermeté de la Cour malgré une résistance étatique

Conclusion/Ouverture

« À mes yeux, le rôle de tout juge, qu'il soit national ou international, consiste à protéger la démocratie. Le maintien de la démocratie ne peut être tenu pour acquis. C'est certainement le cas des démocraties nouvelles, mais cela vaut également pour les démocraties anciennes et bien établies. L'hypothèse selon laquelle « cela ne peut nous arriver » n'est plus acceptable. Tout peut arriver. Si la démocratie a été pervertie et détruite dans l'Allemagne de Kant, de Beethoven et de Goethe, cela peut se produire n'importe où. Si nous ne protégeons pas la démocratie, elle ne nous protégera pas non plus. Je ne sais pas si les juges de la Cour suprême allemande auraient pu empêcher qu'Hitler n'accède au pouvoir dans les années 1930. Mais je sais que l'Holocauste et la Seconde Guerre mondiale nous ont appris, entre autres, que nous devons nous doter de constitutions démocratiques et veiller à ce qu'elles soient mises en œuvre par les juges des cours suprêmes, à qui il incombe essentiellement de sauvegarder la démocratie. C'est cette prise de conscience qui, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, a contribué à promouvoir l'idée du contrôle juridictionnel de l'action du législateur – tant au plan interne qu'au plan international – et qui a conduit à ce que les droits de l'homme se voient accorder une place prépondérante. Elle a forgé ma conviction selon laquelle le rôle principal des juges des cours suprêmes des sociétés démocratiques consiste à sauvegarder et à protéger la démocratie ».

Aharon Barak¹

Section 1 : La notion de terrorisme à l'épreuve de l'universalité

Le terrorisme n'est pas un acte comme les autres et doit donc avoir une réponse adaptée (paragraphe 1 et 2). Mais cette notion est délicate à définir (paragraphe 3). Encore plus au niveau international, où il n'existe pas de cohérence culturelle, juridique et politique (paragraphe 4).

§1. Les instruments classiques insuffisants pour appréhender le phénomène terroriste

Le fait d'attenter à la vie de quelqu'un porte un nom, c'est l'homicide, il peut être volontaire ou involontaire. Nous allons nous intéresser uniquement à la première catégorie, le

¹ Ancien président de la Cour suprême d'Israël et professeur de droit à l'Interdisciplinary Center (IDC) d'Herzliya. Extrait, les droits de l'homme en temps de terreur : un point de vue judiciaire, Ouverture de l'année judiciaire (2016)- Séminaire-Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier 2016.

meurtre, via l'instrument pénal français. Un homicide peut être commis sur tout individu, du commencement à la fin de sa vie. Il s'agit de constater, en prenant l'exemple de l'attentat contre Charlie Hebdo² ou celui du 13 novembre 2015 à Paris, que les terroristes ont commis des meurtres : ils ont commis plusieurs homicides. En effet, l'article 221-1 du code pénal (CP) est explicite : le meurtre est « le fait de donner volontairement la mort à autrui ». On doit distinguer l'élément matériel de l'élément moral. « Le premier consiste en l'acte positif du meurtrier qui entraîne le décès de la personne visée. Ensuite, l'élément moral est le véritable critère du meurtre car il permet seul de le distinguer des autres infractions qui prennent en compte la mort de la victime »³.

En effet, le meurtre suppose la volonté de commettre la mort. Peu importe le mobile, c'est-à-dire pourquoi la personne passe à l'action, le meurtre est réprimé. Selon, l'article 221-1 du CP, le meurtre « simple » est puni d'une peine de 30 ans de réclusion criminelle. Il est à noter que de nombreuses peines complémentaires peuvent être ajoutées par le juge⁴. Mais le code pénal prend en compte des meurtres dits « aggravés ».

L'aggravation du meurtre survient s'il est commis en bande organisée. Dans ce cas-là, ce sont les règles propres à la criminalité organisée qui vont s'appliquer⁵. Il est très intéressant de souligner que le mobile peut être pris en compte de façon exceptionnelle, par exemple si le meurtrier a agi en raison de l'appartenance de la victime à une ethnie, une nation, une race,... On se rend compte que ce genre de mobile se rapproche de la volonté des djihadistes de détruire nos sociétés. De plus, il est exceptionnel qu'un terroriste agisse seul. Les autorités doivent faire face à des groupes ou des cellules terroristes ce qui, là encore, correspondrait à la bande organisée. Enfin, la préméditation⁶ permet de qualifier le meurtre d'assassinat. Selon l'article 221-3 du code pénal : « le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat ». C'est-à-dire que l'intention de commettre le meurtre existait bien avant le passage à l'acte. Ce n'est pas une aggravation du meurtre simple proprement dite, mais bien un crime distinct. L'assassinat est puni de la réclusion criminelle à perpétuité⁷.

Il existe de nombreux autres cas que nous passerons sous silence, car ne pouvant illustrer l'exemple choisi plus haut. En revanche, en gardant à l'esprit les divers attentats commis ces dernières années, on se rend compte que ces derniers pourraient aisément être qualifiés d'assassinats en bande organisée⁸. Le code pénal ne précise pas le nombre exact de participants pour constituer une bande organisée. À la vue de l'incertitude qui règne encore aujourd'hui sur la définition de la bande organisée, nous pouvons extrapoler cette définition sur les deux frères

² Attentats des 7 et 8 janvier 2015 à Paris.

³ Michèle-Laure RASSAT, *Droit Pénal spécial*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2011, p. 364.

⁴ Article 221-8 et suivants du CP.

⁵ Article 706-73 du code de procédure pénale (CPP).

⁶ La préméditation est « le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit » (article 132-72 CP).

⁷ La peine peut être assortie, tout comme celle du meurtre simple, d'une période de sûreté de plein droit. C'est-à-dire d'une période de peine incompressible.

⁸ Constitue une bande organisée tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions.

Kouachi ayant attaqué le journal satirique Charlie Hebdo. Pas de doute possible, les agresseurs avaient la volonté d'éliminer les caricaturistes. L'attaque a été préparée à l'avance (entraînement, armement, étude du terrain,...), il y a donc eu préméditation.

Quel constat tirer de cette analyse succincte de certaines dispositions du code pénal avec l'exemple des attentats récents ? Il est donc démontré de manière sommaire que le code pénal pourrait tout à fait être à même de répondre à ce type de menace. C'est d'ailleurs ce qui est frappant : ce genre de comportement peut être réprimé par les dispositions « classiques » du code pénal français.

Mais le même constat est à indiquer en cas d'attentat à la bombe, situation que la France n'a plus connu sur son sol depuis l'attentat du RER B à Port-Royal, le 3 décembre 1996, à Paris. Cela pourrait correspondre aux atteintes aux biens créant un danger pour les personnes. C'est l'article 322-6 alinéa 1 du code pénal qui incrimine « la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes ». En s'attachant à l'élément matériel on se rend compte que cette définition est ouverte. C'est-à-dire que la formule « tout autre moyen » laisse imaginer d'autres moyens que l'utilisation d'une substance explosive ou l'incendie. Finalement, l'important n'est pas le moyen utilisé mais bien la mise en danger qui importe ici. Au niveau de l'élément moral, on retrouve la même exigence que le meurtre. Il faut une intention de détruire, de dégrader ou de détériorer. Cette intention doit être couplée à une pleine conscience du fait que cela entraînerait une mise en danger des personnes.

Là encore, l'infraction peut être simple ou aggravée. La tentative est également punissable⁹. L'infraction dite simple est réprimée de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende¹⁰. Mais l'infraction peut être aggravée. Ainsi, la réclusion criminelle peut être portée à 15 ans si l'infraction entraîne une interruption temporaire de travail jusqu'à 8 jours¹¹. Le nombre d'années passe à 20 si l'interruption temporaire de travail dépasse les 8 jours pour la victime¹². La réclusion est de 30 ans lorsqu'autrui est victime d'une mutilation ou d'une infirmité permanente¹³. Enfin, la réclusion est à perpétuité lorsque l'infraction a entraîné la mort d'autrui¹⁴.

Prenons l'exemple de l'explosion d'une bombe au magasin « Marks and Spencer », du boulevard Hausmann à Paris, le 7 décembre 1985. Le bilan est d'1 mort et de 14 blessés. C'est une dégradation de bâtiment ayant entraîné la mort d'une personne et en ayant blessé d'autres. Les auteurs auraient donc subi la peine maximale : la réclusion criminelle à perpétuité et 150 000 euros d'amende (1 000 000 de francs si on se replace en 1985).

⁹ Article 322-11 du CP.

¹⁰ Article 322-6 alinéa 1 du CP.

¹¹ Article 322-7 alinéa 1 du CP.

¹² Article 322-8 (2) du CP.

¹³ Article 322-9 alinéa 1 du CP.

¹⁴ Article 322-10 alinéa 1 du CP.

§2. La nécessité d'instruments d'exceptions pour répondre à un acte d'exception

Pourtant, ces deux exemples sont qualifiés d'attentat et leurs auteurs sont qualifiés de terroristes. D'ailleurs, la première législation concernant spécifiquement le terrorisme apparaît justement après la série d'attentats de 1985-1986¹⁵. Pourquoi vouloir identifier précisément le terrorisme ? Comme se questionne Thierry-Serge Renoux, professeur agrégé des Facultés de Droit : « quels points communs relever entre la destruction, lors d'une opération de commando, d'une Caravelle d'Air France stationnée sur un aéroport breton, la fusillade aveugle des consommateurs d'un restaurant israélien, l'incendie criminel d'un grand magasin à Paris, l'explosion d'engins meurtriers dans les wagons du réseau express régional parisien, aux stations Saint-Michel et Port Royal ou bien les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis, qui ont entraîné la mort de milliers de civils à New York, à Washington et celle de tous les passagers qui se trouvaient à bord des quatre avions de ligne détournés par un groupe organisé de terroristes ? »¹⁶.

Ce qui lie ces événements, c'est le terrorisme, et c'est justement parce que le terrorisme est d'une rare violence (l'attentat vise des symboles autant qu'il cherche à répandre la terreur) qu'il doit être spécialement qualifié. Mais surtout, qui dit acte de terrorisme, suppose une organisation. Mais ce n'est pas comme de la criminalité organisée. Le but du terrorisme est tout autre. L'intention n'est pas la même : l'attaque n'est pas seulement contre un bien, un groupe de personne mais contre la cohésion nationale, contre des valeurs. « L'objectif va au-delà de la simple destruction matérielle. Et c'est là toute la nuance avec les délits et crimes dits « classiques ». Il est nécessaire d'adapter le droit pour pouvoir faire face à la menace terroriste. L'acte terroriste ne peut pas être traité comme un acte « classique ». Ces infractions-là frappent bien plus que l'État : si l'État est menacé, elles remettent en cause plus sûrement la cohésion de la nation qui en est le soutien »¹⁷. C'est justement parce que le terrorisme est une exception qu'il doit être traité comme telle.

Karine Roudier, dans sa thèse, souligne bien le caractère particulier des dispositifs antiterroristes qui sont des régimes dérogatoires de droit commun adoptés par la voie normative classique : « en d'autres termes, ils ne sont ni l'expression du droit *ordinaire* de l'État, ni celle du droit *exceptionnel* prévu par les ordonnancements. Ils finissent par devenir une sorte d'*entre-deux* »¹⁸.

¹⁵ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme.

¹⁶ Thierry-Serge RENOUX, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 14*, Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003.

¹⁷ Emmanuel DREYER, *Droit Pénal Spécial*, Ellipses Edition, 2008, p. 318.

¹⁸ Karine ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t.140, 2012, p. 7.

§3. La complexité de la notion de terrorisme

Le terrorisme retient l'attention médiatique et politique du XXI^{ème} siècle mais ce phénomène n'est pourtant pas récent. Étymologiquement parlant, il faut remonter à la Révolution française pour découvrir ce terme. Ce dernier désigne « La Terreur » (juillet 1793-juillet 1794). Cette période étrange où la République nouvelle née s'impose aux citoyens par la terreur. Il est intéressant de noter que l'origine de ce terme montre qu'il peut être l'illustration d'une politique d'État. De plus, elle souligne que le mot est né dans un contexte non problématique puisque le terme « terreur » était revendiqué à l'époque par le pouvoir lui-même¹⁹. Les « terroristes » sont finalement les partisans et les agents du pouvoir en place. Par la suite, le terme terroriste va très vite s'imposer comme désignant des ennemis du pouvoir. Mais avant même que le concept de terrorisme soit défini, on peut considérer des actes antérieurs comme des actes dits terroristes. Les hommes fauves d'Afrique, les Thugs en Inde, les assassinats d'Henri III et d'Henri IV, mais aussi les activistes irlandais dans les années 1850-60 qui ont usé de pratiques violentes pour permettre l'indépendance de l'Irlande vis-à-vis du Royaume-Uni²⁰. La liste est longue avant d'arriver aux attentats djihadistes du XXI^{ème} siècle.

Mais le terrorisme n'est pas uniquement affaire de personne. Certains États occidentaux dès la Première Guerre mondiale ont commis des actes qui, à la lumière des définitions actuelles, pourraient être qualifiés de terrorisme. En effet, la totalisation de la guerre va entraîner des pratiques contestables dans les deux camps. « La stratégie des puissances de l'Entente a été fondée sur l'utilisation de l'arme du blocus destinée à frapper tout aussi bien le potentiel industriel de l'ennemi que la population civile. Le but est de détruire, à la longue, la volonté de combattre de l'autre camp »²¹. Cette stratégie a eu des effets considérables entraînant jusqu'à la famine. Mais de l'autre côté, l'Empire allemand a adopté une stratégie de guerre sous-marine à l'excès, ciblant aussi bien les navires civils que militaires. Le torpillage par un sous-marin allemand du Lusitania avec 1200 civils à bord, le 7 mai 1915, bien qu'instrumentalisé par la propagande alliée, est révélateur de cette pratique. Le professeur Jean Servier en définissant rapidement le terme « terroriser » va dans un sens qui englobe la pratique étatique. Pour lui, il ne s'agit pas d'une « action brève, limitée dans le temps, mais d'une stratégie assurée d'une certaine continuité »²². Après la Première Guerre mondiale, on constate un déplacement net de l'appellation terroriste vers des groupements d'individus. Et ce, même si le terrorisme étatique semble parfois ressurgir, comme lors du massacre d'Amristar dans les Indes britanniques par exemple. En l'espèce, plusieurs milliers d'indiens se sont réunis pacifiquement dans la ville

¹⁹ Marc JACQUEMAIN, « Terrorisme, terroriste », in « Nouveaux mots du pouvoir : fragments d'un abécédaire », *Quadermi* n°63, printemps 2007, p. 89.

²⁰ Voir dans ce sens l'Irish Republican Brotherhood.

²¹ Henry LAURENS, « le terrorisme comme personnage historique », in Henry LAURENS et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes : histoire et droit*, CNRS Edition, Paris, 2010, p. 27.

²² Jean SERVIER, *Le terrorisme*, Que sais-je? Éditions PUF, Paris 1992, p. 4.

d'Amritsar. Le but de ce rassemblement était de protester contre le Rowlatt Act de 1919. Ce dernier permettait d'emprisonner des suspects sans procès. Une troupe britannique bloqua le seul accès de la place et ouvrit le feu après quelques sommations. Les estimations officielles dénombrent plus de 1100 blessés et plus de 370 tués.

Le professeur Thierry S. Renoux constate que le phénomène terroriste se prête difficilement à l'analyse juridique²³. Le professeur Marc Jacquemain évoque trois « stratégies » pour définir la notion de terrorisme. La première définition serait celle dont le contenu idéologique prédomine. C'est donc finalement une attaque contre le « bon » système politique. Les théories anarchistes, voire nihilistes, ont contribué au développement du phénomène. Finalement, ce ne sont plus des actions visant certains individus qui vont primer. On va assister à un changement notable de conception : c'est la société dans son ensemble qui va être la cible des terroristes.

« Comme chef de l'Etat, ma responsabilité est d'y veiller. On doit continuer de vivre, la vie doit continuer, parce que ce serait céder à la peur et au terrorisme que de changer nos habitudes, nos modes de vie, nos activités économiques, nos activités associatives, bref, ce qui fait que nous sommes la France. Nous devons continuer à vivre comme nous le voulons, la vie doit continuer »²⁴. Cet extrait d'un discours de François Hollande illustre bien cette conception. Le terrorisme serait donc une atteinte à nos valeurs, nos habitudes, nos modes de vie. C'est donc l'idée que le terrorisme veut nuire à la société elle-même.

Marc Jacquemain justifie le fait qu'il faille une définition objective du terrorisme. Il cite la définition de l'encyclopédie virtuelle Wikipédia²⁵. Mais à juste titre, on remarque que cette définition englobe les actions étatiques. Or, dans toute situation de guerre, il y a eu et il y a encore des « dérapages », voire un comportement absolument « immoral ». Nous avons insisté sur la Première Guerre mondiale mais les États vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale peuvent également être accusés de terrorisme. On peut citer un exemple frappant, celui des États-Unis d'Amérique, victorieux du Japon. Au prix du largage de deux bombes atomiques sur des cibles qui n'avaient pas une réelle portée militaire. Bien au contraire, le bombardement avait bien comme but de terroriser les japonais. Mais aussi un objectif moins avouable : celui de tester cette nouvelle technologie ! Les villes choisies étaient hautement symboliques. Hiroshima par exemple était une ville avec une profonde histoire et a été la base du pouvoir impérial durant la guerre sino-japonaise de 1894-1895. Il y eu près de 250 000 victimes suite à la bombe atomique dans cette ville. On pourrait également évoquer le bombardement de Dresde qui aboutit à rayer de la carte cette ville en exterminant plus de 300 000 personnes. Le but de ce bombardement massif

²³ Thierry-Serge RENOUX, *op.cit.*

²⁴ Déclaration du Président de la République, François Hollande sur la lutte contre le terrorisme et sur les efforts en faveur des zones rurales, à Tulle le 17 janvier 2015 (vie-publique.fr/discours).

²⁵ « Le terrorisme consiste en pratique, par une personne, un groupe ou un État, de crimes violents, destinés à produire sur leur cible (la population) un sentiment de terreur souvent bien supérieur aux conséquences réelles de l'acte. Le terrorisme vise la population civile en générale ou une de ses composantes, une institution ou la structure d'un État ».

était la vengeance. Cette définition du terrorisme semble donc bien inconfortable pour les États. Le terrorisme étant défini selon la logique du vainqueur. Ainsi les alliés durant la Seconde Guerre mondiale pourraient être qualifiés de terroristes, mais ils ont gagné la guerre. Il est à noter que d'autres Nations pourraient se voir qualifiées de la même manière.

Marc Jacquemain propose une troisième stratégie qui est celle de « laisser le terrorisme dans l'impensé ». C'est-à-dire que la simple évocation du terrorisme doit susciter une réaction de peur, de terreur. « Toute tentative d'analyse causale risque de faire apparaître chez les terroristes des motivations que nous pourrions partiellement partager : la pauvreté, la domination, l'humiliation, la soif de justice ou de dignité »²⁶. Ainsi, selon le sociologue, une forme d'empathie se manifesterait. Ce point de vue peut être critiqué. La motivation des terroristes peut, et même doit, être étudiée et comprise. Mais il y a une différence colossale entre comprendre un acte et l'excuser²⁷. Les terroristes commettent des actes inqualifiables même si on se place de leur point de vue. L'analyse globale est primordiale pour comprendre le phénomène terroriste. Le terrorisme est un problème d'anthropologie juridique.

« Le terrorisme est un phénomène complexe, parce qu'il évolue en permanence dans ses organisations, ses motivations et ses objectifs, ses méthodes et ses moyens. Ne connaissant pas de frontière, il s'est répandu de manière diffuse à travers le monde sous des formes variées »²⁸. Les trois conceptions de Marc Jacquemain semblent s'entremêler pour former un concept plus ou moins juridique.

§4. La difficulté d'une définition internationale

Comment définir le terrorisme ? Finalement, cela peut concerner des groupements d'individus mais aussi des États reconnus sur la scène internationale. De plus, très vite on se rend compte que tout dépend du point de vue : des terroristes peuvent être finalement des combattants de la liberté selon où l'on se place. L'exemple type étant la période de l'occupation allemande de la France. Les autorités allemandes parlaient de « terroristes », alors que les Alliés avec le gouvernement de la France Libre, parlaient de « résistants ». Ces deux termes désignant les mêmes individus commettant des crimes pour le pouvoir en place ou des actes courageux, voire stratégiques, pour les combattants du régime nazi.

On comprend bien le problème de donner une définition internationale du phénomène terroriste. Le « coup d'envoi » d'une réflexion sur une définition internationale du terrorisme est

²⁶ Marc JACQUEMAIN, *op. cit.*, p. 91.

²⁷ Définition de « comprendre » : Saisir par l'esprit l'action, le comportement de quelqu'un, en entrant dans ses raisons, ses mobiles, participer à sa manière de voir, de réagir.

Définition d' « excuser » : Disculper quelqu'un en alléguant des justifications, des raisons, des prétextes.

Source : Larousse.fr.

²⁸ Prévention des risques majeurs, comprendre la menace terroriste, www.risque.gouv.fr.

donné dans les années trente. Comme le dit l'Organisation des Nations Unies : « le terrorisme est à l'ordre du jour de la communauté internationale depuis 1934 »²⁹. Le professeur Peter Kovacs détaille ce qu'il appelle le « grand précédent », c'est-à-dire l'attentat contre le roi de Yougoslavie le 9 octobre 1934 en France³⁰. Ainsi l'Organisation Révolutionnaire Intérieure Macédonienne (ORIM) organise un attentat à Marseille, lieu d'accueil du roi de Yougoslavie. Cet attentat a eu un fort retentissement médiatique. Sans rentrer dans les détails de l'affaire, la France va proposer que la Société des Nations travaille sur l'élaboration et l'adoption d'une convention relative au terrorisme. Le texte de la convention fut rédigé à la Conférence pour la répression du terrorisme, qui se déroula du 1^{er} au 16 novembre 1937, au siège de la Société des Nations à Genève³¹.

Une définition générale des actes terroristes est posée au deuxième alinéa de l'article premier, ainsi les actes terroristes sont des « faits criminels dirigés contre un État et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public »³². Les États seront tenus de traduire les exigences de la convention dans des lois du domaine pénal. Par exemple, « les faits intentionnels dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle, la santé ou la liberté des chefs d'État, des personnes exerçant les prérogatives du chef de l'État, de leurs successeurs héréditaires ou désignés ; doivent être prévus dans le droit interne s'ils sont commis sur le territoire d'une Haute Partie contractante et, surtout, s'ils constituent des actes de terrorisme au sens de l'article premier »³³. Cette convention était novatrice sur certains aspects, notamment sur l'extradition. En effet, en posant une définition du terrorisme, les États auraient proclamé la compétence universelle de la répression du terrorisme internationale en niant le caractère politique des actes de ce genre (ce qui a été souvent invoqué par des États pour justifier le refus de l'extradition)³⁴. On remarque que c'est encore principalement l'attaque contre des fonctions étatiques bien déterminées (l'atteinte contre le chef de l'État est placée en premier dans l'énumération des faits terroristes) qui est visée par la convention. On est encore loin des nouvelles pratiques des organisations terroristes et surtout le but (la société dans son ensemble va être la cible). La Convention pour la prévention et la répression du terrorisme ne sera jamais ratifiée... La définition de l'acte terroriste semble trop générale. Elle va susciter de nombreuses critiques faisant ressortir la difficulté de trouver un consensus. En effet, comme le souligne le professeur Alain Bauer et Christophe Soullez, pour certains observateurs la définition « est trop large et mélange l'objectif et le moyen alors que pour d'autres, elle n'aurait aucun caractère opérationnel et ne pourrait pas être appliquée »³⁵.

Il faut attendre le début des années cinquante pour que la Commission du droit international de l'ONU parle à nouveau de terrorisme et propose un semblant de définition. Le

²⁹ Action de l'ONU contre le terrorisme : instruments internationaux pour combattre le terrorisme, www.un.org, consultation le 18 janvier 2016.

³⁰ Peter KOVACS, « le grand précédent : la société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre roi de Yougoslavie », www.uni-miskolc.hu, consultation le 18 janvier 2016.

³¹ Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, bibliothèque numérique mondiale : www.wdl.org, consultation le 18 janvier 2016.

³² Article 1 de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, 16 novembre 1937, p. 5.

³³ Article 2 de la Convention, *Idem*.

³⁴ Peter KOVACS, le grand précédent *op. cit.*

³⁵ Alain BAUER et Christophe SOULLEZ, *Terrorismes*, Dalloz, 2015, p. 9.

projet de code de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, de 1954, aborde la thématique terroriste mais seulement du point de vue étatique : « Le fait, pour les autorités d'un État, d'entreprendre ou d'encourager des activités terroristes dans un autre État, ou le fait, pour les autorités d'un État, de tolérer des activités organisées calculées en vue de perpétrer des actes terroristes dans un autre État »³⁶. Comme son nom l'indique, ce texte restera à l'état de projet. Le 4 décembre 1954, l'assemblée générale reporte l'examen du projet et ce dernier ne sera finalement pas retenu³⁷.

L'ONU va ensuite changer de stratégie et ainsi privilégier non pas une définition générale du terrorisme mais une approche sectorielle. En témoignent les trois premières conventions internationales contre le terrorisme. Ces dernières vont viser les actes terroristes contre les aéronefs. En effet, la Convention de Tokyo³⁸ s'applique, selon son article 1^{er}, aux actes pouvant compromettre ou compromettant la sécurité de l'aéronef, des personnes ou des biens, le bon ordre et la discipline à bord. Selon l'article 6, lorsque le commandant de l'aéronef est fondé à croire qu'une personne a commis ou est sur le point de commettre un acte visé par la convention, il se voit attribuer le pouvoir de prendre certaines mesures qu'il juge nécessaires pour garantir la sécurité de l'aéronef. L'État dit contractant est tenu de placer en détention les auteurs de l'infraction et de restituer le contrôle de l'aéronef au commandant légitime.

Cette première convention ciblée va être complétée par la Convention de la Haye sur les détournements d'aéronefs³⁹. Selon l'article 1^{er}, est érigé en infraction le fait pour une personne, à bord d'un aéronef en vol, de s'emparer (ou de tenter) de cet aéronef de façon illicite et par violence ou menace de violence ou d'en exercer le contrôle. L'article 2 est intéressant car les États parties s'engagent à « réprimer l'infraction de peines sévères ». Les États contractant s'accordent, en l'espèce, une entraide judiciaire la plus large possible.

Le troisième traité est la Convention de Montréal sur les actes de sabotages tels que les explosions à bord d'un aéronef en vol⁴⁰. L'intitulé de la convention illustre la prise en compte des nouvelles techniques terroristes. Il est à supposer que l'attentat du 21 février 1970 sur le vol SR-330 Zurich-Tel Aviv y soit pour beaucoup⁴¹.

Un texte complémentaire à cette dernière convention sera adopté en 1988⁴². Les dispositions de la Convention de Montréal sont ainsi étendues aux actes terroristes dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale. Une nouvelle convention dans le même domaine a été adoptée, mais n'est pas encore entrée en vigueur : la Convention de 2010 sur la

³⁶ Point 6 de l'article 2 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

³⁷ Résolution n° 897 de la 9^{ème} session de l'assemblée générale, le 4 décembre 1954.

³⁸ La Convention du 14 septembre 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs.

³⁹ La Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs.

⁴⁰ La Convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile.

⁴¹ Une bombe placée par le Front populaire de libération de la Palestine explose quelques minutes après le décollage, tuant les 47 occupants.

⁴² Le Protocole de 1988 pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale.

répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale. Cette dernière semble être la réponse aux attentats du 11 septembre 2001 puisqu'elle criminalise le fait d'utiliser des aéronefs civils comme des armes. Le texte prend en compte les nouveaux types de menaces contre l'aviation civile et utilisant l'aviation civile : cyber-attaque sur des installations de navigation aérienne, le fait d'émettre des substances biologiques, chimiques et nucléaires via l'utilisation d'un aéronef civil,...

Une convention est également adoptée concernant les attaques contre les hauts responsables gouvernementaux et les diplomates⁴³. La protection s'étend au chef d'État, aux ministres des affaires étrangères, tout représentant ou agent officiel d'un État ou d'une organisation internationale.

Mais c'est la prise d'otages lors de Jeux olympiques de Munich de 1972⁴⁴ qui va marquer un tournant via un renforcement de la doctrine des Nations-Unies. La Convention de 1979 contre la prise d'otages a pour objet « de développer une véritable coopération internationale entre les États en ce qui concerne l'élaboration et l'adoption de mesures efficaces destinées à prévenir, réprimer et punir les actes de prise d'otages en tant que manifestations du terrorisme international »⁴⁵.

Une convention concernant l'acquisition et l'utilisation illicite de matières nucléaires est adoptée en 1980⁴⁶. Ce texte va définir plusieurs infractions : la détention, l'utilisation et la cession illégales ou le vol de matières nucléaires. Ainsi que la menace d'utiliser des matières nucléaires pour tuer ou blesser grièvement autrui ou causer des dommages considérables aux biens. Après avoir défini les matières visées par le texte (article 1), le texte prévoit que les États parties doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la protection du transport des matières nucléaires, desdites matières sur son territoire, ... (article 3). La Convention internationale de 2005⁴⁷ pour la répression des actes de terrorisme nucléaire complète celle de 1980. Le terrorisme nucléaire peut avoir des conséquences dramatiques et donc constituer une menace contre la paix et la sécurité internationale. « Cette convention couvre un large éventail d'actes et de cibles possibles, y compris les centrales et les réacteurs nucléaires. Quiconque menace ou tente de commettre de tels crimes ou d'y participer en tant que complice commet une infraction »⁴⁸. Là encore, l'accent est également mis sur l'entraide judiciaire internationale : les États sont encouragés à collaborer afin de prévenir les attaques terroristes en échangeant des renseignements et à s'entraider pour toute enquête et procédure pénale (articles 14 et 15). La convention est intéressante car, selon l'article 18, elle traite à la fois des situations de crise (aider les États à régler une situation) et de

⁴³ La Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale.

⁴⁴ La prise d'otage a lieu durant les Jeux olympique d'été de Munich. Le 5 septembre les 11 membres de l'équipe olympique israélienne sont pris en otage, puis assassinés, par des terroristes palestiniens.

⁴⁵ Frédérique Vallon, *De l'utilité d'un droit international en matière de terrorisme nucléaire maritime*, Publibook, 2012, p. 252.

⁴⁶ La Convention de 1980 sur la protection physique des matières nucléaires.

⁴⁷ La Convention de 2005 internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire.

⁴⁸ Nations Unies, « Instrument concernant le terrorisme nucléaire », <http://www.un.org/fr/counterterrorism/legal-instruments.shtml>, consulté le 13 février 2016.

la gestion de post-crise (rendre les matières nucléaires sans danger avec l'aide de l'Agence internationale de l'énergie atomique).

La navigation maritime fait également l'objet d'une protection spécifique, suite à l'adoption de la Convention de Rome sur les activités illicites à bord de navires⁴⁹. Le préambule est éloquent : « Profondément préoccupés par l'escalade, dans le monde entier, des actes de terrorisme, sous toutes ses formes, qui mettent en danger ou anéantissent des vies humaines innocentes, compromettent les libertés fondamentales et portent gravement atteinte à la dignité des personnes ».

La Convention de Montréal de 1991⁵⁰ porte sur la nécessité, de la part des États, de prendre toutes les mesures nécessaires et effectives pour interdire et empêcher la fabrication sur leur territoire d'explosifs non marqués. Ce texte a été adopté après l'attentat contre un Boeing 747 de la compagnie aérienne Pan Am en 1988, plus connu sous le nom d'attentat de Lockerbie. Cet attentat fit 270 morts.

Il faut attendre 1997 pour qu'enfin le mot « terrorisme » apparaisse dans l'intitulé d'une convention internationale : la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif. Ce texte intervient suite au constat de la multiplication des actes de terrorisme commis au moyen d'engins explosifs. Comme le souligne le professeur Alain Bauer et Christophe Soullez, la Convention rappelle « la Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international annexé à la résolution 49/60 que l'Assemblée générale des Nations Unies a adoptée le 9 décembre 1994 »⁵¹. Cette dernière précise que « États membres de l'ONU réaffirment solennellement leur condamnation catégorique, comme criminels et injustifiables, de tous les actes, méthodes et pratiques terroristes, où qu'ils produisent et quels qu'en soient les auteurs notamment ceux qui compromettent les relations amicales entre les États et les peuples et menacent l'intégrité territoriale et la sécurité des États. Le texte note que les « instruments juridiques multilatéraux existants ne traitent pas de manière adéquate de ce type d'attentat ». Ainsi, l'article 2 précise que « commet une infraction toute personne qui, illicitement et intentionnellement, livre, pose, ou fait exploser ou détonner un engin explosif ou autre engin meurtrier dans ou contre un lieu public, une installation gouvernementale ou une autre installation publique, un système de transport public ou une infrastructure dans l'intention de provoquer la mort ou des dommages corporels graves ou dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, cette installation, ce système ou cette infrastructure, lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables ».

La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme est adoptée en 1999. Les États sont ainsi tenus de prendre des mesures pour prévenir et empêcher le financement de terroristes, qu'il s'effectue soit de manière directe, soit indirectement, par l'intermédiaire d'organisations qui prétendent avoir un but caritatif, culturel ou social, ou qui sont également impliquées dans des activités illégales telles que le trafic de stupéfiants ou le trafic

⁴⁹ La Convention de 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime

⁵⁰ La Convention de 1991 sur le marquage des explosifs plastiques et en feuille aux fins de détection

⁵¹ Alain BAUER et Christophe SOULLEZ, *op. cit.*, p. 20.

d'armes (article 2). La convention prévoit l'identification, le gel ou la saisie des fonds affectés à des activités terroristes, ainsi que le partage des fonds provenant des confiscations avec d'autres États au cas par cas. Chose importante, le secret bancaire ne saurait plus être invoqué pour justifier un refus de coopérer (article 18)⁵².

Il est à noter que ces deux dernières conventions qui ont pour point commun de définir les infractions terroristes ne peuvent pas être considérées comme des infractions politiques. Elles feront donc l'objet d'une extradition si besoin, en tous les cas d'une entraide judiciaire. Cette « dépolitisation » favorise d'ailleurs l'entraide policière internationale, comme le souligne Mireille Delmas-Marty⁵³.

Le 17 décembre 1996, la résolution 51/210 crée un Comité spécial sur le terrorisme. Ce comité est chargé de la préparation d'une Convention générale sur le terrorisme international. Ce projet est toujours en cours aujourd'hui. L'article 2 dudit projet contient une définition générale du terrorisme : « commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par tout moyen, cause illicitement et intentionnellement : a) La mort de quiconque ou des blessures graves à quiconque ; ou b) D'importants dommages à un bien privé ou public, notamment un lieu public, une installation d'État ou publique, un système de transport public, une infrastructure ou l'environnement ; ou c) Des dommages aux biens, lieux, installations ou systèmes mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article qui entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables, lorsque le comportement incriminé, par sa nature ou son contexte, a pour but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou à ne pas faire quelque chose. Commet également une infraction quiconque menace sérieusement et de manière crédible de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article. Commet également une infraction quiconque tente de commettre une infraction visée au paragraphe 1 du présent article ».

Il est à noter que, le 14 septembre 2005, le Secrétaire Général des Nations-Unies s'est adressé aux États : « Vous condamnerez le terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations, quels qu'en soient les auteurs, où qu'il frappe et quelle que soit la cause qu'il prétend servir. Vous vous engagerez à chercher un accord dans l'année à venir sur une convention globale contre le terrorisme, et vous marquerez votre appui en faveur d'une stratégie propre à faire en sorte que notre combat contre le terrorisme rende la communauté internationale plus forte et les terroristes plus faibles, et non l'inverse »⁵⁴. Cet appel est toujours sans résultat. Ces multiples exemples démontrent la grande difficulté à trouver une définition universelle du terrorisme, impliquant une entente entre tous les États membres de l'ONU. C'est une question

⁵² Nations Unies, « Instrument concernant le financement du terrorisme », <http://www.un.org/fr/counterterrorism/legal-instruments.shtml>, consulté le 13 février 2016.

⁵³ Mireille DELMAS-MARTY, « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale de valeurs ? », in Henry LAURENS et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes : histoire et droit*, CNRS Edition, Paris, 2010, p. 175.

⁵⁴ Discours de Kofi Annan au sommet mondial de 2005, [voltairenet.org](http://www.voltairenet.org), 14 septembre 2005, <http://www.voltairenet.org/article128059.html>, consulté le 20 décembre 2015.

très sensible qui pose le problème de l'absence d'une cohérence culturelle, politique et juridique entre les acteurs du droit international.

Section 2 : L'échelon européen comme rempart supranational démocratique

Il y a désormais une profusion de textes internationaux, régionaux et internes. Comme le souligne le professeur Henry Laurens, cette accumulation donne de ce crime des définitions extrêmement variées, voire contradictoires⁵⁵. Pourtant, les États européens au sein du Conseil de l'Europe ont réussi à s'entendre sur une définition commune (paragraphe 1). C'est la « grande Europe » qui va permettre une protection harmonisée des droits fondamentaux via la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil de l'Europe (paragraphe 2). Cela est d'autant plus nécessaire au vu des pratiques étatiques sécuritaires (paragraphe 3) et de la tolérance des juridictions suprêmes nationales. Ainsi le Conseil constitutionnel français semble fermer les yeux sur le caractère liberticide de certaines lois (paragraphe 4), légitimant la place de la Cour européenne en tant que gardienne supranationale des droits fondamentaux.

§1. Le consensus européen sur la définition du terrorisme

Il est en effet bien plus facile de se mettre d'accord entre États partageant sensiblement les mêmes valeurs. La garantie juridictionnelle des droits de l'homme, via la Cour européenne des droits de l'homme, repose sur un préalable fondamental : des valeurs culturelles, politiques et juridiques communes pour que les États tolèrent telle ou telle juridiction. C'est pour cela que sur le plan universel il est si complexe pour les États de se mettre d'accord. Il semble en effet difficile d'associer le Qatar, le Luxembourg et le Guatemala pour une juridiction commune. De même ces pays n'ont pas forcément la même notion de terrorisme. Comme le souligne justement, Stefano Manacorda, « les institutions régionales jouissent d'un certain avantage en raison de l'homogénéité des ordres juridiques des États concernés »⁵⁶. Comme le rappelle Emmanuel Decaux, « le sujet est loin d'être neutre, même à s'en tenir à une définition strictement juridique, mais il en est sans doute de même de toutes les questions relevant du droit international public »⁵⁷.

⁵⁵ Henry LAURENS, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶ Stefano MANACORDA, « Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme », in Henry LAURENS et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes : histoire et droit*, CNRS Edition, Paris, 2010, p. 192.

⁵⁷ Emmanuel DECAUX, « Terrorisme et droit international des droits de l'homme », in Henry LAURENS et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes : histoire et droit*, CNRS Edition, Paris, 2010, p. 291.

On ne trouve pas de définition du terrorisme dans la Convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1976 sur la répression du terrorisme. Mais l'article 1^{er} fait référence à plusieurs conventions adoptées sous l'égide des Nations-Unies et ayant trait à la lutte contre le terrorisme⁵⁸. L'article 2, lui, opère la même « dépolitisation » que les dernières conventions onusiennes : « [...] un État Contractant peut ne pas considérer comme infraction politique, comme infraction connexe à une telle infraction ou comme infraction inspirée par des mobiles politiques, tout acte grave de violence qui n'est pas visé à l'article 1^{er} et qui est dirigé contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ». C'est une convention visant à faciliter l'extradition de terroristes entre les États parties à la convention.

C'est finalement dans le cadre de l'Union européenne, le 13 juin 2002, avec la décision-cadre du Conseil Européen relative à la lutte contre le terrorisme, qu'une définition internationale de l'infraction terroriste est acceptée par un ensemble d'État (les membres de l'Union). La doctrine s'accorde pour dire que cette décision-cadre est en quelque sorte le produit des attentats du 11 septembre 2001. Dans le cadre du Conseil de l'Europe il faut attendre la Convention pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2007. Elle définit, dans ses considérants, les actes de terrorisme qui « par leur nature ou leur contexte, visent à intimider gravement une population, ou à contraindre indûment un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou à gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ». Dans son article 1^{er} elle renvoie pour la définition de l'infraction terroriste aux diverses conventions onusiennes⁵⁹ vues *supra*. Le Conseil de l'Europe a adopté cette convention afin d'accroître l'efficacité des instruments internationaux existant en matière de lutte contre le terrorisme. Un protocole additionnel à ladite convention a été adopté le 22 octobre 2015. Il permet de prendre en compte les nouvelles pratiques des terroristes pour en faire des infractions pénales : se rendre à l'étranger à des fins de terrorisme, recevoir un entraînement pour le terrorisme, financer des voyages à l'étranger à des fins de terrorisme,...

⁵⁸ Pour les besoins de l'extradition entre États Contractants, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques :

- a. les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970¹;
- b. les infractions comprises dans le champ d'application de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971²,
- c. les infractions graves constituées par une attaque contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ayant droit à une protection internationale, y compris les agents diplomatiques;
- d. les infractions comportant l'enlèvement, la prise d'otage ou la séquestration arbitraire;
- e. les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques, ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes;
- f. la tentative de commettre une des infractions précitées ou la participation en tant que co-auteur ou complice d'une personne qui commet ou tente de commettre une telle infraction.

⁵⁹ Aux fins de la présente Convention, on entend par « infraction terroriste » l'une quelconque des infractions entrant dans le champ d'application et telles que définies dans l'un des traités énumérés en annexe.

§2. La « grande Europe » pour protéger les droits fondamentaux

Le Conseil de l'Europe⁶⁰ a adopté la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (plus communément appelée Convention Européenne des Droits de l'Homme : ConvEDH) le 4 novembre 1950 à Rome. La ConvEDH est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, après la ratification de dix États. La convention consacre une série de droits civils et politiques mais établit également un système permettant de garantir le respect de ces droits par les États contractants (d'où la création de la Cour en 1959). Depuis 1950, seize protocoles additionnels ont été adoptés. Les protocoles numéros 15 et 16 sont pour l'instant ouverts à signature depuis 2013. La Cour européenne des droits de l'homme, créée le 18 septembre 1959, siège à Strasbourg et est ouverte à la saisine de près de 820 millions de personnes.

Mais qu'est-ce que cette juridiction ? « La terre promise que l'on atteint qu'après un marathon de procédure, se lamenteront les plaideurs. L'interprète suprême de la ConvEDH préciseront les juristes. La première juridiction internationale de protection des droits fondamentaux, rappelleront les historiens. L'ultime rempart de la démocratie sur le Vieux Continent, affirmeront les responsables politiques »⁶¹. La Cour est une juridiction dont la compétence s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles (article 32 ConvEDH). Ladite Cour peut être saisie d'une requête par une Haute Partie Contractante ou par toute personne physique, toute organisation non-gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui s'estime victime d'une violation de ses droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles (article 34 ConvEDH).

La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg « constituent aujourd'hui le principal élément fédérateur des différentes formes de protection des droits et des libertés qui s'exercent en France »⁶².

Durant le sommet mondial de 2005, le Conseil de l'Europe par l'intermédiaire de son Secrétaire Général, Terry Davis, après avoir rappelé que ledit Conseil, tout comme l'ONU, a été créé après la Seconde Guerre mondiale, met en garde sur la lutte potentiellement liberticide contre le terrorisme : « L'une des menaces les plus graves aux droits de l'homme d'aujourd'hui est le terrorisme que les habitants de New York ne connaissent que trop bien. L'Europe a trop souffert des atrocités effroyables perpétrées au cours des deux dernières années en Russie, en

⁶⁰ Le Conseil de l'Europe est une organisation distincte de l'Union Européenne, et ce, même si les 28 États membres de ladite Union sont également membres du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale qui regroupe 47 États. L'un des objectifs premiers de cette organisation d'États est la préservation des droits de l'Homme.

⁶¹ Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris Sirey 13^{ème} édition, 2014, p. 1.

⁶² Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », Conseil constitutionnel.fr, 13 février 2009, p. 10.

Turquie, en Espagne et au Royaume-Uni. Le terrorisme cherche à détruire notre mode de vie et à porter atteinte à la liberté, la démocratie et la primauté du droit. Il est injustifiable en toutes circonstances et dans toutes les cultures. Nous devons résolument défendre ces valeurs sur lesquelles les Nations Unies et le Conseil de l'Europe ont été fondées, mais en même temps, nous devons aussi nous assurer que les mesures prises par les gouvernements ne réduisent pas les mêmes valeurs et les droits ». Il rappelle ainsi qu'il faut redoubler d'effort pour éviter tout amoindrissement des libertés dans la lutte antiterroriste. Dans le cas contraire ce serait une victoire pour les terroristes⁶³.

§3. La lutte contre le terrorisme et les droits fondamentaux ?

« La France est en guerre ». Ainsi commence le discours du Président de la République, François Hollande, devant le Parlement réuni en Congrès⁶⁴. Les attentats de Paris du 13 novembre sont qualifiés comme des actes de guerre. Le président parle également d'une armée djihadiste. Ce vocabulaire militaire n'est pas anodin : la guerre, étant une situation exceptionnelle, nécessite des mesures exceptionnelles. Le problème étant que pour vaincre un adversaire, qui plus est un adversaire terroriste, il faut parfois amoindrir certaines libertés. La sécurité devient première face aux libertés. Mais ce processus sécuritaire ne commence pas avec les derniers attentats de Paris. La sécurité est consacrée par le législateur français comme étant un droit fondamental, « elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités », et ce, dès 2001⁶⁵. L'État semble devoir adopter des législations toujours plus attentatoires aux libertés pour prévenir des actes terroristes. La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement ou encore la mise en application inédite de l'état d'urgence en sont une bonne illustration. L'État doit faire face à une menace nouvelle. Jean-Charles Brisard explique la mutation problématique de la menace terroriste : « le terrorisme, hier structuré par des organisations et des réseaux, s'est mué en une multitude d'acteurs groupusculaires qui n'entretiennent peu ou pas de liens hiérarchiques ou

⁶³ High level meeting of the general assembly of the United Nations, Statement by Terry Davis, secretary general of the Council of Europe, New-York, 16 septembre 2005 : « Mr President, one of the gravest threats to human rights today is terrorism as the people of New York know only too well. Europe too has suffered with appalling atrocities perpetrated over the last two years in Russia, Turkey, Spain and in the United Kingdom. Terrorism seeks to destroy our way of life and to undermine freedom, democracy and the rule of law. It is unjustifiable under any circumstances and in any culture. We must resolutely defend those values on which both the United Nations and the Council of Europe were founded, but at the same time we must also make sure that measures taken by Governments do not curtail those same values and rights. That is why we must redouble our efforts to ensure the prevention of torture, the preservation of freedom of expression and information and the eradication of racism and discrimination If we condoned any erosion of civil liberties or human rights for the sake of the fight against terrorism, it would be a major victory for the terrorists. I welcome the efforts of the Counter Terrorism Committee of the Security Council to work with regional organisations in the struggle against terrorism ».

⁶⁴ François HOLLANDE, discours devant le Parlement réuni en Congrès, le 16 novembre 2015.

⁶⁵ Article 1^{er} de la loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001.

directionnels avec un des groupes terroristes. C'est ainsi que les actes de terrorisme individuel en Europe ont représenté 12 % des attentats entre 2001 et 2007 et de 40 à 45 % depuis cinq ans »⁶⁶.

Ainsi, il constate que les groupes terroristes se sont finalement adaptés aux nouvelles technologies et aux pratiques sécuritaires des États. De grandes filières sont désormais repérables assez aisément par les services de renseignement. Le terrorisme « microcellulaire » semble être désormais la pratique courante. Pour déceler ces nouvelles formations, les moyens et les méthodes sont de plus en plus attentatoires aux droits et libertés. En témoigne les spectaculaires avancées en matière de collecte, mémorisation et utilisation des données à caractère personnel. Certains États ont mis en place une surveillance quasi-généralisée de la population. Ces mesures étatiques portent atteinte à la vie privée, droit consacré à l'article 8 de la ConvEDH. Il en est de même avec l'éloignement des étrangers, les États étant tentés de les transmettre à des États pratiquant la torture et autres traitements contraire à la dignité humaine.

Hanspeter Mock, conseiller à la Mission suisse près l'Union Européenne, rappelle que les États ont non seulement le droit, mais aussi le devoir de protéger leur population de la menace terroriste. Pour lui, le fait que la lutte doive se faire, avec la plus grande détermination, mais toujours dans le respect des droits fondamentaux de la personne humaine semble ne plus aller de soi, surtout depuis que la violence des attaques terroristes a atteint des niveaux de barbarie jamais égalés auparavant⁶⁷.

§4. La tolérance excessive du Conseil constitutionnel légitimant la place du juge européen

En 1958, le Conseil constitutionnel avait été essentiellement conçu « comme un instrument de parlementarisme rationalisé, chargé pour l'essentiel du contrôle de conformité de la loi aux seules règles de compétence de la Constitution »⁶⁸. Le rôle du Conseil était donc pensé de manière très limitée. Mais l'audacieuse décision du 16 juillet 1971⁶⁹ allait permettre l'éclosion d'un véritable contrôle de constitutionnalité. Pourtant, face à la multiplication des lois sécuritaires potentiellement liberticides, le Conseil constitutionnel semble peu disposé à fixer des limites aux législateurs. « La lutte contre le terrorisme pouvant être comptée au nombre des domaines dans lesquels l'exécutif est le plus susceptible de céder à sa pente naturelle, dont on sait depuis

⁶⁶ Assemblée Nationale, Jean-Charles BRISARD, compte rendu de l'audition de la commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes, le 12 février 2015, p. 350.

⁶⁷ Hanspeter MOCK, « Guerre » contre le terrorisme et droits de l'homme, *RTDH*, 01 janvier 2006, n° 65, p. 23.

⁶⁸ Cécile BARGUES, « Les acteurs juridiques et les normes constitutionnelles reconnaissant les droits de l'homme en France », *La Revue des droits de l'homme*, mis en ligne le 02 juin 2015, consulté le 22 avril 2016. URL : <http://revdh.revues.org/1358>.

⁶⁹ CC, 16 juillet 1971, n°74-44 DC, *Liberté d'association*

Montesquieu qu'elle le porte à l'abus de son pouvoir, et les dispositions répressives antiterroristes autorisant nécessairement des ingérences sérieuses dans la jouissance des droits fondamentaux, il aurait été légitime que le Conseil constitutionnel exerçât un contrôle sévère du respect par le législateur des droits garantis par la norme fondamentale »⁷⁰.

Comme le relève Karine Roudier : « l'objet même des lois antiterroristes fait glisser le contrôle de constitutionnalité dans une zone de tolérance plus importante, en dehors de laquelle ses spécificités devraient être occultées. Or, ce sont elles qui permettent au juge constitutionnel d'accepter le principe même de la mise en place de mesures dérogatoires au droit commun. Ces mesures imprègnent donc le contrôle de constitutionnalité en conditionnant le cadre, sous le regard que l'on pourrait penser passif du juge constitutionnel, pour ensuite le modeler de sorte qu'il intègre une dose de flexibilité permettant d'absorber les imperfections et la sévérité des mesures antiterroristes, inhérentes à cette lutte. L'adaptation du contrôle de constitutionnalité, induite par l'objet même de la législation déferée, va être également favorisée par le constat du caractère nécessaire, ou même obligatoire, de lutter contre le terrorisme »⁷¹. En conséquence, le juge constitutionnel a développé une jurisprudence « élastique » qui se traduit par un repli du contrôle de constitutionnalité, exercé de manière plus retenue. Le bilan est tranchant : « Le rempart contre l'arbitraire, que représente le juge constitutionnel, est en train de se fissurer »⁷².

Le constat est que le Conseil constitutionnel a laissé une marge de manœuvre de plus en plus grandissante aux autorités depuis le contrôle des premières lois antiterroristes. Pour reprendre les mots d'Olivier Cahn, l'année 2015 s'est avérée pénible pour les libéraux, le législateur ayant multiplié les normes particulièrement attentatoires aux droits fondamentaux et les Sages ne l'ayant sanctionné qu'avec une extrême parcimonie⁷³. La loi sur le renseignement⁷⁴ est une illustration de ce constat préoccupant. Cette dernière ayant été validée pratiquement totalement. De même, par la décision du 22 décembre 2015⁷⁵, le Conseil constitutionnel valide l'assignation à résidence à l'encontre de militants écologistes, prononcée dans le cadre de l'état d'urgence. Cette décision est critiquable.

Le danger c'est que la situation exceptionnelle, une fois terminée, ne va pas forcément signifier la fin des décisions prises au moment où le terrorisme menaçait la démocratie. Aharon Barak précise avec justesse qu'une « décision prise en temps de terrorisme marquera un point qui infléchira la trajectoire de la justice une fois que la crise sera passée »⁷⁶. Karine Roudier fait le

⁷⁰ Olivier CAHN, « Contrôle de l'élaboration et de la mise en œuvre de la législation antiterroriste », *RDLF* 2016, chron. N°08.

⁷¹ Karine ROUDIER, *op. cit.*, p. 80.

⁷² *Ibid*, p.380.

⁷³ Olivier CAHN, *op. cit.*

⁷⁴ LOI n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

⁷⁵ CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC

⁷⁶ Aharon BARAK, « les droits de l'homme en temps de terreur : un point de vue judiciaire », Ouverture de l'année judiciaire (2016), Séminaire, Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier 2016.

constat que la politique de lutte contre le terrorisme se développe de manière paradoxale. En effet, « elle donne naissance à une législation de nature exceptionnelle dont l'application perd son caractère temporaire pour acquérir un caractère ordinaire, car les mesures antiterroristes sont appliquées sur des périodes de plus en plus longues, au point de devenir quasiment permanentes »⁷⁷. Le rôle du juge constitutionnel est donc délicat. Il devrait se montrer inflexible pour éviter de légitimer dans le temps des pratiques allant à l'encontre des valeurs démocratiques. Robert H. Jackson, juge à la Cour Suprême des États-Unis, est lucide sur ce danger dans une opinion dissidente de 1944 : « Un ordre militaire, même inconstitutionnel, ne survit pas à l'état d'urgence [...] Mais dès lors qu'une interprétation judiciaire rationalisera un tel ordre pour démontrer qu'il est conforme à la Constitution ou, plutôt, qu'elle rationalisera la Constitution pour démontrer que celle-ci autorise l'ordre en question, la Cour aura pour toujours légitimé le principe de la discrimination raciale en matière pénale et du déplacement de citoyens américains. Ce principe demeurera, tel une arme chargée prête à servir à toute autorité pouvant invoquer de manière crédible une nécessité urgente [...] Il peut arriver qu'un chef militaire franchisse les bornes de la constitutionnalité, il s'agira là d'un incident. Mais si nous l'approuvons dans l'exercice de notre contrôle, cet incident passager deviendra une doctrine constitutionnelle. Il aura alors son propre pouvoir générateur, et tout ce qu'il engendrera sera à son image »⁷⁸.

On constate une défiance, vis-à-vis de la classe politique, du rôle des juges dans la lutte contre le terrorisme, en particulier celui des juges européens. Ces derniers seraient plus des freins à l'efficacité des mesures sécuritaires que des alliés. Or, « le rôle des tribunaux consiste à vérifier que la lutte contre le terrorisme s'inscrit dans le cadre de la loi et non en dehors de celle-ci. C'est ainsi que les tribunaux contribuent à la lutte que mène la démocratie pour sa survie »⁷⁹. A l'heure où des pays démocratiques, comme la France, semblent pris dans la « spirale de l'exception »⁸⁰, c'est bien la Cour européenne des droits de l'homme qui semble être la plus apte à garantir l'État de Droit. Elle est à même d'analyser les pratiques étatiques et de sanctionner celles qui seraient contraires à la Convention. Le 24 novembre 2015, la France, comme d'autres États avant elle, a informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, pour pouvoir bénéficier de la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention. Le « tout-préventif » amène les États à agir parfois de manière douteuse, voir contraire à la Convention, notamment avec les nouvelles technologies et

⁷⁷ Karine Roudier, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁸ Supreme Court of the United States, *Korematsu v. United States*, p. 323 U.S. 246 (1944) : « A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency. [...] But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. [...] A military commander may overstep the bounds of constitutionality, and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Constitution. There it has a generative power of its own, and all that it creates will be in its own image ».

⁷⁹ Ahaon BARAK, *op. cit.*

⁸⁰ Patrice SPINOSI, « Une nouvelle loi pour lutter contre le terrorisme : la France prise dans la spirale de l'exception », *JCP G.*, 24 novembre 2014, n° 48, p. 2182.

leurs surveillances. L'article 8 de la Convention visant la vie privée et familiale est donc parfois malmené par les États. Le rôle de la Cour est de contrôler *a posteriori* les mesures sécuritaires aux motifs préventifs des États mais également d'empêcher, *a priori*, dans le cadre de la lutte antiterroriste, des traitements portant atteinte à la dignité humaine. Cette dernière est protégée par l'article 3 de la Convention. L'éloignement des étrangers pour des motifs sécuritaires est donc une problématique à laquelle doit également répondre la Cour.

Comment les droits et libertés, face à la lutte antiterroriste étatique, sont-ils protégés par la Cour européenne des droits de l'homme ?

Il va s'agir d'observer la position de la Cour face à la prévention des actes terroristes que ce soit dans le cadre de la dérogation possible en cas d'urgence ou en temps « normal ». L'accent sera mis sur les possibilités offertes par l'article 15 de la Convention et sur l'ingérence étatique vis-à-vis des données à caractère personnel qui doit poursuivre des buts légitimes pour être tolérable (partie I). Ensuite, une analyse de la position de la Cour face à la répression des actes terroristes, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, semble pertinente. En effet, c'est notamment via cet article que la jurisprudence est abondante. L'interdiction de la torture ou des peines et traitements inhumains ou dégradants est une notion sensible vis-à-vis de la lutte antiterroriste. L'éloignement des étrangers pour des motifs sécuritaires est parfois un sujet de friction entre les États et la Cour, cette dernière n'hésitant pas à innover dans ce domaine (Partie II). Finalement, l'étude va se focaliser sur des mesures intra-étatiques mais aussi sur des mesures interétatiques, via les mesures d'expulsion ou d'extradition.

Titre 1 : La Cour européenne des droits de l'homme face aux actions préventives anti-terroristes intra-étatiques

L'article 15 de la Convention⁸¹ s'intitule « dérogation en cas d'urgence ». Il a pour fonction de permettre à un État « en cas de guerre ou en cas de danger public menaçant la vie de la nation », d'écarter la Convention en prenant des mesures dérogatoires temporaires. L'article 15 a une portée très large et a soulevé un certain nombre de problèmes d'interprétation. De par sa nature dérogatoire, mettant en parenthèse l'État de Droit, cet article peut être dangereux. L'État s'autorisant à enfreindre les droits et libertés de la Convention au nom d'un critère supérieur. L'application de cette dérogation est caractéristique d'une situation exceptionnelle, comme des attentats récents ou autre situation de trouble (chapitre 1). Pourtant, sans même le caractère d'urgence, propre à l'article 15, les États ont désormais tendance à une collecte massive de données à caractère personnel pour prévenir un possible futur attentat. Cette collecte et cette mémorisation suit une logique purement préventive, tout comme la mise en œuvre de l'article 15. Le problème étant que les données à caractère personnel sont des données sensibles pouvant donner de nombreuses informations sur la personne. L'article 8 de la Convention a trait au respect de la vie privée des personnes. Et la Cour va devoir effectuer un contrôle délicat des ingérences étatiques. Car toutes mesures ayant trait aux données à caractère personnel est une ingérence. La Cour va donc devoir opérer un contrôle de proportionnalité pour déterminer si l'ingérence est acceptable compte tenu des circonstances ou si elle est clairement disproportionnée (chapitre 2).

⁸¹ « 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 ».

Chapitre 1 : Des mesures dérogatoires limitées à une nécessaire proportionnalité

L'aspect temporaire de l'article n'est pas expressément notifié mais cela se devine dans la dernière phrase du paragraphe 3 de cet article : « 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 ». Le caractère temporaire s'explique par les enjeux des menaces prises en compte par l'article : la guerre et la survie de la Nation.

Si le premier paragraphe décrit les conditions du déclenchement et de la mise en œuvre de la dérogation, il n'en demeure pas moins vague sur le « danger public menaçant la vie de la Nation ». Comme le souligne Gérard Gonzalez, cette imprécision a de quoi rassurer les États soucieux de leur marge de manœuvre face à des événements de crise intérieure notamment⁸².

La Convention, bien qu'écrite à un moment où le terrorisme et ses méthodes n'étaient à ce point développé, de par l'interprétation souple du juge, permet de répondre aux menaces graves d'aujourd'hui. Le 24 novembre 2015, la France a informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe qu'un certain nombre de mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence instauré à la suite des attentats terroristes perpétrés à Paris seraient susceptibles de nécessiter une dérogation à certains droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme⁸³. Le 5 juin 2015, l'Ukraine avait accompli la même démarche. Auparavant, huit États parties à la Convention⁸⁴ s'étaient prévalus du droit de dérogation. Quatre d'entre eux ont été soumis à contentieux sur ce point. Ces pays ont ainsi dû justifier les mesures dérogatoires prises au regard des exigences de la Convention. Il s'agit de la Grèce, l'Irlande, le Royaume-Uni et la Turquie.

Mais une dérogation, pour prévenir ou éradiquer un péril pour la nation, ne peut être mise en œuvre sans la réunion de conditions matérielles (section 1) mais aussi formelles (section 2). La Cour va opérer un contrôle de proportionnalité. Via ce contrôle, la Cour protège les droits indérogeables. Le problème c'est que la CEDH ne semble pas toujours neutre dans son contrôle extrêmement souple (section 3).

⁸² Gérard GONZALEZ, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *centre de recherche des droits fondamentaux et les évolutions du droit*, université de Caen, p. 3.

⁸³ Secrétaire Général, La France informe le Secrétaire Général de sa décision de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme en application de son article 15, Conseil de l'Europe, 25 novembre 2015, http://www.coe.int/fr/web/secretary-general/news/-/asset_publisher/EYIBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights?inheritRed, consulté le 27 novembre 2015

⁸⁴ L'Albanie, l'Arménie, la France, la Géorgie, la Grèce, l'Irlande, le Royaume-Uni et la Turquie

Section 1 : Une dérogation permise en cas de guerre ou en cas de danger public menaçant la vie de la nation

Seule une situation exceptionnelle (paragraphe 1) peut légitimer une dérogation étatique. Cette dernière doit être limitée à ladite situation (paragraphe 2) et compatible avec les engagements internationaux (paragraphe 3).

§1. L'exigence d'une situation exceptionnelle

L'affaire *Lawless*⁸⁵ est la première affaire sur laquelle doit se prononcer la Cour. En l'espèce, le requérant a été arrêté en juillet 1957 car suspecté d'appartenir à l'I.R.A (Irish Republican Army), une organisation illégale dont le but avoué est « de se livrer à des activités terroristes afin de mettre un terme à la souveraineté que la Grande-Bretagne exerce sur l'Irlande du Nord » (§6). Ce dernier se plaint d'avoir été détenu pendant 6 mois sans jugement. La requête avait été jugée recevable par la Commission en 1958 et à défaut de règlement amiable, l'affaire a été portée devant la Cour⁸⁶.

Pour comprendre l'arrêt de la Cour, il paraît primordial de contextualiser l'affaire en rappelant les faits historiques qui secouaient l'Irlande. Au début de l'année 1939, l'I.R.A publie une déclaration de guerre à la Grande-Bretagne. Suite à cette déclaration l'I.R.A a augmenté de manière significative, à partir du sol irlandais, ses actes à l'encontre des intérêts britanniques. L'Irlande, en réaction, a adopté une loi relative aux atteintes à la sûreté de l'État⁸⁷, qui est entrée en vigueur le 14 juin 1939. Elle prévoit, en son titre III, des dispositions relatives à des organisations dont les activités tombent sous le coup de la loi et qui, de ce fait, peuvent être déclarées par Ordonnance du Gouvernement « organisation illégale » (§8). Quelques jours après

⁸⁵ Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. République d'Irlande*, n° 332/57

⁸⁶ Jusqu'à l'entrée en vigueur du protocole additionnel n° 11, le 1^{er} janvier 1998, l'accès à la Cour était plus délicat pour un particulier, la procédure étant laborieuse. Puisqu'une Commission se déclarait sur la recevabilité d'une requête (elle disposait de pouvoir d'instruction) et, le cas échéant, tenter de parvenir à un règlement amiable de l'affaire. En cas d'échec, l'affaire était transmise au Comité des ministres. Dans un délai de 3 mois, l'affaire pouvait être déférée par la Commission ou par l'État défendeur à la Cour. À défaut, à l'issue du délai de 3 mois, dans ce cas la décision définitive appartenait au comité des ministres qui avait donc une compétence subsidiaire mais automatique. Si la Cour jugeait l'affaire recevable, alors il y avait enfin examen au fond. Le problème de cette procédure c'est que l'affaire pouvait ne pas être tranché par l'organe judiciaire mais par l'organe politique du Conseil de l'Europe. Le protocole n° 11 a rendu obligatoire le droit de recours individuel alors même qu'il fallait une déclaration facultative d'acceptation de la part d'un État. Mais surtout, il restructure le système en renforçant le rôle des juges par rapport à celui des fonctionnaires en supprimant la Commission et en cantonnant le Comité des ministres à un rôle de surveillance de l'application des arrêts de la Cour. La Cour devient ainsi une juridiction permanente unique.

⁸⁷ Offences against the State Act, 1939.

l'entrée en vigueur de cette loi le gouvernement a promulgué une ordonnance déclarant l'I.R.A comme une organisation illégale.

Une nouvelle loi est adoptée pour faire face à cette situation complexe. La loi n°2 de 1940⁸⁸ confère aux ministres d'État des pouvoirs spéciaux de détention sans jugement, « dès lors que le Gouvernement aura fait et publié une proclamation déclarant que les pouvoirs conférés par la présente partie de la présente loi sont nécessaires au maintien de la paix et de l'ordre publics et qu'il convient que la présente partie de la présente loi entre immédiatement en vigueur » (§11)⁸⁹. Ces fameux pouvoirs spéciaux d'arrestation et de détention ont été mis en vigueur le 8 juillet 1957⁹⁰.

Le 20 juillet 1957, le ministre irlandais des Affaires étrangères a informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe que la Partie II de la Loi n°2 de 1940 était entrée en vigueur. Cette dernière serait susceptible d'entraîner une dérogation aux obligations résultant de la Convention. La lettre précisait d'ailleurs que la détention des personnes en vertu de ladite loi était apparue nécessaire à la vue de la situation.

La Cour va rappeler que l'Irlande a le droit de déroger à la Convention en cas de guerre ou de danger menaçant la vie de la nation et, ainsi, de prendre les mesures qui s'imposent. La CEDH a affirmé pour la première fois sa compétence de contrôle sur la réalité d'un danger public menaçant la Nation : « il appartient à la Cour de vérifier si les conditions énumérées à l'article 15 pour l'exercice du droit exceptionnel de dérogation étaient réunies dans le cas présent »⁹¹. La Cour rappelle, par là-même, les trois conditions d'admission de cette dérogation⁹². Étant donné que c'est la première fois que la Cour se prononce sur l'article 15, elle va donc donner son interprétation :

« le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair; qu'ils désignent, en effet, 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; qu'ayant ainsi dégagé le sens normal et habituel de cette notion, la Cour doit vérifier si les faits et circonstances qui ont

⁸⁸ Offences against the State (Amendment) Act, 1940.

⁸⁹ « If and whenever and so often as the Government makes and publishes a proclamation declaring that the powers conferred by this Part of this Act are necessary to secure the preservation of public peace and order and that it is expedient that this Part of this Act should come into force immediately, this Part of this Act shall come into force forthwith » (article 3 paragraphe 2 de ladite loi).

⁹⁰ « The Government, in exercise of the powers conferred on them by subsection (2) of section 3 of the Offences against the State (Amendment) Act, 1940 (No 2 of 1940), hereby declare that the powers conferred by Part II of the said Act are necessary to secure the preservation of public peace and order and that it is expedient that the said Part of the said Act should come into force immediately ».

⁹¹ René PELLOUX, « L'Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lawless (fond) », *AFDI*, 1961, p.262.

⁹² Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. République d'Irlande*, n° 332/57, paragraphe 22 : « 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 à l'exception de celles visées à l'article 15, paragraphe 2 (art. 15-2), et cela sous la condition que ces mesures soient strictement limitées aux exigences de la situation et qu'en outre elles ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ».

déterminé le Gouvernement irlandais à prendre la Proclamation du 5 juillet 1957 entrent dans le cadre de cette notion; que la Cour, après examen, retient que tel était bien le cas; que l'existence à cette époque d'un "danger public menaçant la vie de la nation" a pu être raisonnablement déduite par le Gouvernement irlandais de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs, à savoir, notamment, 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; en second lieu, le fait que cette armée opérait également en dehors du territoire de l'État, compromettant ainsi gravement les relations de la République d'Irlande avec le pays voisin; troisièmement, l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis l'automne 1956 et pendant tout le cours du premier semestre de l'année 1957 » (§28).

Bien que le gouvernement irlandais ait maintenu le fonctionnement « à peu près normal » des institutions avec les instruments législatifs ordinaires, la Cour estime que, au vu de la persistance des activités illégales de l'I.R.A, la dérogation était justifiée (§29).

La même tolérance ne sera pas accordée, et à juste titre, pour le cas de la Grèce⁹³. En effet, le 21 avril 1967, les militaires ont renversé le gouvernement en place. Le mois suivant, ce nouveau gouvernement a informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, comme le veut l'article 15 de la Convention, qu'il avait suspendu certains droits prévus par la Constitution grecque. La Cour va alors devoir examiner la première requête étatique de son histoire. C'est important de le souligner car les organes internationaux de protection des droits de l'homme ne connaissent que très rarement des requêtes étatiques. La tradition diplomatique voulant que les États ne s'accusent pas, ne se dénoncent pas. Ainsi, les gouvernements danois, norvégien, suédois et néerlandais, alléguèrent dans leur requête que le gouvernement grec avait violé plusieurs dispositions de la Convention et, surtout, qu'il n'avait pas démontré que les conditions prévues à l'article 15 étaient remplies. La Grèce, pour sa part, soutenait que la Commission n'était pas compétente pour examiner cette situation dans la mesure où il s'agissait d'actes d'un gouvernement dit révolutionnaire⁹⁴. Sans surprise, la Commission s'est déclarée compétente et

⁹³ CommEDH [rapport], 27 janvier 1968, *Affaire grecque, Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, n° 3321/67, 3322/67 et 3344/67

⁹⁴ The Greek Case (Denmark v. Greece, Norway v. Greece, Sweden v. Greece, Netherlands v. Greece) report of the sub-commission, pp. 1-2 : « On 3rd May, 1967, the Permanent Representative of Greece had addressed a letter to the Secretary General of the Council of Europe in which, invoking Article 15 of the Convention, she had stated that, by Royal Decree No. 280 of 21st April, 1967, the application of Articles 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 20, 95 and 97 of the Greek Constitution had been suspended in view of internal dangers threatening public order and the security of the State. In subsequent letters of 25th May and 19th September, 1967, the Greek Government had given further information in regard to Article 15. In their identical applications of 20th September, 1967, to the European Commission of Human Rights, the applicant Governments of Denmark, Norway and Sweden first referred to the suspension of the above provisions of the Greek Constitution. They further submitted that, by Royal Decree No. 280 and other legislative measures, and by certain administrative practices, the Government of Greece had violated Articles 5, 6, 8, 9, 10, 11, 15 and 14 of the Convention of Human Rights. In relation to all these allegations, they contended that the Greek Government had failed to show that the conditions of Article 15 of the Convention for measures of derogation were satisfied. [...] The respondent Government, in its written observations in reply of 16th December, 1967, submitted primarily that the Commission was not competent to examine the applications because they concerned the actions of a revolutionary Government. It also stated with regard to Article 15 of the Convention that, in accordance with the

elle a considéré que, en l'espèce, les conditions d'application de l'article 15 de la Convention n'étaient pas réunies. Pis, elle a observé que le danger public menaçant la vie de la nation, invoqué par la junte ayant pris le pouvoir, n'existait pas en réalité. Rien, en l'espèce, ne justifiait le fait que le gouvernement grec ait violé un certain nombre de dispositions de la Convention. Suite à une opposition de plus en plus forte du Conseil de l'Europe, la Grèce devra quitter le ledit Conseil pour éviter une expulsion humiliante⁹⁵. La dictature des colonels tombera en 1974.

Il paraît opportun d'émettre une hypothèse non dénuée d'un certain cynisme. La dictature des colonels a semble-t-il ému le Conseil de l'Europe et plusieurs pays ont donc réagi avec une grande fermeté. Or à cette époque, le développement de la Grèce était faible. La monarchie grecque n'avait pas réussi à moderniser le pays. L'influence de ce dernier sur la scène internationale était limitée, son poids économique, financier et diplomatique étant du même acabit. Il était donc facile de dénoncer des violations aux droits de l'homme dans ce pays. Aujourd'hui, aucun pays ne semble vouloir dénoncer les violations manifestes des droits de l'homme en Russie, « où la vie ne tient qu'à un fil dans certaines régions »⁹⁶. Pourtant, la fédération de Russie est bel et bien membre du Conseil de l'Europe. Mais le contrôle poussé et l'objectivité de la Cour semble parfois malléable en fonction des pays comme cela sera démontré *infra*.

La Cour va devoir à nouveau examiner une requête étatique, le 18 janvier 1978⁹⁷. À l'origine du litige se trouve la crise persistante que traverse l'Irlande du Nord. Pour rappel, l'Armée républicaine irlandaise est une organisation clandestine⁹⁸ paramilitaire. Formée pendant les troubles antérieurs à la division de l'île et illégale au Royaume-Uni comme dans la République d'Irlande. L'I.R.A n'accepte pas le fait que l'Irlande du Nord soit rattaché au Royaume-Uni. Mais ce qui est moins connu c'est que l'I.R.A n'acceptait pas non plus la forme démocratique de l'Irlande (§16). L'organisation a régulièrement lancé des actes de terrorisme dans les deux pays. La situation va devenir catastrophique dans les années soixante-dix. La Cour relève qu'en Irlande du Nord, de début août 1971 à fin mars 1972, il y a eu 1130 explosions de bombe, plus 2000 cas d'emploi d'arme à feu, 158 civils tués, 58 militaires et 17 policiers tués également, 2505 civils blessés et 306 militaires blessés également. Alors qu'en 1969 il n'y avait que 8 cas d'explosion recensés. Le gouvernement britannique va donc réagir par l'adoption d'une loi édictant des dispositions transitoires pour l'Irlande du Nord⁹⁹, le 30 mars 1972. Elle prévoyait que les autorités anglaises exerceraient provisoirement les pouvoirs du parlement et du gouvernement des six

Commission's jurisprudence, a Government enjoyed a "margin of appreciation" in deciding whether there existed a public emergency threatening the life of the nation and, if so, what exceptional measures were required ».

⁹⁵ Voir pour cela l'article très complet d'Alexandre-Charles KISS et Phédon VEGLERIS, « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, volume 17, 1971, pp. 889-931.

⁹⁶ Gérard GONZALEZ, « Apologétique du juge européen des droits de l'homme en l'année 2015 – à propos du rapport 2015 de la Cour EDH », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 22 février 2016 : 15 violations matérielles à l'article 2 et 20 violations procédurales et 4 violations pour torture et 44 pour traitements inhumains et dégradants, pour la seule année 2015.

⁹⁷ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, [plénière]

⁹⁸ Depuis le 23 juin 1939, date à laquelle l'organisation a été déclarée illégale par le gouvernement irlandais.

⁹⁹ Northern Ireland [Temporary Provisions] Act 1972.

comtés d'Irlande du Nord. La Reine pouvait ainsi « légiférer en son Conseil » à la place du parlement de Belfast, qui était suspendu. Les attributions du gouvernement local étaient ainsi transmises au secrétaire d'État pour l'Irlande du Nord¹⁰⁰. Ainsi une administration directe de l'Irlande du Nord par les autorités centrales du Royaume-Uni est mise en place unilatéralement. La loi sur l'état d'urgence en Irlande du Nord est adoptée en 1973¹⁰¹. Comme le relève la Cour cette loi instaure des pouvoirs « extrajudiciaires » comme l'arrestation et la détention pendant soixante-douze heures, la garde à vue pendant vingt-huit jours,... Un individu pouvait être ainsi arrêté sans mandat. L'arrestation pouvait être effectuée par tout policier, membre des forces armées ou personne habilitée.

Comme le résume le professeur Vincent Berger « la législation accordant ces pouvoirs et le degré auquel on l'a utilisé ont évolué pendant le déroulement de l'affaire. Les intéressés ont été soumis à une ou des mesures qui prenaient, en gros, la forme d'une arrestation initiale pour interrogatoire, d'une détention préventive pour une durée prolongée pour examen complémentaire et d'une détention préventive pour une durée illimitée en droit »¹⁰². La Cour constate, en rappelant l'arrêt *Lawless*, que les avis britanniques de dérogation satisfaisaient aux exigences de l'article 15 de la Convention (§224).

Dans l'arrêt *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*¹⁰³, les faits se déroulent, là encore, en Irlande du Nord début janvier 1989. Le premier requérant, monsieur Brannigan est arrêté chez lui en vertu de la loi de 1984 portant dispositions provisoires sur la prévention du terrorisme¹⁰⁴. Il resta en garde à vue un peu plus de 6 jours pendant laquelle il a subi quarante-trois interrogatoires et dix-sept examens médicaux. Monsieur McBride, le second requérant, est arrêté dans les mêmes conditions et resta en garde à vue 4 jours et a subi vingt-deux interrogatoires et huit examens médicaux. Les deux requérants, soupçonnés d'être membre de l'I.R.A se plaignaient du fait qu'ils n'ont pas été immédiatement traduits devant un juge. Le 23 décembre 1988, soit quelques jours avant les deux arrestations susmentionnées, le Royaume-Uni avait informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe que son gouvernement se prévalait du droit de dérogation prévu à l'article 15. La déclaration soulignait le contexte de terrorisme.

En l'espèce, la Cour rappelle qu'il incombe 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. Elle rappelle également le principe de subsidiarité. 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 des dérogations

¹⁰⁰ Un poste créé de toute pièce au vu des circonstances.

¹⁰¹ Northern Ireland [Emergency Provisions] Act 1973.

¹⁰² Vincent BERGER, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰³ Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, n° 14553/89 et 14554/89

¹⁰⁴ Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984 : cette loi permettant, notamment, à un agent de police d'arrêter sans mandat une personne soupçonnée de commettre des actes ayant trait à du terrorisme. La garde à vue est de 48 heures mais elle peut être prolongée plusieurs fois pour une durée précisée par le ministre de l'Intérieur. L'article 12 (6) de la loi est éloquent puisque l'obligation de traduction de l'inculpé devant un juge n'est pas opérante pour les gardés à vue sous le régime de cette loi (*The following provisions (requirement to bring accused person before the court after his arrest) shall not apply to a person detained in right of the arrest*).

nécessaires pour le conjurer. En effet, les États sont en contact direct et constant avec les réalités de terrain (§207). C'est de ce principe que découle la nécessité de leur laisser une large marge d'appréciation. En rappelant ses arrêts *Lawless c. Irlande* et *Irlande c. Royaume-Uni* précité, la Cour estime qu'il existe bien des circonstances exceptionnelles justifiant les dérogations à la Convention.

Dans l'arrêt *Aksoy contre Turquie* de 1996¹⁰⁵, les juges européens vont également se prononcer sur la situation exceptionnelle présente sur une partie du territoire turc. En l'espèce, la Turquie, depuis 1985, a connu des troubles importants dans le Sud-Est avec les membres du Parti des travailleurs du Kurdistan (P.K.K). Ces derniers mènent une lutte d'indépendance. Au moment des faits, la région du Sud-Est était presque intégralement sous le régime de l'état d'urgence. Via une lettre datée du 6 août 1990, le représentant permanent de la Turquie auprès du Conseil de l'Europe a informé le Secrétaire Général de l'Organisation que : « La République de Turquie est exposée à des menaces pour sa sécurité nationale dans le Sud-Est de l'Anatolie, dont l'ampleur et l'intensité sont allées croissantes au cours des derniers mois au point de représenter une menace pour la vie de la nation au sens de l'article 15 de la Convention » (§30).

Ce conflit, à la date de l'arrêt, aurait coûté la vie de plus de 4000 civils et presque autant de membres des forces de sécurité. Le requérant, monsieur Aksoy, vivait dans cette région troublée. Il a été arrêté le 24 novembre 1992, soupçonné d'être membre du P.K.K. Il aurait été détenu plusieurs jours dans une cellule minuscule avec d'autres personnes et aurait subi des sévices corporels, comme la pendaison palestinienne. On lui aurait ainsi attaché les mains dans le dos et on l'aurait suspendu par les bras. La police lui aurait, par ailleurs, posé des électrodes sur les parties génitales tout en l'arrosant d'eau pendant qu'il était électrocuté (§14). Il fut libéré le 10 décembre 1992. Mais il a été tué par balles le 16 avril 1994.

Sur le point de savoir si la dérogation turque était justifiée, la Cour rappelle là encore, le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation qui en découle. La Cour considère qu'au vu de l'ampleur et des effets particuliers de l'activité terroriste du P.K.K il y avait bien un danger public menaçant la vie de la nation. Ce faisant la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure sur ce point (§70).

Après les attentats du 11 septembre 2001, le gouvernement britannique estima que le pays était particulièrement exposé au risque d'attentats. Il existait donc un danger public menaçant la vie de la nation. La menace provenait de certains ressortissants étrangers formant un réseau de soutien à Al-Qaida. Ces derniers, ne pouvant être expulsés car risquant de subir dans leur pays d'origine des traitements inhumains et dégradants, le gouvernement estima qu'il fallait instituer un pouvoir de détention élargi. En d'autres termes, les étrangers soupçonnés d'être des terroristes internationaux pouvaient ainsi être détenus quasi-indéfiniment. Le 11 novembre 2001, un avis de dérogation fondé sur l'article 15 de la Convention, fut notifié au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

¹⁰⁵ Cour EDH, 12 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93

Le chapitre 4 de la loi de 2001, concernant la détention étendue, est entré en vigueur en décembre 2001 et fut abrogé en mars 2005. Au cours de cette période, seize personnes furent désignées comme des terroristes internationaux et donc placées en détention. Dans l'arrêt *A. et autres contre Royaume-Uni* de 2009¹⁰⁶, les 11 requérants soutenaient qu'il n'y avait pas de danger public menaçant la vie de la nation pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la menace n'était ni actuelle, ni imminente, elle ne revêtait pas un caractère provisoire et, surtout, le Royaume-Uni est le seul pays à avoir dérogé à la Convention pour cette situation. La pratique des autres États membres semblant ainsi démontrer que la dérogation anglaise était démesurée. La Cour a jugé au contraire qu'il y avait bien un danger public menaçant la vie de la nation. Même si aucun attentat n'avait été commis sur le sol britannique au moment où la dérogation a été prise, la Cour ne peut pas reprocher aux autorités d'avoir cru à l'imminence d'une attaque. D'ailleurs les attentats de juillet 2005 à Londres ont prouvé la réalité de la menace terroriste. La Cour relève que le Royaume-Uni a bien été le seul pays membre du Conseil de l'Europe à avoir dérogé à la Convention. Mais chaque gouvernement ayant une large marge d'appréciation, ce n'est pas un obstacle à la validité de la dérogation¹⁰⁷.

La dérogation française pourra être à l'avenir contrôlée par la Cour. Il est à supposer que la CEDH donnera raison à la France. Des attentats ont bien été commis sur le sol national, et la situation correspond dans les grandes lignes à la situation du Royaume-Uni post 11 septembre. Ainsi, à l'heure actuelle, il y a en France une menace très élevée d'un nouvel attentat.

§2. Des mesures dérogeant dans la stricte mesure où la situation l'exige

Dans l'affaire *Lawless*, le requérant éponyme contestait la proportionnalité de l'application de la loi n°2 de 1940 relative aux atteintes à la sûreté de l'État. Ce que bien sûr le gouvernement irlandais réfutait. La Cour a constaté que l'application de la législation ordinaire n'a pas permis d'amoindrir le danger menaçant le pays. Ainsi, le fonctionnement ordinaire des tribunaux, des cours criminelles spéciales et même des tribunaux militaires ne pouvait pas suffire pour le retour de l'ordre public (§29). C'est le caractère militaire et clandestin de l'I.R.A qui empêche de rassembler facilement des preuves. De même beaucoup de témoins d'actes de terrorisme ou illégaux refusaient de parler aux autorités de peur de représailles. Pour la Cour, la détention sans comparution devant un juge apparaissait comme une mesure exigée par les circonstances (§36). Surtout, la loi n°2 de 1940 est assortie de nombreuses garanties contre les abus possibles. L'application de la Loi était soumise au contrôle permanent du Parlement. Ce dernier recevait régulièrement des informations détaillées quant à l'exécution de la loi, avec la possibilité d'abroger la proclamation du gouvernement à tout moment, via une résolution. De plus, une commission de détention composée de trois membres (un officier et deux magistrats)

¹⁰⁶ Cour EDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, [GC]

¹⁰⁷ Communiqué du greffier, « arrêt de grande chambre *A. et autres c. Royaume-Uni* », *Cour européenne des droits de l'homme*, 19 février 2009.

pouvait être saisie par tout détenu. Si cette commission rendait un avis en faveur de la libération, le gouvernement était lié par ledit avis (§37).

La Cour rappelle un point essentiel, après la mise en place des pouvoirs spéciaux, les autorités ont fait savoir que toute personne détenue pourrait être libérée si elle prenait l'engagement de respecter la Constitution et surtout de ne plus se livrer à des activités illégales. Le genre de déclaration pourrait être sujette à caution dans des pays n'ayant de démocratique que le nom. Mais l'Irlande est une démocratie et la CEDH interprète alors cette déclaration comme une obligation s'imposant aux autorités. Monsieur Lawless avait bénéficié de toutes ces informations au moment de son arrestation, il a d'ailleurs bénéficié de cette procédure : en s'engageant verbalement à ne se livrer à aucune activité illégale il a été remis en liberté au mois de décembre 1957. Ainsi tout indique que les pouvoirs exceptionnels conférés au gouvernement ont été exercés dans la stricte mesure où la situation l'exigeait.

Dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, l'Irlande accuse le Royaume-Uni d'avoir largement dépassé la stricte mesure des exigences imposées par la crise en Irlande du Nord. En l'espèce, quatorze personnes ont été arrêtées en 1971 et emmenées dans des centres non identifiés. Elles y subirent, la même année, un type d'interrogatoire que la Cour qualifie de « poussé » (§39). Ce type d'interrogatoire comprenait l'application de ce qui a été appelé de façon diplomatique « les cinq techniques ». Aux yeux de ladite Commission ces techniques ont constitué des traitements inhumains et dégradants, mais aussi une torture (§165). La Commission constate donc que le Royaume-Uni, une des plus vieilles démocraties, aurait pratiqué la torture. Ces cinq techniques ne servirent, apparemment, que sur les quatorze personnes en question. La Commission a établi ce qui se cachait derrière cette appellation anodine¹⁰⁸.

L'utilisation de ces techniques a permis de rassembler une masse conséquente de renseignements et à identifier des centaines de membres de l'I.R.A. ainsi que les responsables d'environ quatre-vingt-cinq attentats ! La Cour conclut que le recours aux cinq techniques s'analysait en une pratique de traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention (§68).

¹⁰⁸ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, [plénière], paragraphe 96 : « a) station debout contre un mur: on forçait les détenus à rester, durant des périodes longues de quelques heures, dans une "posture de tension" ("stress position"); les intéressés ont indiqué qu'il leur avait fallu se tenir, bras et jambes écartés, contre un mur, les doigts s'y appuyant bien au-dessus de la tête, les membres inférieurs éloignés l'un de l'autre et les pieds en arrière, ce qui les avait obligés à se dresser sur les orteils, le poids du corps portant pour l'essentiel sur les doigts; b) encapuchonnement: on couvrait la tête des détenus d'un sac noir ou bleu marine qui, au moins au début, y demeurait en permanence sauf pendant les interrogatoires; c) bruit: avant ces derniers, les détenus se trouvaient dans une pièce où ne cessait de retentir un fort sifflement; d) privation de sommeil: avant les interrogatoires, on les privait de sommeil; e) privation de nourriture solide et liquide: ils ne recevaient qu'une alimentation réduite pendant leur séjour au centre et avant les interrogatoires ».

La Cour estime que les privations extrajudiciaires méconnaissaient certains points de l'article 5. Ainsi, les pouvoirs spéciaux d'arrestation, de détention et/ou d'internement, tels qu'ils ont été exercés violaient l'article 5¹⁰⁹. En effet, une personne, qui n'était pas soupçonnée d'un crime ou d'un délit, pouvait être arrêtée, et ce, dans l'unique but de soutirer des renseignements sur des tiers. La Cour juge que pareille arrestation ne saurait se justifier que dans une situation très exceptionnelle, ce qui en l'espèce était le cas. La Cour, en prenant en compte la marge d'appréciation de l'État arrive à la conclusion que les exigences de l'article 15 se trouvaient remplies, les dérogations à l'article 5 n'ont donc pas enfreint la Convention dans les circonstances de la cause (par seize voix contre une).

Avec l'arrêt *Brannigan et McBride contre Royaume-Uni* on peut se poser la question de savoir si la dérogation britannique ne cherchait seulement qu'à faire face à l'arrêt de la Cour *Brogan*¹¹⁰ ou bien à faire face à l'état d'urgence en Irlande du Nord ? En effet, la CEDH en condamnant le Royaume-Uni a placé ce dernier devant un choix : introduire un contrôle judiciaire de la décision de détenir quelqu'un ou notifier une dérogation aux obligations découlant de la Convention en la matière. Comme le pouvoir de détention prolongé sans contrôle judiciaire et l'avis du 23 décembre 1988 étaient nettement liés à la persistance de l'état d'urgence, rien ne montre que la dérogation fût autre chose qu'une riposte véritable à l'arrêt de la Cour en 1988 (§52). Depuis 1974, comme le révèle la Cour, le gouvernement estime avoir besoin des pouvoirs exceptionnels pour combattre efficacement la menace terroriste. La justification de l'absence de contrôle judiciaire trouve sa source dans les difficultés inhérentes aux enquêtes et poursuites dans le domaine de la criminalité terroriste (§51). Comme le remarque Vincent Berger, « le gouvernement persiste à estimer essentiel d'empêcher de dévoiler au détenu et à son conseil certaines données fondant les décisions relatives à pareille prolongation ; dans le système accusatoire de la Common Law, l'indépendance du pouvoir judiciaire se trouverait compromise si des juges ou autres magistrats devaient participer aux décisions de placement en détention ou de prolongation des périodes de détention »¹¹¹.

La Cour considère qu'elle n'a pas à substituer son opinion à celle du gouvernement britannique, quant à la nature des moyens les plus adéquats ou opportuns pour faire face à la crise. Pour la CEDH, l'État est 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. Dans le contexte de l'Irlande du Nord, où le corps judiciaire est réduit et vulnérable aux attaques terroristes, on comprend que le Gouvernement attache un grand prix à la confiance du public dans l'indépendance des magistrats (§59). Pour ce qui est des garanties contre les abus, la Cour est convaincue que des garanties effectives assurent bel et bien une protection appréciable contre les comportements arbitraires et les détentions au secret. Le

¹⁰⁹ Vincent BERGER, *op. cit.*, p. 50.

¹¹⁰ Cour EDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, [plénière]. En l'espèce, la Cour avait été moins tolérante avec les mesures britanniques étant donné que l'avis de dérogation avait été retiré au moment des faits.

¹¹¹ Vincent BERGER, *op. cit.*, p. 163.

recours à l'habeas corpus était possible pour les requérants. L'habeas corpus fournit une garantie appréciable contre une détention arbitraire. La Cour rappelle, à juste titre, que les détenus ont eu le droit absolu de consulter un avocat quarante-huit heures après leur arrestation. Du reste, chacun des deux requérants a pu en user après ce délai (§64).

Ainsi, « eu égard à la nature de la menace terroriste en Irlande du Nord, à l'ampleur limitée de la dérogation et aux motifs invoqués à l'appui, tout comme à la présence de garanties fondamentales contre les abus, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas excédé sa marge d'appréciation en considérant que la dérogation répondait aux strictes exigences de la situation » (§66).

En ce qui concerne l'arrêt *Aksoy*, il convient de rappeler que le requérant avait été détenu pendant (au moins) quatorze jours sans avoir été présenté devant un magistrat. Le gouvernement turc justifiait cet état de fait par la situation exceptionnelle dans le Sud-Est du pays. La Turquie ayant informé le Conseil de l'Europe d'une dérogation via l'article 15 (§67). Le requérant ne cherche pas à remettre en doute la nécessité de ladite dérogation. Mais ce dernier conteste la nécessité des mesures de détention sans contrôle judiciaire. Outre le fait que le requérant a subi des traitements inhumains et dégradants que la Cour juge hors de doute qu'ils aient été causés de façon délibérée. Ce traitement apparaît comme avoir été administré dans le but d'obtenir du requérant des aveux ou des informations par des personnes préparées et entraînées. La Cour estime que ce traitement ne peut être qualifié autrement que de torture du fait de la gravité et de la cruauté du traitement qu'a subi le requérant (§64). La Cour rappelle que la marge nationale d'appréciation offre une grande liberté aux États. Pourtant ces derniers ne jouissent pas d'un pouvoir illimité. La marge d'appréciation s'accompagne ainsi d'un contrôle européen. En l'espèce, les autorités turques, malgré la dérogation, ont violés l'article 3. Dans l'arrêt *Brannigan et McBride*, la Cour a jugé que le gouvernement britannique n'avait pas excédé sa marge d'appréciation grâce à des dispositions autorisant la détention sans contrôle judiciaire pour une période maximale de 7 jours, et ce, pour les personnes soupçonnées d'infractions terroristes.

Comme dans plusieurs arrêts, la Cour rappelle dans l'affaire *Aksoy* que les enquêtes relatives à des infractions terroristes confrontent les autorités à des problèmes particuliers mais rien ne justifie la détention de 14 jours (§78). Cette dernière a permis la pratique de la torture. Le gouvernement turc n'a même pas pris la peine de donner des raisons justifiantes cette pratique. Il n'existait aucune garantie accompagnant les longues périodes de détention. Cette absence est à même de faciliter les traitements inhumains et dégradants, voire la torture comme c'est le cas en l'espèce. Pour reprendre les mots de la Cour, « la privation de l'accès à un avocat, un médecin, un parent ou un ami, et l'absence de toute possibilité réaliste d'être traduit devant un tribunal pour permettre de contrôler la légalité de sa détention, signifiait que le requérant était complètement à la merci de ses gardiens » (§83). Monsieur Aksoy a été tué par balles le 16 avril 1994. L'allégation selon laquelle sa mort serait liée à la requête déposée devant la Commission a « ému » cette dernière (§104). Mais aucun élément n'a pu soutenir cette hypothèse inquiétante.

Il est à noter également que dans cette affaire le requérant n'avait pas épuisé toutes les voies de recours internes avant de saisir la Cour. Cet épuisement préalable est un aspect très important car il permet d'assurer le caractère subsidiaire du système européen au regard des systèmes nationaux. C'est une règle qui se retrouve dans les autres systèmes internationaux. Cette condition doit être entendue de manière réaliste. Le requérant doit avoir épuisé les voies de recours dites usuelles. Il n'a pas l'obligation d'engager les voies de recours considérées comme extraordinaires, comme par exemple le recours en grâce ou en révision. Les voies de recours doivent être efficaces et adéquates. Elles doivent offrir une chance sérieuse de porter un remède effectif à la violation alléguée. Le requérant se doit d'épuiser les voies de recours internes disponibles et accessibles. Il n'est pas tenu d'engager des procédures qui peuvent être considérées comme impraticables. C'est ce que rappelle la Cour en indiquant que certaines circonstances particulières peuvent dispenser le requérant de cette démarche. C'est le cas lorsque les autorités ne font rien pour arrêter les violations. La Cour doit appliquer cette règle en tenant compte du contexte. C'est ce qu'elle fait justement en l'espèce en considérant qu'au vu de l'absence de garantie durant la détention, de l'absence de bonne volonté du procureur turc¹¹² et la réorganisation du personnel médical, le requérant avait, à juste titre, conclu qu'il n'obtiendrait jamais satisfaction en droit interne.

Dans l'arrêt *A. et autres*, le chapitre 4 de la loi de 2001 avait pour objectif de parer à une menace réelle et imminente d'attentats terroristes qui, à l'évidence, émanait aussi bien de ressortissants britanniques que d'étrangers¹¹³. Tout d'abord, la Cour proclame sa compréhension en indiquant qu'elle est « pleinement consciente des difficultés que les États rencontrent, pour protéger leur population contre la violence terroriste » (§126), tout en rappelant l'importance de l'article 3. Il ne peut y avoir de dérogations à cet article « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme, et quels que soient les agissements de la personne concernée » (*Ibid*). La Cour va ensuite examiner si les requérants qui ont été détenus sous le fameux régime des certificats ont fait l'objet d'un traitement contraire à la Convention. Ainsi, la Cour remarque dans un premier temps que les requérants ne pouvaient véritablement prévoir le moment où ils seraient relâchés et que cela n'a « pu manquer de provoquer chez eux - comme sans doute chez tout détenu qui aurait été placé dans une situation identique - une angoisse et une détresse profondes » (§130). Pourtant, la Cour estime que l'« on ne saurait dire que les requérants ont été privés de tout espoir ou perspective d'élargissement » (§131).

En l'espèce, le réexamen biennuel de l'incarcération des requérants conduit la Cour à affirmer que « les mesures ne sauraient être assimilées à une peine perpétuelle et incompressible » (*Ibid*). Elle note que les requérants n'ont pas exercé les recours à leur disposition comme « tous les autres prisonniers » : (§133) et n'ont donc pas épuisé toutes les voies de recours, ce qui

¹¹² Ce dernier aurait constaté les blessures de monsieur Aksoy mais n'aurait pas jugé utile de faire quelque chose, alors que selon le droit turc ce dernier avait l'obligation d'agir. En effet, les procureurs ont l'obligation d'examiner les allégations d'infractions graves qui viennent à leur connaissance, et ce, même en l'absence de plainte (§18).

¹¹³ Frédéric SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF 2003, 6^{ème} édition, p. 87.

empêche la Cour de prendre en compte ces conditions dans la détermination du respect de l'article 3. Ainsi, « la Cour estime que la situation subie par les intéressés, du fait de leur détention, n'a pas atteint le seuil de gravité élevé à partir duquel un traitement peut passer pour inhumain ou dégradant » (§134).

La Cour fustige le fait que les mesures anti-terroristes visaient exclusivement les non britanniques, alors qu'on est en droit de penser que le danger peut émaner des ressortissants anglais. Dès lors, « l'exécutif et le Parlement lui ont apporté une réponse inadaptée, et ont exposé un groupe particulier de terroristes présumé aux risques disproportionnés et discriminatoires d'une détention à durée indéterminée » (§186). L'approche de la cour, selon laquelle la privation de liberté en dehors de toutes inculpations pénales fondée non pas sur une preuve mais sur le simple soupçon et sans limite de temps, et qui ne constitue pas en soi un traitement inhumain et dégradant, peut sembler surprenante¹¹⁴. Pourtant, cela démontre là-encore la grande marge de manœuvre laissée aux États par la Cour lorsque la dérogation prévue à l'article 15 s'applique. La tolérance des juges sur les mesures étatiques contre le terrorisme est très large dans le cadre d'une dérogation. Par cette tolérance, les juges confèrent à la Convention toute la souplesse dont a besoin un texte pour rester valide sur la durée et face à des situations exceptionnelles.

§3. La nécessaire compatibilité avec les obligations internationales

Dans l'arrêt *Lawless*, la Cour a dû se prononcer sur cette disposition de l'article 15 car ni la Commission, ni le gouvernement Irlandais ne s'y étaient référés. Étant donné que c'est le premier arrêt de la Cour portant sur ce point précis, il était du devoir de la Cour de se prononcer sur ladite disposition. Ainsi « aucun élément n'est venu à la connaissance de la Cour qui lui permette d'estimer que les mesures prises par le Gouvernement irlandais en dérogation à la Convention aient pu être en contradiction avec d'autres obligations découlant pour ledit Gouvernement du droit international » (§41).

Pour l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*, la Cour s'est montré expéditive sur la question, évacuée en quelques lignes : « La Cour constate d'office, à la lumière de son arrêt *Lawless* du 1er juillet, que les avis britanniques de dérogation des 20 août 1971, 23 janvier 1973 et 16 août 1973 satisfaisaient aux exigences de l'article 15 par. 3 » (§223).

Avec l'affaire *Brannigan*, pour la première fois devant la Cour, les requérants évoquaient un texte international contre une dérogation étatique. Ils prétendaient que l'article 4 du Pacte des Nations Unies de 1966 relatifs aux droits civils et politiques¹¹⁵ subordonne la validité d'une

¹¹⁴ En l'espèce, la Cour constate la violation de l'article 5 sur le seul fait discriminatoire de la mesure.

¹¹⁵ Le Royaume-Uni a ratifié ce Pacte le 20 mai 1976.

dérogation à la proclamation du danger public « par un acte officiel »¹¹⁶. Le gouvernement britannique rappelle que le danger régnait avant la ratification du Pacte et qu'il subsiste toujours. Par ailleurs, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ne s'est pas prononcé sur le fait que la déclaration ne remplissait pas la condition de forme. Le ministre de l'Intérieur devant la Chambre des communes, dans sa déclaration du 22 décembre 1988, a expliqué en détail, les motifs sous-jacents à la décision du Gouvernement et indiqué qu'il s'apprêtait à notifier une dérogation en vertu de tant de l'article 15 de la CEDH que de l'article 4 du Pacte. Le ministre a précisé l'existence d'un « danger public au sens de ces dispositions, eu égard au terrorisme lié à la situation de l'Irlande du Nord dans le Royaume-Uni »¹¹⁷. Pour la Cour cette déclaration suffit car elle dévoile les intentions gouvernementales en matière de dérogation. L'argument des requérants est donc dénué de fondement. « La Cour conclut, dès lors, que l'avis de dérogation du Royaume-Uni répond aux exigences de l'article 15 » (§74).

Section 2 : Une dérogation souple au formalisme exigé

Sur le plan formel, dans le cadre de l'article 15§3 de la Convention, l'État qui exerce un droit de dérogation est tenu à des obligations de formalisme. C'est un acte formel qui permet le déclenchement de la phase de dérogation (paragraphe 1). La Cour doit être informée des mesures prises pour contrecarrer la situation exceptionnelle (paragraphe 2), mais aussi de la fin desdites mesures (paragraphe 3).

§1. L'obligation d'un acte formel pour informer le Secrétaire Général

Le rapport de la Commission *Chypre contre Turquie* de 1983¹¹⁸, avait trait à l'occupation d'une partie de Chypre par les troupes turques. Pour rappel, la Turquie a envahi Chypre le 20 juillet 1974. Le gouvernement chypriote alléguait que la Turquie occupait environ 40% de l'île et violait un grand nombre de droits garantis par la Convention. La commission a conclu qu'elle ne pouvait, « en l'absence d'un acte formel et public de dérogation de la part de la Turquie, appliquer l'article 15 de la Convention aux mesures prises par la Turquie à l'égard des personnes ou de biens dans le nord de Chypre » (§67). Par conséquent, la Convention s'applique totalement en l'espèce. La Turquie a ainsi violé l'article 5 de la Convention mais également l'article 8 et l'article 1 du protocole additionnel n° 1 de la Convention (Voir les Conclusions¹¹⁹). La CEDH est très souple

¹¹⁶ Article 4 du PIDCP de 1966 : 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 et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

¹¹⁷ « There is a public emergency within the meaning of these provisions in respect of terrorism connected with the affairs of Northern Ireland in the United Kingdom » (§30).

¹¹⁸ CommEDH, 4 octobre 1983, *Chypre contre Turquie*, n° 8007/77

¹¹⁹ Page 47 du rapport.

quant à l'acte formel en question. Elle ne porte pas de jugement sur la façon dont cette démarche est relayée au niveau interne (voir en ce sens l'arrêt *Brannigan et McBride*). En l'absence d'une notification de dérogation, la Cour exercera alors un contrôle normal sur les violations alléguées.

§2. La nécessité d'informer régulièrement le Conseil de l'Europe

L'article 15 en son paragraphe 3 prévoit que le Secrétaire Général est tenu « pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées ». Comme le note Gérard Gonzalez, « il s'agit là d'une formalité substantielle de mise en action de l'article 15 qui constitue une condition préalable de validité alors même que, lorsque la Cour en examine la pertinence elle le fait en dernier, après avoir examiné les griefs liés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 15 et dans le cadre de son examen au fond »¹²⁰.

Dans l'affaire *Grèce contre Royaume-Uni*¹²¹ du 26 septembre 1958, l'île de Chypre, alors colonie britannique était secouée par des troubles indépendantistes entre 1955 et 1957. Les relations entre la communauté grecque et la minorité turque s'étaient particulièrement dégradées au cours de cette période. Le 7 octobre 1955, le Royaume-Uni a informé le Secrétaire Général de la prise de mesures dérogatoires pour ramener l'ordre sur l'île de Chypre¹²². Le gouvernement britannique ne précise pas qu'elles sont les mesures prises ni les motifs. Le gouvernement grec alléguait des violations à la Convention tout en affirmant que les mesures dérogatoires ne répondaient pas aux exigences formelles de l'article 15§3 de la Convention¹²³. La Commission a relevé que le Royaume-Uni n'avait pas tenu pleinement informé le Secrétaire Général des mesures prises¹²⁴. Il aurait fallu que le gouvernement britannique informe avec suffisamment de précisions quant aux mesures dérogatoires prises pour permettre à la Commission et aux États membres d'apprécier de l'ampleur et de la nature desdites dérogations.

¹²⁰ Gérard GONZALEZ, op. cit, p. 95.

¹²¹ CommEDH, 26 septembre 1958, *Grèce contre Royaume-Uni*, n° 176/56

¹²² « Le Représentant Permanent du Royaume-Uni a l'honneur de déclarer que, en vertu de la législation adoptée pour leur conférer des pouvoirs dans le but de mettre fin à la situation critique, le gouvernement de la Colonie de Chypre, a pris et, dans la mesure strictement requise par les exigences de la situation, a exercé ou exerce des pouvoirs de détention des personnes qui pourraient entraîner une dérogation à certains égards aux obligations imposées par l'article 5 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le Représentant Permanent du Royaume-Uni a cependant l'honneur d'ajouter que toutes les personnes actuellement détenues ont été autorisées, conformément aux dispositions des Règlements pertinents, à ce que leur cas soit examiné par un Comité dont le président est judiciairement qualifié ».

¹²³ Application no. 176/56 by the Government of the Kingdom of Greece lodged against the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Report of the European Commission of Human Rights : « The Greek Government denied that the measures complained of were covered by Article 15, which authorized Contracting Parties to derogate from their obligations under the Convention on certain conditions. They contended that the United Kingdom Government failed to observe those conditions, both in form and in substance ».

¹²⁴ *Ibid*, p. 160 : « They did not fully inform the Secretary General of the measures taken, but simply stated that certain unspecified derogations had been made ».

En l'espèce, les mesures dérogatoires ont été prises trois mois avant l'information du Secrétaire Général. Le délai est jugé bien trop long par la Commission¹²⁵. Il est rappelé que la Commission s'exprime sur ce point pour la première fois. Le paragraphe 3 de l'article 15 de la Convention n'est pas jugé assez clair, ainsi la Commission a choisi de ne pas se prononcer sur la conformité de la dérogation. La Commission insiste toutefois sur le fait que les textes des mesures prises doivent dorénavant être associés à la notification de dérogation¹²⁶.

Pour l'affaire *Lawless*, le gouvernement irlandais avait bien annexé à sa notification de dérogation la deuxième partie de la loi n° 2 de 1940 qui établissait des mesures pouvant porter atteinte à certains droits garantis par la Convention. La lettre de dérogation a été remise au Secrétaire Général le 20 juillet, les mesures ayant été prises le 8 juillet. Ainsi, seulement douze jours se sont écoulés entre l'instant de l'application des mesures et celui de l'information du Conseil de l'Europe. Cela est jugé comme étant un respect du délai raisonnable¹²⁷.

Pour l'affaire *Aksoy*, la CEDH va rappeler qu'elle peut se saisir d'office de cette question. En l'espèce, aucun des protagonistes n'avait saisi la Cour de cette question¹²⁸. La Cour n'a pas

¹²⁵ *Ibid*, p. 161 : « the notice of the 7th October 1955 was entered almost 3 months after the Detention of Persons Law came into force, but nothing in Article 15 required it to be entered immediately. [...] The obligation is to give information within a reasonable time having regard to all the circumstances, and in the present instance the delay of nearly three months was not so unreasonable as to amount to a breach of the Convention ».

¹²⁶ *Ibid*, p. 170-171 : « The commission also recognises that paragraphe 3 of Article 15, as previously observed, does not afford clear guidance as to the information required in a notification. [...] With regard to incomplete information as to the measures taken by way of derogation, neither paragraphe 3 of the Article 15 nor any other provision of the Convention speaks of any sanction. [...] The Commission is unanimously of the opinion that in circumstances of the present case there is no question of the measure taken by the United Kingdom under Article 15, paragraphe 1, being invalidated by reason of the delay of the United Kingdom Government in complying with its obligation to inform the Secretary General of the measure under paragraphe 3 of that Article ».

¹²⁷ Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. République d'Irlande*, n° 332/57, paragraphe 45 : « Considérant que le Commission a exprimé l'avis que le Gouvernement irlandais n'a apporté aucun retard à informer le Secrétaire Général de la mise en vigueur des mesures spéciales en se référant explicitement à l'article 15, paragraphe 3 (art. 15-3) de la Convention; que les termes de la lettre du 20 juillet 1957, à laquelle étaient joints les textes de la loi de 1940 et de la proclamation la mettant en vigueur, suffisaient à informer le Secrétaire Général de la nature des mesures prises et que, pour cette raison, tout en constatant que la lettre du 20 juillet ne contenait pas un exposé détaillé sur les motifs qui ont inspiré le Gouvernement irlandais en prenant les mesures de dérogation, elle ne croyait pas pouvoir dire que les dispositions de l'article 15, paragraphe 3 (art. 15-3) n'ont pas été suffisamment respectées en l'espèce; qu'en ce qui concerne notamment le troisième argument avancé par G.R. Lawless, les Délégués de la Commission ont ajouté, au cours de la procédure devant la Cour, que l'article 15, paragraphe 3 (art. 15-3) de la Convention exigeait uniquement que le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe soit informé des mesures de dérogation prises, sans qu'il oblige l'État intéressé à promulguer l'avis de dérogation dans le cadre de son droit interne ».

¹²⁸ Cour EDH, 12 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, paragraphe 86 : « La Cour a compétence pour se pencher d'office sur cette question, et spécialement sur le point de savoir si la notification turque de dérogation contient suffisamment d'informations au sujet de la mesure litigieuse, qui a permis la détention du requérant pendant au moins quatorze jours sans contrôle judiciaire, pour remplir les exigences de l'article 15 par. 3. Toutefois, eu égard à sa conclusion selon laquelle la mesure incriminée n'était pas strictement requise par les exigences de la situation, elle juge ne pas devoir se prononcer sur cette question ».

jugé bon de se prononcer sur la question étant donné que les mesures prises par le gouvernement turc dépassaient la stricte mesure admise par la Cour.

§3. L'obligation d'indiquer l'arrêt des mesures potentiellement liberticides

« Respectant également la règle du parallélisme des formes, l'article 15 prévoit aussi que l'État informe le Secrétaire Général de la date à laquelle ces mesures ne sont plus en vigueur, la Convention reprenant alors sa pleine application »¹²⁹. Il est cocasse de traiter rapidement de l'affaire *Brogan*. En l'espèce, les requérants furent arrêtés et interrogés plusieurs jours durant, puis relâchés sans avoir été inculpés ou présentés devant un magistrat. Ils étaient tous soupçonnés de terrorisme. Les faits se sont déroulés (encore une fois) en Irlande du Nord entre septembre et octobre 1984. Or le 22 août 1984, le Gouvernement a justement informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe qu'il retirait un avis de dérogation notifié au titre de l'article 15. La CEDH, bien qu'ayant reconnu la nécessité d'un « juste équilibre entre la défense des institutions de la démocratie dans l'intérêt commun et la sauvegarde des droits individuels », se trouve bien obligée de déclarer que « dès lors, il n'y a pas lieu en l'espèce de rechercher si une campagne terroriste en Irlande du Nord permettait au Royaume-Uni de déroger, en vertu de l'article 15 (art. 15), aux obligations qui découlent pour lui de la Convention. Il faut aborder l'affaire en partant de l'idée que les articles invoqués par les requérants à l'appui de leurs griefs jouent intégralement. Cela n'empêche pourtant pas de prendre dûment en compte le cadre général de l'affaire. Il incombe à la Cour de préciser l'importance à y attribuer sur le terrain de l'article 5 (art. 5) et de vérifier si, en l'occurrence, l'équilibre réalisé a respecté les clauses pertinentes de ce texte, interprétées à la lumière des termes de chacune d'elles ainsi que de son objet et de son but globaux » (§48). Ainsi, la Cour a conclu à la violation de l'article 5 de la Convention.

Section 3 : Un contrôle de proportionnalité fluctuant face aux droits indérogeables

Par ce contrôle de la Cour et à la lecture de l'article 15, on se rend compte qu'il existe des droits dits indérogeables (paragraphe 1). Malgré cela, la violation manifeste de l'article 3 par le Royaume-Uni en Irlande du Nord a été minimisée par la Cour (paragraphe 2). La Cour est d'ailleurs extrêmement conciliante, validant presque à chaque fois les dérogations (paragraphe 3), se contentant d'apprécier si les mesures dépassent le cadre précis de la situation exceptionnelle.

¹²⁹ Gérard GONZALEZ, *op. cit.*, p. 95.

§1. L'existence d'une hiérarchie entre les droits garantis par la Convention

La Convention, c'est un objet d'étude pertinent, parce qu'elle valorise certains droits qui sont considérés comme intangibles, indérogeables, ce qui présente l'avantage d'identifier, avant même l'intervention du juge, des droits qui sont particulièrement importants. Bien que l'article 15 permette l'adoption des dérogations « aux obligations prévues par la présente Charte », il existe des droits intouchables qui constitueraient une forme de Jus Cogens. L'article 15§2 de la CEDH indique 4 droits auxquels on ne peut pas déroger : l'article 2 est relatif au droit à la vie ; l'article 3 est relatif à l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants ; l'article 4 est relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé ; l'article 7 est relatif au principe de non-rétroactivité du droit pénal. La Cour précise d'ailleurs dans l'affaire *Aksoy*¹³⁰ la valeur fondamentale de l'article 3. Il est à noter que la France n'a pas signé la Convention de Vienne de 1969 (relative aux traités internationaux) et ce en partie à cause de l'article 53¹³¹. Ce dernier faisait allusion au Jus Cogens.

A ces quatre droits s'en sont ajoutés deux autres du fait de certains protocoles additionnels à la Convention : l'article 4 du protocole n° 7 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988), range parmi les dispositions indérogeables le droit de ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction (*non bis in idem*). Le protocole n° 13 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003) concerne l'abolition de la peine de mort. Ainsi il y aurait une hiérarchie entre les droits prévus dans la Convention.

Comme souligné précédemment, la dérogation ne doit être que temporaire. Les conséquences de la temporalité limitée sont importantes. Dans l'affaire *Brannigan et McBride*, la Cour précise d'ailleurs l'importance de reconsidérer en permanence le fait que les mesures de dérogation cadre avec les exigences de l'article 15 (§53). La Cour va toujours examiner avec minutie la proportionnalité des mesures adoptées dans le cadre de l'article 15.

¹³⁰ Cour EDH, 12 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93, paragraphe 62 : « L'article 3 (art. 3) ; la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4 (P1, P4) et d'après l'article 15 par. 2 (art. 15-2) il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation ».

¹³¹ « [...] une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

Le principe de laisser une grande marge de manœuvre à l'État se trouve confronté aux droits indérogeables. L'article 15 bien qu'étant une « soupape » offerte aux États, ne permet pas toutes les dérives. La critique est double sur cet article. Les juges européens examinent un domaine qui est l'apanage de la souveraineté, la sécurité, et c'est une bonne chose. Mais la Cour se montre trop prudente avec l'application dudit article. Mais c'est au contraire sa compréhension et son contrôle qui doivent être soulignés et appréciés. L'article 15 permet un « dérapage contrôlé » de la part des États. De plus, l'interprétation souple des juges permet de sans cesse d'actualiser cette Convention. Néanmoins, la tolérance de la Cour, vis-à-vis des dérogations, semble tourner parfois à l'autocensure.

§2. Une tolérance excessive vis-à-vis d'actions injustifiables de la part du Royaume-Uni

L'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* est le parfait exemple d'une Cour parfois proche de l'autocensure face à certains États. Cet arrêt commence à dater mais il démontre encore aujourd'hui le problème auquel sont confrontés les organes internationaux, notamment les juridictions supranationales : sauvegarder leur légitimité à tout prix. La Cour ne dispose pas de pouvoir coercitif pour obliger un État à exécuter ses décisions. Si un État se « froisse » il risque de dénoncer le traité. La CEDH serait à la fois déstabilisée et décrédibilisée.

La Cour reconnaît la pratique de traitements inhumains et dégradants mais avoue ne pas pouvoir ordonner la mise en place de poursuites adéquates par les autorités britanniques¹³². En l'espèce, elle insiste sur le fait que le Royaume-Uni a donné un engagement solennel et inconditionnel de ne pas réintroduire « les cinq techniques »¹³³. La Cour a également relevé que le Royaume-Uni a adopté diverses mesures, notamment le fait d'adresser à la police et l'armée des instructions et directives sur l'arrestation, l'interrogatoire et le traitement des personnes gardées à vue, renforcer les procédures d'examen des plaintes, créer des commissions d'enquête et verser ou offrir de nombreuses indemnités (§153). Comme si par un sursaut de conscience, le repentir permettrait de gommer la torture. Car oui la pratique des cinq techniques correspond à de la torture. Pourtant, « la Cour conclut que le recours aux cinq techniques s'analysait en une pratique de traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 » (§168). Ainsi les mesures prises par le gouvernement britannique n'auraient pas dépassé la stricte mesure

¹³² Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, [plénière], paragraphe 187, « La Cour n'a pas ici à rechercher s'il lui appartient, en certaines hypothèses, d'adresser des injonctions à des États contractants. Elle constate, en l'espèce, que parmi les sanctions dont elle dispose ne figure pas le pouvoir de prescrire à l'un d'entre eux d'engager des poursuites pénales ou disciplinaires sur la base de son droit interne ».

¹³³ *Ibid*, paragraphe 153 : « La Cour donne acte au gouvernement défendeur de l'engagement que l'Attorney-General du Royaume-Uni a pris en son nom devant elle à l'audience du 8 février 1977. Elle en rappelle le libellé : "Le gouvernement du Royaume-Uni a réfléchi au problème du recours aux 'cinq techniques' avec une extrême attention et en ayant notamment égard à l'article 3 (art. 3) de la Convention. Il prend à présent l'engagement inconditionnel qu'elles ne seront réintroduites en aucune circonstance pour aider aux interrogatoires ».

imposée par la situation. On ne peut que partager les opinions dissidentes qui sont très virulentes contre l'arrêt rendu par la Cour.

Le juge O'Donoghue est formel : « on n'est pas obligé de considérer que la torture n'existe que dans un cachot médiéval où l'on utilise le chevalet, les poucettes et autres instruments de torture. Dans le monde d'aujourd'hui, il ne fait guère de doute que la torture peut être d'ordre mental. La torture constitue bien sûr une forme aggravée de traitements inhumains. J'ai beau examiner cette question sous tous ses angles, je reste convaincu que l'approche utilisée par la Commission à la page 402 était la bonne. J'en conclus que l'emploi combiné des cinq techniques constituait une pratique de traitements inhumains et de torture contraire à l'article 3 (art. 3) »¹³⁴. Le juge Evrigenis déplore la définition de la torture retenue par la Cour : « La torture ne suppose plus nécessairement la violence, notion à laquelle se réfère expressément et de façon générique l'arrêt. Elle peut être pratiquée - en fait elle est pratiquée - au moyen de techniques subtiles, mises au point dans des laboratoires pluridisciplinaires qui se veulent scientifiques. Elle vise, à travers de nouvelles formes de souffrances ayant peu de points communs avec la douleur corporelle causée par les supplices conventionnels, à provoquer, ne serait-ce que temporairement, la désintégration de la personnalité humaine, la destruction de l'équilibre mental et psychique de l'homme et l'anéantissement de sa volonté. Je regretterais vivement que la définition de la torture, qui se dégage de l'arrêt, ne puisse pas couvrir ces différentes formes de torture technologiquement raffinée. Une pareille interprétation perdrait de vue la conjoncture et les perspectives historiques dans lesquelles devrait être mise en œuvre la Convention européenne des Droits de l'Homme »¹³⁵. Le juge Sir Gerald Fitzmaurice avec un certain cynisme trouve « surprenante cette non-contestation globale par le Royaume-Uni de l'emploi de la torture »¹³⁶...

Finalement, on constate amèrement que le « le Royaume-Uni est parvenu à convaincre la Cour de lui épargner la marque infamante d'une condamnation pour torture, en s'abstenant de révéler certains éléments pertinents et en adoptant une position en contradiction directe avec ses propres consignes internes. L'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* a eu des conséquences d'une grande portée. Le raisonnement décrit dans ce cas a été cité dans les désormais tristement célèbres mémos sur la torture du gouvernement de George W Bush, pour essayer de nier que les violations commises contre des détenus dans le cadre de la soi-disant guerre contre le terrorisme étaient des actes de torture »¹³⁷.

Pierre Martens exprime bien le fait qu'à « beaucoup d'égards, l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* constitue une pierre de touche. Dans

¹³⁴ *Ibid*, Opinion séparée de M. Le juge O'Donoghue, pp. 96-97.

¹³⁵ *Ibid*, Opinion séparée de M. Le juge Evrigenis, p. 126.

¹³⁶ *Ibid*, Opinion séparée de M. Le juge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 102.

¹³⁷ Amnesty, Communiqué de presse : « Royaume-Uni/Irlande. Il faut rouvrir l'affaire marquante de la torture des «hommes cagoulés», 24 novembre 2014 site : <http://www.amnesty.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Royaume-UniIrlande-Il-faut-rouvrir-affaire-marquante-de-la-torture-des-hommes-cagoules-13360>, consulté le 27/04/2016

l'application du traité, elle amorce un tournant. Elle présente même une importance et une signification exceptionnelles, dans la mesure où elle pose le problème du recours à certains modes de répression parfaitement injustifiables et cela non pas sous un régime dictatorial et policier, mais en démocratie : dans nos conclusions, nous reviendrons sur ce que cette situation implique »¹³⁸. Il continue très cinglant mais très lucide : « on aperçoit combien tout ici converge pour justifier autant que faire se peut, ou excuser, ou minimiser, un mode de répression dont nous persistons à croire qu'aucune démocratie, digne de ce nom, ne devrait l'intégrer »¹³⁹.

§3. L'absence de contrôle de la situation exceptionnelle

Le dispositif prévu par l'article 15 a été rarement mobilisé. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention, seuls neuf États parties y ont eu recours. Il peut paraître surprenant que certains États confrontés à de graves troubles n'aient pas enclenché le dispositif, alors même qu'ils n'ont pas hésité à appliquer des mesures exceptionnelles. Mais, comme le relève Nicolas Hervieu¹⁴⁰, « pour prétendre ainsi déroger aux droits et libertés conventionnels, encore faut-il que l'État concerné accepte de reconnaître officiellement la situation de crise et surtout qu'il se soumette aux exigences de l'article 15 de la Convention »¹⁴¹.

La France, depuis les attentats du 13 novembre, doit-elle faire face à un danger public menaçant la vie de la nation ? La réponse à cette question est essentielle, car elle conditionne la possibilité pour les autorités françaises, en reprenant l'expression de Nicolas Hervieu, « de se draper dans l'article 15 de la Convention »¹⁴². La Cour laisse une marge nationale d'appréciation gigantesque. La Commission de l'époque ne s'est permise de nier le caractère de danger public uniquement dans l'affaire grecque, dont la faiblesse institutionnelle, économique, financière et diplomatique a été démontrée *supra*. Mais surtout faire passer les troubles suivants le coup d'État en « danger public menaçant la vie de la Nation » était grossier. Il ne pouvait pas en être autrement.

¹³⁸ Pierre MERTENS, « L'affaire Irlande contre le Royaume-Uni devant la Commission européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 1977 p. 12

¹³⁹ *Ibid*, p. 29.

¹⁴⁰ Il est juriste en droit public et droit européen des droits de l'homme. Il est chargé d'enseignements à l'université Panthéon-Assas et doctorant au Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF - Université Paris Ouest). Il est également collaborateur du cabinet Spinosi & Sureau et membre de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris (IDHBP).

¹⁴¹ Nicolas HERVIEU, « Etat d'urgence et CEDH : de la résilience des droits de l'homme, le droit en débat », Dalloz.fr, 2016, <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/etat-d-urgence-et-cedh-de-resilience-des-droits-de-l-homme>, consulté le 04 mai 2016

¹⁴² Nicolas HERVIEU, *op. cit.*

La guerre est facile à identifier, du moins dans sa forme internationale. Les États préfèrent de loin évoquer un danger public, même lorsqu'ils sont confrontés à une forme de guerre intérieure¹⁴³. « La jurisprudence s'appuie exclusivement aujourd'hui sur la notion de danger public menaçant la vie de la nation et renvoie essentiellement aux réactions de défense des États confrontés à un danger terroriste précis comme en Irlande du Nord ou dans le Sud-Est de la Turquie, ou plus diffus mais tout aussi certain, notamment depuis les attentats du 11 septembre 2001 et spécialement au Royaume-Uni. Exception faite de l'affaire grecque où les éléments de preuves sont jugés insuffisants, ni la commission ni la Cour, n'ont contesté la réalité du péril invoqué par les États désireux de bénéficier de la dérogation de l'article 15 »¹⁴⁴. La CEDH opte donc pour une conception large de l'article 15 qui s'intitule, pour rappel, « dérogation en cas d'état d'urgence ». Le danger peut s'inscrire dans la durée¹⁴⁵. La lettre de dérogation française du 24 novembre 2015 indique que « la menace terroriste en France revêt un caractère durable, au vu des indications des services de renseignement et du contexte international ». Là encore, il est sûr que les prolongations de l'état d'urgence seront considérées comme cadrant avec les exigences de l'article 15.

Mais si la Cour définit dès l'arrêt *Lawless* ce qu'est le « danger public »¹⁴⁶, cette notion reste tout de même quelque peu incertaine. Les États ayant pris soin lors de la rédaction de la Convention de permettre que l'article 15 leur laisse le champ libre. Le caractère diffus de la menace terroriste facilitant les dérogations.

Il faut donc également mettre en lumière les réserves étatiques d'interprétation de la Convention sur l'article 15. Les États voulant à tout prix que la Cour valide leur dérogations. En effet, un certain nombre d'États ont émis des réserves relatives à l'article 15. La France a émis une réserve d'interprétation le 3 mai 1974, elle est toujours en vigueur aujourd'hui¹⁴⁷. Les lois

¹⁴³ La commission elle-même emploie le terme « danger public menaçant la vie de la nation » pour qualifier la situation dans l'arrêt *Lawless c. Irlande* (paragraphe 29). Dans l'arrêt *Aksoy c. Turquie*, « La Cour considère, à la lumière de l'ensemble de éléments dont elle dispose, que l'ampleur être les effets particuliers de l'activité terroriste du P.K.K dans le Sud-Est de la Turquie ont indubitablement créé, dans la région concernée, un danger public menaçant la vie de la nation ». C'est une qualification bien douce au regard de la situation de quasi-guerre civile qui sévissait alors.

¹⁴⁴ Frédéric SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF 2003, 6^{ème} édition, p. 90.

¹⁴⁵ Cour EDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, [GC], paragraphe 178 : « Des mesures dérogatoires soumises à un réexamen annuel par le Parlement ne saurait être déclarées invalides au motif qu'elles ne sont pas provisoires ».

¹⁴⁶ Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. République d'Irlande*, n° 332/57, paragraphe 28 : « 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 ».

¹⁴⁷ « Le Gouvernement de la République, conformément à l'article 64 de la Convention, émet une réserve concernant le paragraphe 1 de l'article 15 en ce sens, d'une part, que les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre, par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1878 et par la loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1^{er} de la loi n(55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence, et qui permettent la mise en application des dispositions de ces textes, doivent être comprises comme correspondant

d'état d'urgence doivent donc être comprises comme « correspondant à l'objet de l'article 15 ». Ainsi, aucune remise en cause ne doit être possible par la Cour. « La Convention ne peut que difficilement s'accommoder d'une compétence discrétionnaire de l'État pour qualifier une situation de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation sans qu'un contrôle minimum ne puisse s'exercer sur cette qualification »¹⁴⁸.

Plusieurs critiques peuvent être formulées à la réserve française. La principale comme le remarque Anaïs Lambert et Laetitia Braconnier est que cette réserve « 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 publiques et octroyer aux organes de 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. La dénaturation de l'article 15 par la réserve en est ainsi manifeste »¹⁴⁹.

Même si la Cour s'est déclarée compétente pour contrôler les réserves étatiques, le doute demeure sur le fait de savoir si la réserve française pourrait être jugée non-valide, sachant que la notification de dérogation a été faite dans les règles. « Malgré une critique récurrente selon laquelle la réserve française serait trop générale, la Cour ne s'est jamais encore prononcée sur sa validité »¹⁵⁰. Une future affaire concernant les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence va peut-être changer la donne.

Malgré les critiques il convient tout de même de rappeler que la Cour, même lorsqu'un État justifie ses actions par une situation d'urgence, peut condamner cet État. Ainsi, la Cour a jugé qu'il ne suffisait pas à l'État d'invoquer les difficultés de la lutte contre le terrorisme en période de crise pour justifier l'absence de contrôle juridictionnel pour des détentions longues¹⁵¹. La Cour

à l'objet de l'article 15 de la Convention et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes dans la stricte mesure où la situation l'exige ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances ».

¹⁴⁸ Gérard GONZALEZ, *op. cit.*, p. 94

¹⁴⁹ Anaïs LAMBERT et Laetitia BRACONNIER, « La marge de manœuvre 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*, <http://revdh.revues.org/1778>, consulté le 27 avril 2016, paragraphe 13.

¹⁵⁰ *Ibid*, paragraphe 17.

¹⁵¹ Cour EDH, 23 septembre 1998, *Demir et autres c. Turquie*, n° 71/1997/855/1062-1064, paragraphe 52: « De l'avis de la Cour, la seule conformité au droit interne des détentions en cause – laquelle ne prête d'ailleurs pas à controverse – ne saurait servir à justifier, sur le terrain de l'article 15, des mesures dérogeant à l'article 5 § 3. Il en va de même de la circonstance qu'une enquête ou instruction n'est pas terminée, dès lors que l'article 5 § 3 a précisément pour but de s'appliquer pendant que se poursuit l'enquête ou l'instruction ; il n'y a donc pas lieu d'y déroger parce que celles-ci ne sont pas clôturées. Quant aux assertions du Gouvernement au sujet du caractère « approfondi » et « attentif » de l'enquête policière à mener, elles ne fournissent pas de réponse à la question au centre du présent débat, celle de savoir pour quelles raisons précises tirées des circonstances concrètes de la présente affaire, un contrôle juridictionnel de la détention des requérants eût mis en péril la progression de ladite

fustige également, dans l'affaire *A. et autres contre Royaume-Uni*, le fait que les mesures anti-terroristes visaient exclusivement les non britanniques, alors que le danger peut émaner également des nationaux (§186). La non-discrimination est également un principe fondamental pour la Cour, et elle le rappelle ici avec force. On est donc en droit de penser que la dérogation française ne pourrait justifier indéfiniment l'état d'exception : les atteintes au droit de propriété (perquisitions), les atteintes à la liberté d'expression (manifestations interdites), les atteintes à la liberté de circulation (assignations à résidences),...

Malgré les critiques, il paraît raisonnable de citer Mireille Delmas-Marty : « La jurisprudence de la CEDH, quelles que soient ses insuffisances, démontre qu'il est possible de raisonner la raison d'État, ce qui ne veut pas dire la rejeter, mais encadrer les choix politiques qui la sous-tendent par un raisonnement juridique suffisamment rigoureux pour être prévisible »¹⁵².

Pour tenter de prévenir les futurs attentats, les autorités nationales vont également se servir des nouvelles technologies pour tenter de surveiller et protéger les citoyens. Après s'être focalisé sur les régimes d'exception, il paraît nécessaire de s'intéresser au phénomène des lois liberticides. En effet, les données à caractère personnel semblent subir de plus en plus d'ingérence étatiques.

enquête. En présence de gardes à vue aussi longues, il ne suffit pas de renvoyer de manière générale aux difficultés provenant du terrorisme et au nombre de personnes impliquées dans l'enquête ».

¹⁵² Mireille DELMAS-MARTY, « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », *Revue Projet* 2011/5 (n° 324 - 325), p. 22.

Chapitre 2 : Le difficile respect des données à caractère personnel face à la menace terroriste

L'article 8 de la Convention¹⁵³ pose un principe fondamental, celui du droit au respect à la vie privée et familiale, au domicile et à la correspondance. L'État doit assurer ce droit. Une ingérence étatique, dans l'exercice de ce droit, ne peut être permise que si elle est prévue par la loi et si elle est nécessaire. Les mesures étatiques adoptées pour lutter contre le terrorisme doivent prendre en compte ce principe et, surtout, faire l'objet d'un contrôle par la CEDH.

Comme le remarque Madeleine Lobe Lobas « la notion de vie privée englobe les renseignements concernant l'identité d'un individu ainsi que les informations sur la vie privée de la personne. Afin de renforcer la lutte contre le terrorisme, les États ont étendu les procédures de surveillance impliquant la collecte et le traitement des données personnelles qui sont considérés comme une immixtion dans la vie privée des personnes »¹⁵⁴. La protection des données à caractère personnel est donc une question incontournable en droit européen. En effet, toutes nos données sont collectées, mais peuvent aussi être traitées, croisées, conservées sans pour autant que nous en soyons informés. Les États utilisent les données à caractère personnel dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou contre la criminalité en général. Les citoyens sont donc à la fois les bénéficiaires et les victimes du développement et du traitement des données à caractère personnel. Ces données correspondent à « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée ») ; est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »¹⁵⁵.

¹⁵³ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁵⁴ Madeleine LOBE LOBAS, « Conventionalité des mesures de lutte contre le terrorisme », *RISEO*, février 2015, p. 193.

¹⁵⁵ CNRS, Définitions du Règlement européen pour la protection des données à caractère personnel, 12 mai 2016, <http://www.cil.cnrs.fr/CIL/spip.php?article2861>, consulté le 20 mai 2016.

Il n'y a pas que l'article 8 qui régisse ces données. La Convention 108 du Conseil de l'Europe¹⁵⁶ constitue le seul instrument juridique ayant une véritable force contraignante dans le domaine de la protection des données personnelles. Elle protège les individus contre les abus qui peuvent accompagner la collecte et le traitement des données personnelles. Les 47 États membres ont ratifié cette Convention. « En plus de fournir des garanties en rapport avec la collecte et le traitement des données personnelles, elle proscriit le traitement de données sensibles sur la race, les opinions politiques, la santé, la religion, la vie sexuelle, le casier judiciaire,... en l'absence de garanties juridiques adéquates »¹⁵⁷. Tout comme l'article 8, les restrictions ne sont possibles que lorsque des intérêts supérieurs sont en jeu, la sécurité de l'État ou encore la défense nationale. La Cour s'est référée à plusieurs reprises à la convention 108 dans ses arrêts.

Les États ont tendance à vite dépasser les limites pour des causes de sécurité nationale. Notamment via des surveillances secrètes. La Cour en se basant sur le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention rappelle les conditions permettant l'ingérence. Tout en allant plus loin grâce à une interprétation dynamique du texte (section 1). Le contrôle de proportionnalité de la Cour, d'abord timide, semble s'affermir. Néanmoins, cette attitude sera à confirmer avec les futurs arrêts (section 2). Les arrêts analysés ne sont qu'un échantillon. La jurisprudence de la Cour étant abondante certains choix discrétionnaires se sont imposés.

Section 1 : L'interprétation souple de l'article 8 par la Cour

« L'onde de choc des attentats du 11 septembre 2001 à New York n'en finit pas de se propager et les dégâts collatéraux ainsi produits se révèlent pour le moins inattendus. En effet, depuis 2001, la préoccupation première des démocraties occidentales est devenue celle de la lutte contre le terrorisme, et ce de façon parfois quasi-obsessionnelle. Celle-ci se nourrit de coopération policière, de constitution de fichiers de données personnelles toujours plus nombreux et toujours plus détaillés, afin de détecter les terroristes, ou autres délinquants, réels ou en puissance, tissant de la sorte un réseau d'informations permettant de sanctuariser la forteresse Europe. Néanmoins, ce réflexe légitime d'autodéfense pose un problème évident aux démocraties européennes au regard des impératifs de la protection des droits fondamentaux »¹⁵⁸. Normalement le requérant ne bénéficie pas d'une sorte d'*actio popularis*. La Cour ne procède pas à un examen *in abstracto* du droit national. Il faut normalement établir la preuve que l'on est touché directement par la mesure. Mais la Cour va innover sur ce point

¹⁵⁶ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

¹⁵⁷ Cour européenne des droits de l'homme, « Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Division de la recherche*, paragraphe 125.

¹⁵⁸ Sylvie PERROU-PISTOULEY, « L'affaire Marper c/ Royaume-Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, 2009, p. 741.

(paragraphe 1). L'ingérence étatique se doit d'être prévue par la loi pour être recevable (paragraphe 2) mais surtout elle ne doit pas être abusive (paragraphe 3).

§1. L'élargissement du spectre de victime pour un contrôle efficace

Dans l'affaire *Klass et autres contre Allemagne*¹⁵⁹ se pose le problème de la saisine de la Cour. En l'espèce, les requérants sont des avocats. La loi allemande du 13 août 1968 permet aux autorités de surveiller leurs correspondances, leurs communications téléphoniques, pour cause de sécurité nationale. Mais surtout rien n'impose aux autorités d'en aviser les intéressés a posteriori ! Aucun recours n'était possible contre l'adoption et l'exécution de pareille mesure. C'est une situation proche de l'État policier : les autorités peuvent ainsi à loisir, et sans crainte d'être découvertes, espionner les citoyens. Comment savoir qu'on a été espionné ? La Cour constate le déséquilibre entre le recours étatique et le recours individuel. En effet, les États peuvent déposer une requête en dénonçant des violations commises dans un autre État, ils ne sont pas directement touchés¹⁶⁰. La Cour déplore le fait que dans pareil système l'article 8 peut être « réduit à néant ». La Cour ne saurait « admettre que l'assurance de bénéficier d'un droit garanti par la Convention puisse être ainsi supprimée du simple fait de maintenir l'intéressé dans l'ignorance de sa violation. Un droit de recours à la Commission pour les personnes potentiellement touchées par une surveillance secrète découle de l'article 25, faute de quoi l'article 8 risquerait de perdre toute portée » (§36). La Cour conclut ainsi que « les requérants sont chacun en droit de "se prétend(re) victime(s) d'une violation" de la Convention bien qu'ils ne puissent alléguer à l'appui de leur requête avoir subi une mesure concrète de surveillance » (§38).

¹⁵⁹ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, [plénière]

¹⁶⁰ *Ibid*, paragraphe 33 : « Tandis que l'article 24 (art. 24) habilite tout États contractant à saisir la Commission de "tout manquement" qu'il croira pouvoir imputer à un autre États contractant, une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers doit, pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 25 (art. 25), se prétendre "victime d'une violation (...) des droits reconnus dans la (...) Convention". Ainsi, contrairement à l'article 24 (art. 24) selon lequel l'intérêt général s'attachant au respect de la Convention rend recevable, sous réserve des autres conditions fixées, une requête étatique, l'article 25 (art. 25) exige qu'un individu requérant se prétende effectivement lésé par la violation qu'il allègue (arrêt du 18 janvier 1978 dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, série A no 25, pp. 90-91, paras. 239-240). Il n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'actio popularis pour l'interprétation de la Convention; il ne les autorise pas à se plaindre in abstracto d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention. En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention; elle doit avoir été appliquée à son détriment. Néanmoins, ainsi que l'ont souligné Gouvernement et Commission, elle peut violer par elle-même les droits d'un individu s'il en subit directement les effets, en l'absence de mesure spécifique d'exécution. A ce sujet, la Cour rappelle que deux affaires antérieures, tirant leur origine de requêtes introduites en vertu de l'article 25 (art. 25), l'ont placée devant une telle législation: l'affaire "linguistique belge" puis l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* l'ont amenée à examiner la compatibilité avec la Convention et le Protocole no 1 (P1) de certains textes législatifs ou réglementaires relatifs à l'enseignement (arrêt du 23 juillet 1968, série A no 6, et arrêt du 7 décembre 1976, série A no 23, notamment pp. 22-23, par. 48) ».

Ainsi la Cour estime que le requérant a pu raisonnablement avoir fait l'objet d'une surveillance secrète.

La Cour va récidiver dans cette voie avec l'arrêt *Malone*¹⁶¹. En l'espèce le requérant était inculpé de plusieurs délits. Au cours d'un premier procès, il est apparu qu'une conversation téléphonique de monsieur Malone avait été enregistrée. Ainsi, ses conversations sur sa ligne téléphonique avaient été surveillées mais aussi enregistrées. La Cour va donc user du même argument. Même si monsieur Malone n'avait pas été victime de ces pratiques il aurait été en droit de déposer une requête.

Dans l'arrêt *Weber et Saravia contre Allemagne*, il est encore question de la loi allemande du 13 août 1968, mais modifiée par la loi du 28 octobre 1994. Cette dernière loi a élargi les pouvoirs des services de renseignement fédéraux. La Cour va utiliser la même technique, une fois encore¹⁶².

L'arrêt *Kennedy contre Royaume-Uni*¹⁶³, illustre bien le problème des erreurs administratives, voire des abus, ayant un effet décuplé avec des mesures de surveillance. En l'espèce, le requérant avait été arrêté pour ivresse sur la voie publique. Son « compagnon » de cellule fut retrouvé mort le lendemain matin, avec des traces de blessures. Le requérant sera accusé du meurtre. Or l'intéressé soutint que ce n'était pas lui, mais bien la police qui était responsable du décès de la personne. Il fut condamné à la réclusion criminelle à perpétuité. Sa condamnation fut cassée en appel. L'un des principaux témoins à charge, policier de son état, ne se présenta pas lors du réexamen de l'affaire, et fut par la suite récusé pour instabilité mentale ! Rejugé, le requérant fut tout de même déclaré coupable du meurtre mais obtint une condamnation moins lourde (neuf ans d'emprisonnement). La Cour précise que « cette affaire suscita une controverse au Royaume-Uni en raison du caractère lacunaire et contradictoire des preuves apportées par la police, au point que certaines personnes – notamment des députés – mirent en doute le bien-fondé de la condamnation de l'intéressé » (§5). Le requérant fut libéré quelques années plus tard mais ses conversations téléphoniques professionnelles se mirent à subir des dysfonctionnements. D'après le requérant, ces dysfonctionnements étaient la conséquence d'interceptions de sa correspondance ainsi que de ses communications

¹⁶¹ Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79, [plénière], paragraphe 64 : « Comme la Commission le souligne au paragraphe 115 de son rapport, l'existence en Angleterre et au pays de Galles de lois et pratiques autorisant et instaurant un système de surveillance secrète des communications constituait en soi une "ingérence (...) dans l'exercice" de droits que l'article 8 (art. 8) reconnaissait à l'intéressé, en dehors même de toute application effective à celui-ci ».

¹⁶² Cour EDH, 22 mai 1990, *Weber et Saravia c. Allemagne*, n° 11034/84, paragraphe 78 : « Elle note en outre que les requérants, bien que membres d'un groupe de personnes susceptibles d'être frappées par des mesures d'interception, sont incapables de démontrer que les mesures litigieuses leur ont effectivement été appliquées. Elle rappelle toutefois les conclusions auxquelles elle est parvenue dans des affaires analogues et selon lesquelles la législation elle-même crée par sa simple existence, pour tous ceux auxquels on pourrait l'appliquer, une menace de surveillance entravant forcément la liberté de communication entre usagers des services des télécommunications et constituant par là en soi une ingérence dans l'exercice par les requérants de leurs droits garantis par l'article 8, quelles que soient les mesures prises dans les faits ».

¹⁶³ Cour EDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05

téléphoniques et électroniques. Son activité entrepreneuriale aurait pâti de cette gêne. « Ces interceptions auraient été fondées sur un mandat d'interception initialement délivré dans le cadre des poursuites pénales dirigées contre lui et que la police, ainsi que les services de sécurité, auraient renouvelé indéfiniment, en toute illégalité, dans le but d'intimider l'intéressé et de nuire à ses activités professionnelles » (§7). Là encore, la Cour réitère sa jurisprudence désormais bien établie. Le caractère secret de la surveillance ne doit pas avoir pour conséquence de rendre cette dernière inattaquable¹⁶⁴.

Dans un arrêt particulièrement récent, *Zakharov contre Russie*¹⁶⁵, la Cour va encore une fois confirmer sa jurisprudence. En l'espèce, la Russie avait mis en place un système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile. En vertu de la législation, un dispositif devait être mis en place par les opérateurs mobiles pour permettre la surveillance secrète des communications, sans autorisation judiciaire préalable. La Cour va alors considérer, sans surprise, que « le requérant est en droit de se prétendre victime d'une violation de la Convention bien qu'il ne puisse alléguer à l'appui de sa requête avoir fait l'objet d'une mesure concrète de surveillance » (§179). La CEDH accepte ainsi de contrôler *in abstracto* la loi.

Le dernier arrêt rendu par la Cour, au début du mois de mai 2016, dans ce domaine, est l'arrêt *Szabo et Vissy contre Hongrie* qui a été rendu le 12 janvier 2016. En l'espèce, la législation hongroise, via le « Police Act », permettait une surveillance secrète pour lutter contre le terrorisme. Le requérant se prétendait exposé aux abus potentiels de ce genre de surveillance. La Cour, après un long rappel des arrêts antérieurs, considère que le requérant a bien la qualité de victime¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Cour EDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05, paragraphe 124 : « Il convient de garder à l'esprit les considérations particulières justifiant que la Cour déroge, dans les affaires où sont en cause des mesures de surveillance secrète, à son approche générale déniait aux particuliers le droit de se plaindre *in abstracto* d'une loi. La principale d'entre elles tient à ce qu'il importe de s'assurer que le caractère secret de pareilles mesures ne conduise pas à ce qu'elles soient en pratique inattaquables et qu'elles échappent au contrôle des autorités nationales et de la Cour. Pour se prononcer sur la question de savoir si un particulier peut se plaindre d'une ingérence du seul fait qu'il existe une législation autorisant des mesures de surveillance secrète, la Cour doit avoir égard à la disponibilité de tout recours au niveau interne et au risque que des mesures de surveillance secrète soient appliquées à l'intéressé. Lorsqu'il n'existe aucune possibilité de contester l'application de mesures de surveillance secrète au niveau interne, les soupçons et les craintes de la population quant à l'usage abusif qui pourrait être fait des pouvoirs de surveillance secrète ne sont pas injustifiés. En pareil cas, un contrôle accru par la Cour s'avère nécessaire même si, en pratique, le risque de surveillance n'est guère élevé ».

¹⁶⁵ Cour EDH, 4 décembre 2015, *Zakharov c. Russie*, n° 47143/06, [GC]

¹⁶⁶ Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, paragraphe 39 : « the Court is of the view that the applicants can claim to be victims of a violation of their rights under the Convention, within the meaning of Article 34 of the Convention ».

§2. La flexibilité du contrôle de la Cour par rapport à la prévisibilité de l'ingérence

Les autorités internes peuvent recueillir et mémoriser des données personnelles pour des motifs liés à la sécurité nationale, avec certaines garanties. Selon l'article 8 paragraphe 2, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit être prévu par la loi. La Cour interprète largement la notion de « loi », la mesure doit ainsi avoir une base en droit interne¹⁶⁷. Dans le but d'éviter toute forme d'arbitraire, cette base interne doit être obligatoirement compatible avec la prééminence du droit¹⁶⁸, ainsi les mesures incriminées doivent également être accessibles au justiciable et surtout prévisibles. Le caractère de prévisibilité est défini par la Cour comme étant une loi rédigée avec assez de précision « pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de régler sa conduite »¹⁶⁹. La loi doit donc être suffisamment précise en ce qui concerne l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes.

Dans l'arrêt *Klass contre Allemagne*, la Cour estime que l'exigence de prévision de l'ingérence par une loi est remplie. C'est avec l'affaire *Malone* que la Cour constate pour la première fois une violation de l'article 8, suite au flou de la loi, et ce, malgré un contexte spécial. La Cour tout en rappelant ce qu'elle interprète comme étant « prévue par la loi », constate que le contexte doit être pris en compte¹⁷⁰ mais cela ne doit pas empêcher la loi « d'user de termes

¹⁶⁷ Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, n° 11801/85, paragraphe 29 : « la Cour a toujours entendu le terme loi dans son acception matérielle et non formelle ; elle y a inclus à la fois des textes de rang infra législatif et le droit non écrit ».

¹⁶⁸ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, [plénière], paragraphe 55 : « Parmi les principes fondamentaux de pareille société figure la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention » ; CEDH « La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase "prévue par la loi" ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la "loi"; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention ».

¹⁶⁹ Cour EDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, n° 28341/95, paragraphe 55 : « La Cour a souligné l'importance de ce concept en matière de surveillance secrète, en ces termes : « La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase « prévue par la loi » ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la « loi » ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention (...). Il implique ainsi – et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 – que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (...). Or le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret (...) Puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante – compte tenu du but légitime poursuivi – pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire ».

¹⁷⁰ Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79, [plénière], paragraphe 67 : « [...] les impératifs de la Convention, notamment quant à la prévisibilité, ne peuvent être tout à fait les mêmes dans le contexte spécial de l'interception de communications pour les besoins d'enquêtes de police que quand la loi en cause a pour but

assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance » (§67). Ainsi, la CEDH reconnaît aux États une certaine marge de manœuvre dans l'interprétation des textes créant une ingérence mais cette latitude n'est pas illimitée »¹⁷¹.

Dans l'arrêt *Leander contre Suède*¹⁷², monsieur Leander, devait travailler plusieurs mois à un poste de technicien dans un bâtiment jouxtant une zone militaire interdite. Or, quelques jours après sa prise de fonction il dut quitter son poste. Pour le requérant ses activités syndicales avaient été mémorisées et avaient été à l'origine de son exclusion du poste. La Cour affirme que « dans le contexte particulier de contrôles secrets du personnel affecté à des secteurs touchant à la sécurité nationale, l'exigence de prévisibilité ne saurait cependant être la même qu'en maints autres domaines. Ainsi, elle ne saurait signifier qu'un individu doit se trouver en mesure d'escompter avec précision les vérifications auxquelles la police spéciale suédoise procédera à son sujet en s'efforçant de protéger la sécurité nationale. Néanmoins, dans un système applicable à tous les citoyens, tel celui de l'ordonnance sur le contrôle du personnel, la loi doit user de termes assez clairs pour leur indiquer de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à se livrer à pareille ingérence secrète, et virtuellement dangereuse, dans leur vie privée » (§51). La Cour a rendu un arrêt similaire dans le même domaine en 2000 : l'arrêt *Rotaru contre Roumanie*¹⁷³. En l'espèce, des données du requérant avait été consignées dans un registre secret. Le requérant alléguant la fantaisie des informations n'a jamais pu faire enlever ces dernières. Il en avait pris connaissance lors d'une procédure. La loi autorisait les renseignements roumains de collecter, mémoriser et utiliser des données ayant trait à la sécurité nationale. La Cour estime que la loi ne répond pas au critère minimal de prévisibilité et de clarté.

Dans l'arrêt *Shimovolos contre Russie*¹⁷⁴, le requérant, monsieur Shimovolos, est un militant des droits de l'homme. Il a été enregistré dans une base de données de surveillance secrète où il a été inscrit comme extrémiste potentiel. « La base de données contenant le nom M. Shimovolos a été créée en vertu d'un arrêté ministériel qui n'a pas été publié ni été rendu accessible au public d'une quelconque manière. Les citoyens ne peuvent donc pas savoir pourquoi une personne s'y trouve enregistrée, pendant combien de temps des informations sont

d'assortir de restrictions la conduite d'individus. En particulier, l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence ».

¹⁷¹ Cour EDH, 6 juin 2006, *Segersted-Wiberg et autres c. Suède*, n°62332/00, paragraphe 79 : « Toutefois, la latitude dont jouit la Sûreté pour déterminer l'existence de « raisons spéciales » au sens de l'article 33, alinéa 3, n'est pas illimitée ».

¹⁷² Cour EDH, 23 mars 1987, *Leander c. Suède*, n° 9248/81

¹⁷³ Cour EDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, n° 28341/95, paragraphe 57 : « La Cour relève que cet article ne renferme aucune disposition explicite et détaillée sur les personnes autorisées à consulter les dossiers, la nature de ces derniers, la procédure à suivre et l'usage qui peut être donné aux informations ainsi obtenues ».

¹⁷⁴ Cour EDH, 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09

conservées à son sujet, quel type de renseignements y figurent, comment ceux-ci sont conservés et utilisés et qui en a le contrôle »¹⁷⁵. Par conséquent, il y avait bien violation de l'article 8.

Dans l'affaire *Kennedy*, le requérant alléguait que l'expression « sécurité nationale » était trop vague, ce qui avait pour effet de conduire à ce que le ministre puisse ordonner des mesures de surveillance sans véritables limites. La Cour estime que cette expression est souvent employée et que les dangers auxquels sont confrontés les États sont changeants et mérite donc une adaptabilité rapide des pouvoirs publics¹⁷⁶.

Le même raisonnement est suivi avec l'arrêt *Dimitrov-Kazakov contre Bulgarie*¹⁷⁷. En l'espèce, le requérant et une autre personne sont conduits au poste de police pour un interrogatoire sur un viol commis sur une mineure. Aucun acte d'accusation n'a été établi par la suite, mais le requérant a tout de même été inscrit, avec une référence au viol, dans les fichiers de la police. Le requérant fit l'objet de plusieurs contrôles par la suite en lien avec des plaintes pour viol ou des disparitions de jeune fille. La loi sur la police nationale, abrogée en 1997, ne contenait pas de dispositions relatives à l'enregistrement des personnes. Cette pratique n'avait été rendu possible que par un simple arrêté secret et interne du ministère des Affaires intérieures. La Cour ne conteste pas que l'« instruction, non publique à l'époque des faits, revêtait un caractère confidentiel et qu'elle était réservée, jusqu'à son déclassé en 2004, à l'usage interne du ministère des Affaires intérieures, de sorte que le requérant n'a pas pu en prendre connaissance pour en prévoir les conséquences. La Cour relève que l'activité d'enregistrement de police a été visée dans une loi accessible au public seulement à partir du mois de décembre 1997, soit après l'ouverture du dossier relatif au requérant. Dès lors, la « loi » interne ne répondait pas à l'exigence d'accessibilité prévue à l'article 8 § 2 de la Convention » (§33). Ainsi, il y a bien eu violation de l'article 8 paragraphe 2.

La Cour admet, bien évidemment, des aménagements à la prévisibilité de la loi face au contexte particulier de la surveillance pour des impératifs sécuritaires. La Cour suit un raisonnement analogue en 2006, dans l'arrêt *Segersted-Wiberg et autres contre Suède*¹⁷⁸. En l'espèce, cinq requérants demandaient sans succès à avoir accès à leur dossier possédé par les services de renseignement suédois. Les requérants soutiennent que la loi permettant le refus d'accès aux dossiers n'est pas une loi comme l'entend la Cour dans sa jurisprudence, étant donné

¹⁷⁵ CEDH, communiqué de presse du Greffier de la Cour, « Détention arbitraire d'un militant des droits de l'homme à la suite de son enregistrement dans une base de données relative aux surveillances secrètes », 21 juin 2011, p. 3.

¹⁷⁶ Cour EDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05, paragraphe 160 : « Elle relève que l'expression « sécurité nationale » est fréquemment employée, tant en droit interne qu'en droit international, et qu'elle figure dans l'énumération des objectifs légitimes contenue dans l'article 8 § 2 lui-même. La Cour a déjà eu l'occasion de souligner que l'exigence de « prévisibilité » de la loi n'allait pas jusqu'à imposer aux États l'obligation d'édicter des dispositions juridiques décrivant tous les comportements pouvant conduire à la décision d'expulser un individu pour des motifs de « sécurité nationale ». Par la force des choses, des menaces dirigées contre la sécurité nationale peuvent être de différentes natures et peuvent être imprévues et difficiles à définir à l'avance ».

¹⁷⁷ Cour EDH, 10 février 2011, *Dimitrov-Kazakov c. Bulgarie*, n° 11379/03

¹⁷⁸ Cour EDH, 6 juin 2006, *Segersted-Wiberg et autres c. Suède*, n°62332/00

qu'elle manque de précision. « Le motif de raisons spéciales figurant à l'article 33, alinéa 3, de la loi sur les données de la police est excessivement large et peut s'appliquer à pratiquement quiconque, comme l'illustrent amplement la collecte et la conservation d'informations qui leur ont été divulguées » (§74). La Cour va donc rappeler encore une fois ce qu'elle entend par « prévue par la loi ». Puis elle pointe le danger de l'arbitraire pouvant être une conséquence des pratiques secrètes¹⁷⁹. En l'occurrence, la Cour va accepter ce flou pour des raisons qui vont être détaillés *infra*.

Dans l'affaire *Weber et Saravia*, la Cour estime que la loi était prévisible, dans le sens où elle était assez détaillée. Elle énumère très précisément les infractions qui peuvent faire l'objet d'une surveillance préventive, de même que les personnes pouvant être concernées. La procédure est également assez détaillée. « La Cour conclut que les dispositions litigieuses [...] renfermaient les garanties minimales contre une ingérence arbitraire, telles que définies dans la jurisprudence de la Cour, et donnaient donc aux citoyens une indication adéquate sur les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités publiques étaient autorisées à recourir à des mesures de surveillance, ainsi que sur l'étendue et les modalités d'exercice par les autorités de leur pouvoir discrétionnaire » (§101).

Dans les arrêts *Kruslin et Huvig contre France*¹⁸⁰, la Cour fait allusion au progrès technique sans cesse grandissant, d'où la nécessité d'opter pour des règles les plus claires possibles (§33). L'affaire *Kruslin* correspondait à la mise sur écoute du requérant dans le cadre d'un assassinat. L'écoute ayant été diligentée par un juge d'instruction. Dans le cadre de l'affaire *Huvig*, le couple éponyme était accusé de fraude fiscale et d'autres chefs d'accusation. Ils furent placés sous écoutes téléphonique sur décision du juge d'instruction. La loi a été jugée trop imprécise par la Cour et donc violant l'article 8 de la Convention. Les époux *Huvig* n'ont donc « pas pu bénéficier du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique »¹⁸¹. Un arrêt similaire a été rendu par la CEDH dans le même domaine : l'arrêt

¹⁷⁹ Cour EDH, 6 juin 2006, *Segersted-Wiberg et autres c. Suède*, n°62332/00, paragraphe 76 : « Puisque l'application de mesures de surveillance secrète échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante – compte tenu du but légitime poursuivi – pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire ».

¹⁸⁰ Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, n° 11801/85 et 11105/84 : ces deux arrêts sont généralement traités ensemble car portant sur le même domaine et ayant été rendu le même jour : le 24 avril 1990. Les faits dans les deux arrêts sont relatifs à des écoutes téléphoniques. « Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner » (paragraphe 33 *Kruslin* et paragraphe 32 *Huvig*).

¹⁸¹ *Ibid*, « En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Il en allait encore davantage ainsi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. et Mme *Huvig* n'ont pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique » (paragraphe 35 *Huvig* et paragraphe 36 *Kruslin*).

*Kopp contre Suisse*¹⁸². En l'espèce, il était question de la mise sur écoute des lignes téléphoniques du cabinet d'avocats du requérant, sur instruction du procureur général.

Dans l'arrêt *Zakharov*, la Cour observe que la « loi » n'a pas été camouflée par les autorités. Elle va donc se pencher sur la prévisibilité de la loi. La CEDH rappelle, là encore, la nécessité d'adopter des règles claires et précises (§180). La Cour constate que la nature des infractions susceptibles d'être passibles d'une surveillance est jugée par la Cour suffisamment claire. Mais des infractions minimales, tel que le vol à la tire, sont incluses dans celles qui pourraient faire l'objet d'une surveillance secrète (§244). Elle finit par conclure que « les circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics sont habilités à recourir à des mesures de surveillance secrète ne sont pas définies de façon suffisamment claire. Les dispositions sur la levée des mesures de surveillance secrète ne fournissent pas de garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires. Le droit interne autorise la conservation automatique de données manifestement dénuées de pertinence et manque de clarté quant aux circonstances dans lesquelles les éléments interceptés doivent être conservés ou détruits après le procès » (§302).

Dans l'arrêt *Szabo et Vissy*, la Cour juge que la loi n'offre pas suffisamment de netteté pour éviter les dérives inhérentes aux pratiques secrètes¹⁸³.

Ainsi, quelle que soit la situation, exceptionnelle ou ordinaire, pour répondre à un impératif de sécurité nationale (notamment la lutte antiterroriste) ou pour prévenir les infractions pénales, la loi doit répondre à certaines exigences qualitatives. La Cour minimisant l'impératif de détail et de précision lors de circonstances particulières. Un minimal de qualité de la loi doit être tout de même observé pour obtenir le « brevet » de conventionalité. La Cour ne s'arrête pas aux apparences de la loi. Le paragraphe 2 de l'article 8 n'exigeait pas une condition de prévisibilité et de clarté. Frédéric Sudre, professeur agrégé de droit, explique avec justesse qu'il s'agit « pour la Cour européenne de retenir la définition qui lui semble la plus compatible avec l'objet et le but de la Convention, afin de donner tout leur effet utile aux notions en cause »¹⁸⁴. En d'autres termes, la Cour, grâce à cette technique interprétative, permet d'assurer l'effectivité de la Convention.

¹⁸² Cour EDH, 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, n° 13/1997/797/100, paragraphe 73 : « la Cour décèle une contradiction entre un texte législatif clair, protecteur du secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci est surveillé en tant que tiers, et la pratique suivie en l'espèce. Même si la jurisprudence consacre le principe, d'ailleurs généralement admis, que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que la relation avocat-clients, la loi n'explique pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil ».

¹⁸³ Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, paragraphe 66 : « The legislation does not describe the categories of persons who, in practice, may have their communications intercepted ».

¹⁸⁴ Frédéric SUDRE, « Le mystère des apparences dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2009, p. 636.

§3. L'absence de remise en question de la pertinence du but légitime poursuivi

L'ingérence est une violation si elle n'est pas nécessaire dans une société démocratique. Le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention liste les nécessités pouvant être invoquées : « la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». On constate que les États ont voulu, dès l'origine, se garantir une large marge d'appréciation. Si la sécurité nationale peut plus ou moins facilement se comprendre, le bien-être économique du pays demeure une notion floue, tout comme la morale évoluant sans cesse. L'ingérence doit être une réponse à un « besoin social impérieux »¹⁸⁵. La surveillance, la collecte, la mémorisation représentent dès le départ une ingérence. La Cour va devoir faire preuve, là encore, de souplesse vis-à-vis des surveillances secrètes qui peuvent s'avérer nécessaires. Pour la CEDH, le seul motif pouvant justifier une surveillance secrète de la population c'est la sauvegarde des institutions face à la menace terroriste. Si le but poursuivi n'est pas ce dernier, alors il y aura violation, l'État ayant abusé de sa marge d'appréciation.

Dès l'arrêt *Klass*, la Cour reconnaît que l'État peut être amené à instaurer ce genre de pratique, tout en rappelant que le secret entourant la surveillance n'est pas l'apanage des démocraties : « caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que, dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques » (§42). L'État doit donc être capable, pour combattre les menaces actuelles, de surveiller « les éléments subversifs » présents sur son sol¹⁸⁶.

Dans l'arrêt *Leander*, la Cour va légitimer la pratique étatique consistant à constituer des fichiers secrets, et ce, au motif de préserver la sécurité nationale. Il semblerait que la Cour adopte un raisonnement tautologique : puisque l'État a une grande marge d'appréciation, il peut opter pour ce genre de pratique et comme l'État adopte ce genre de pratique il dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

¹⁸⁵ Cour EDH, 6 juin 2006, *Segersted-Wiberg et autres c. Suède*, n°62332/00, paragraphe 88 : « Si la Cour reconnaît que, dans une société démocratique, l'existence de services de renseignements peut s'avérer légitime, elle rappelle que le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques ».

Cour EDH, 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, n°21010/10, paragraphe 33 : « Il lui reste donc à examiner la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention, qui commandent qu'elle réponde à un besoin social impérieux ».

¹⁸⁶ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, [plénière], paragraphe 48 : « Les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'État doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire ».

Dans l'arrêt *Segerstedt-Wiberg*, la Cour approuve là encore les pratiques étatiques en estimant qu'il y avait bien une nécessité de collecter. Elle le fait en reconnaissant la légitimité de l'existence des services de renseignement dans une société démocratique (§87).

Dans l'arrêt *S. et Marper contre Royaume Uni*¹⁸⁷, où il était question de conservation indéfinie de données biométriques¹⁸⁸ et d'ADN, la Cour va jusqu'à estimer que le contrôle de la nécessité n'est pas de son ressort¹⁸⁹.

Dans l'arrêt *Zakharov*, tout comme l'arrêt *Szabo et Vissy*, la sécurité nationale est en jeu, ce point n'était pas remis en cause par la Cour. La Cour fait un constat intéressant, dans l'arrêt contre la Hongrie. Ce constat est que le citoyen lambda peut difficilement imaginer le niveau de sophistication des techniques de collecte et de mémorisation des données. Pour les juges européens, c'est la conséquence naturelle du nouveau visage du terrorisme, les États ayant recours à des technologies de pointe pour prévenir les attaques¹⁹⁰. C'est un point de vue fataliste, comme si la surveillance de masse était l'unique solution pour prévenir les menaces terroristes. Bien au contraire, les attentats du 11 septembre 2001 n'ont pas été évités alors que les États-Unis procédaient déjà à des écoutes planétaires, les attentats plus récents n'ont pas non plus été évités. Cette technique paraît encore moins adaptée au nouveau visage du terrorisme. Les djihadistes opèrent désormais seuls ou en microcellule. L'image de la botte de foin et de la fameuse aiguille paraît appropriée. La surveillance globale apporte donc plus de risques d'abus et de dérapages qu'une réelle solution préventive.

Comme le note Nathalie Deffains, maître de conférences en droit public, « il apparaît à la lecture de la jurisprudence que la Cour n'a jamais mise en doute la légitimité de la création des fichiers de données à caractère personnel dans le cadre des politiques de sécurité. Ainsi, la Cour

¹⁸⁷ Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, [GC]

¹⁸⁸ « La biométrie regroupe l'ensemble des techniques informatiques permettant d'identifier un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques, voire comportementales. Les données biométriques ont la particularité d'être uniques et permanentes. Elles permettent de ce fait le "traçage" des individus et leur identification certaine ». « Biométrie : des dispositifs sensibles soumis à autorisation de la CNIL », CNIL.fr, <https://www.cnil.fr/fr/biometrie-des-dispositifs-sensibles-soumis-autorisation-de-la-cnil>, consulté le 07 mai 2015.

¹⁸⁹ Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, [GC], paragraphe 106 : « La question n'est pas de déterminer si la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN en général peut passer pour justifiée au regard de la Convention. Le seul point sur lequel la Cour doit se pencher est celui de savoir si la conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants, qui avaient été soupçonnés d'avoir commis certaines infractions pénales mais n'avaient pas été condamnés, se justifiait sous l'angle de l'article 8 § 2 de la Convention ».

¹⁹⁰ Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, paragraphe 68 : « For the Court, it is a natural consequence of the forms taken by present-day terrorism that governments resort to cutting-edge technologies in pre-empting such attacks, including the massive monitoring of communications susceptible to containing indications of impending incidents. The techniques applied in such monitoring operations have demonstrated a remarkable progress in recent years and reached a level of sophistication which is hardly conceivable for the average citizen (see the CDT's submissions on this point in paragraphs 49-50 above), especially when automated and systemic data collection is technically possible and becomes widespread ».

admet très facilement que les fichiers sont utiles pour lutter contre la criminalité »¹⁹¹. On se retrouve face au même comportement de la Cour que pour la légitimité des dérogations. La Cour ne cherche globalement pas à vérifier le bien-fondé du régime dérogatoire. À nouveau, la Cour fait appel au principe de subsidiarité. Les États étant en contact direct et constant avec les forces vives du pays, ils sont les mieux placés pour décider de la nécessité d'une restriction des droits garantis par la Convention. Les États se voient donc reconnaître un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'appréciation de la menace pesant sur la sécurité nationale, mais aussi les modalités pour combattre ladite menace. La position de la Cour est critiquable sur ce point, même si elle est compréhensible.

Section 2 : Le contrôle de proportionnalité de la CEDH face à l'enjeu sécuritaire

La Cour se montre relativement prudente pour sanctionner des pratiques étatiques, surtout en ce qui concerne la collecte de données. Pour ce qui est de la mémorisation, la réponse est plus nuancée (paragraphe 1). Mais c'est avec la question spécifique des données les plus sensibles que la Cour va se révéler être une gardienne implacable de nos libertés (paragraphe 2). Est-ce que ce raffermissement du contrôle va se confirmer avec les futurs arrêts ayant trait à la conventionalité des nouveaux textes relatifs au renseignement ayant été mis en place récemment (paragraphe 3) ?

§1. Le contrôle « Janus » des garanties en cas de collecte ou de mémorisation

La Cour va opérer un contrôle de proportionnalité entre l'ingérence dans la vie privée et le but poursuivi. Pour s'assurer qu'un juste équilibre a été trouvé, la Cour vérifie l'existence de garantie. La « loi » doit contenir certaines garanties pour être acceptable aux yeux de la Cour. La Cour va là aussi opter pour une interprétation extensive de la Convention. Comme Sandrine Watthée, le souligne à juste titre, la Cour a la volonté d'assurer au justiciable des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁹². Elle s'intéresse ainsi à la « théorie des

¹⁹¹ Nathalie DEFFAINS, « Fichiers informatiques et sécurité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Benoit PLESSIX et Nathalie DEFFAINS (dir.), *Fichiers informatiques et sécurité publique*, 2013, Presses universitaires de Nancy, p. 57.

¹⁹² Sandrine WATTHEE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme, la protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Anthemis, 2014, p. 62.

obligations positives »¹⁹³. Or on remarque bien un basculement. L'article 8 prévoit plutôt des obligations négatives. Nathalie Deffains remarque que la Cour a bien reconnu l'existence d'une obligation positive à la charge des autorités nationales, au titre du droit au respect de la vie privée : celui « d'offrir aux intéressés une procédure effective et accessible qui leur permette d'avoir accès à l'ensemble des informations pertinentes et appropriées détenues dans des fichiers de sécurité »¹⁹⁴. La Cour module évidemment son degré d'attente sur les garanties si la surveillance est secrète.

Dans l'affaire *Klass*, la Cour valide la pratique étatique consistant à opérer une surveillance secrète des écoutes téléphoniques, et ce, en dehors de tout contrôle judiciaire. La surveillance peut être découpée en trois phases : lorsqu'elle est ordonnée, lorsqu'elle est en cours et lorsqu'elle est finie. Le contrôle peut donc s'opérer au moment des trois étapes. Lorsque la surveillance est secrète, un contrôle doit être effectué impérativement, et ce, pour éviter tout risque d'abus¹⁹⁵. Des circonstances exceptionnelles semblent en effet à l'œuvre, justifiant cette entorse à la Convention. Mais la Cour fixe une limite claire à cette large marge de manœuvre étatique. Pour qu'un tel système soit toléré encore faut-il qu'il y ait des garanties effectives et adéquates¹⁹⁶. La Cour va contrôler l'existence de ces garanties et adapter son contrôle au contexte¹⁹⁷. La CEDH estime d'ailleurs que le contrôle d'un juge est la meilleure garantie possible contre les abus. Mais le caractère secret de la surveillance permet de passer outre le contrôle judiciaire. La Cour est donc très compréhensive. En l'espèce, la loi allemande a préféré la mise en place d'un comité parlementaire (où l'opposition est représentée) et d'une commission. Les membres « sont investis de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent » (§56). Le caractère secret de la surveillance permet de ne pas informer le requérant qu'il a fait l'objet d'une surveillance postérieurement à ladite surveillance¹⁹⁸. Mais le

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Nathalie DEFFAINS, *op. cit.*, p. 53

¹⁹⁵ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, [plénière], paragraphe 55 : « Puisque l'on empêchera donc forcément l'intéressé d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque, il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en soi des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu. Il faut de surcroît, pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8 par. 2 (art. 8-2), respecter aussi fidèlement que possible, dans les procédures de contrôle, les valeurs d'une société démocratique. Parmi les principes fondamentaux de pareille société figure la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention ».

¹⁹⁶ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, [plénière], paragraphe 49 : « La Cour souligne néanmoins que les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée ».

¹⁹⁷ *Ibid.*, paragraphe 50 : « Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif : elle dépend de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, exécuter et contrôler, le type de recours fourni par le droit interne ».

¹⁹⁸ *Ibid.*, paragraphe 58 : « L'activité ou le danger qu'un ensemble de mesures de surveillance tend à combattre peut subsister pendant des années, voire des décennies, après leur levée. Une notification ultérieure à chaque individu

caractère secret, comme il a été vu *supra*, n'est pas un frein au dépôt d'une requête. Cette dernière ayant fort heureusement élargi la possibilité de saisine, permettant un contrôle sans pour autant fragiliser les mécanismes étatiques de surveillance, l'arrêt *Klass* étant l'arrêt ayant ouvert la voie en la matière. En effet, la personne peut être directement touchée du seul fait de l'existence d'une loi instituant un système de surveillance¹⁹⁹. Dans l'arrêt *Kennedy contre Royaume-Uni* la Cour reprend la formulation du paragraphe 50 de l'arrêt *Klass*²⁰⁰. Elle fait de même avec l'arrêt *Weber et Saravia*²⁰¹.

Dans l'arrêt *Zakharov contre Russie*, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 puisque « les dispositions du droit russe régissant l'interception de communications ne comportent pas de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et le risque d'abus inhérent à tout système de surveillance secrète, risque qui est particulièrement élevé dans un système où les services secrets et la police jouissent grâce à des moyens techniques d'un accès direct à l'ensemble des communications de téléphonie mobile » (§302).

Avec l'arrêt *Szabo et Vissy contre Hongrie*, la Cour estime que les garanties ne sont pas suffisamment précises et effectives. La législation hongroise ne prévoyait aucune notification de surveillance aux intéressés, même après la fin de ladite surveillance pouvant être ordonnée par le pouvoir exécutif sans contrôle. Cet aspect, conjugué à l'absence de voie de recours formel a permis à la Cour de conclure à une violation de l'article 8 de la Convention²⁰².

touché par une mesure désormais levée pourrait bien compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale l'a fait remarquer à juste titre, pareille notification risquerait de contribuer à révéler les méthodes de travail des services de renseignements, leurs champs d'observation et même, le cas échéant, l'identité de leurs agents. [...] il ne saurait être incompatible avec cette disposition de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de l'"ingérence" ».

¹⁹⁹ *Ibid*, paragraphe 37: « [...] la législation incriminée institue un système de surveillance exposant chacun, en République fédérale d'Allemagne, au contrôle de sa correspondance, de ses envois postaux et de ses télécommunications, sans qu'il ne le sache jamais [...] Ladite législation frappe par-là directement tout usager ou usager virtuel des services des postes et télécommunications de la République fédérale d'Allemagne ».

²⁰⁰ Cour EDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05, paragraphe 153 : « Cela signifie concrètement qu'il doit y avoir des garanties suffisantes et effectives contre les abus. L'appréciation de cette question dépend de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, exécuter et contrôler, le type de recours fourni par le droit interne ».

²⁰¹ Cour EDH, 22 mai 1990, *Weber et Saravia c. Allemagne*, n° 11034/84, paragraphe 106 : « Cette appréciation dépend de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, les exécuter et les contrôler, et le type de recours fourni par le droit interne ».

²⁰² Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, paragraphe 86 : « Moreover, the Court has held that the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers, since there is in principle little scope for any recourse by the individual concerned unless the latter is advised of the measures taken without his or her knowledge and thus able to challenge their justification retrospectively. As soon as notification can be carried out without jeopardising the purpose of the restriction after the termination of the surveillance measure, information should be provided to the persons concerned. In Hungarian law, however, no notification, of

La question se pose également quant à la mémorisation des données dans des fichiers secrets et de leur accessibilité. La Cour dans l'arrêt *Leander* reprend la position qu'elle avait adopté de l'arrêt *Klass*²⁰³. Les garanties sont jugées suffisantes par la Cour qui conclut à la non-violation de l'article 8. La Cour estime que les instances de contrôle sont suffisamment indépendantes. La Cour estime d'ailleurs que le fait que monsieur Leander n'aie pas eu connaissance des renseignements communiqués à l'autorité militaire « ne saurait, en soit, prouver que l'ingérence n'était pas nécessaire dans une société démocratique, à la sécurité nationale : c'est précisément de la sorte, au moins en partie, que la procédure de contrôle du personnel peut opérer avec efficacité » (§66). La marge d'appréciation de l'État est confirmée par la Cour de façon appuyée : « vu sa grande marge d'appréciation, le gouvernement défendeur était en droit de considérer que les intérêts de la sécurité nationale prévalaient en l'occurrence sur les intérêts individuels du requérant » (§67). Le contrôle de proportionnalité paraît ainsi quelque peu pencher en faveur de l'appareil étatique. L'accès aux données n'étant pas forcément garanti.

Dans l'arrêt *Segersted-Wiberg*, l'affaire ayant trait à la conservation de données sur une longue durée, la Cour rappelle que l'ingérence doit être proportionnée aux buts poursuivis. « Le Gouvernement soutient que l'ingérence poursuivait un ou plusieurs buts légitimes : la prévention des infractions pénales, pour autant que la propre sécurité de la première requérante était menacée par les lettres piégées, et la sécurité nationale quant à l'ensemble des requérants. Dans chaque cas, l'ingérence était de surcroît « nécessaire » pour atteindre le ou les buts légitimes poursuivis » (§82). La Cour va employer quasiment les mêmes termes que dans l'arrêt *Leander* pour accepter l'ingérence²⁰⁴. La Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 que pour la première requérante (sur les cinq). Le fait qu'elle ait été menacée d'attentat à la bombe en 1990 était un motif suffisant et pertinent. L'ingérence n'était donc pas disproportionnée (§89). Le problème ne vient donc pas de la collecte mais bien de la mémorisation qui ne se justifiait plus pour les quatre autres requérants. La Cour explique qu'en raison du changement de contexte politique, la conservation des activités politiques des requérants en pleine guerre froide ne se justifiait plus (§§ 90 et 91).

La CEDH reconnaît que le risque zéro n'existe pas. Les abus sont toujours possibles. Ainsi dans l'affaire *Klass* en affirmant que « si l'on ne peut jamais, quel que soit le système, écarter complètement l'éventualité de l'action irrégulière d'un fonctionnaire malhonnête, négligent ou

any kind, of the measures is foreseen. This fact, coupled with the absence of any formal remedies in case of abuse, indicates that the legislation falls short of securing adequate safeguards ».

²⁰³ Cour EDH, 23 mars 1987, *Leander c. Suède*, n° 9248/81, paragraphe 60 : « Néanmoins, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale crée un risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre ».

²⁰⁴ Cour EDH, 6 juin 2006, *Segersted-Wiberg et autres c. Suède*, n°62332/00, paragraphe 104 : « A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que l'État défendeur, eu égard à l'ample marge d'appréciation dont il dispose, est en droit de considérer que les intérêts de la sécurité nationale et de la lutte contre le terrorisme l'emportent sur les intérêts des requérants à être informés de l'intégralité des informations les concernant conservées dans les fichiers de la Sûreté ».

trop zélé, ce sont la probabilité d'une telle action et les garanties fournies pour se protéger contre elle, qui importent aux fins du contrôle de la Cour en l'espèce ».

Dans la décision *Daléa contre France* de 2010²⁰⁵, la Cour opère un contrôle de proportionnalité à minima, qui est critiquable. En l'espèce, le requérant a été directeur général d'une société roumaine. Il a effectué plusieurs voyages en France pour affaire. En 1997, il souhaitait se rendre en Allemagne et demande donc un visa à l'ambassade dudit pays. Le visa lui a été refusé avec comme motif que le requérant faisait l'objet d'un signalement de la part des autorités françaises. Ce signalement avait pour but une non-admission dans le fichier du système d'information Schengen (SIS). Il est important de détailler les faits pour bien comprendre l'affaire. En 2003, le requérant a demandé des explications à l'ambassadeur de France en Roumanie. Ce dernier l'invite à s'adresser directement à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (la CNIL). Cette dernière, conformément à l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978²⁰⁶, a refusé de transmettre les données concernant le requérant. De plus, la CNIL refusa de modifier ou effacer les données du requérant, comme ce dernier le demandait. Le requérant saisit alors le Conseil d'État, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'effacer ou de modifier les informations concernant le requérant. Son dossier n'ayant pas été transmis par la CNIL, car ce dernier était détenu par la Direction de la surveillance du territoire (DST), organisme qui avait fait la demande d'inscription. Pour le Conseil d'État, le requérant n'était donc pas fondé à demander l'annulation de la décision de la CNIL. Le requérant a donc fait l'objet d'une non-admission sur le territoire français durant dix-neuf ans et d'une inscription dans le fichier Schengen durant onze ans.

La Cour, après avoir souligné « que la Convention ne garantit, comme tel, aucun droit d'entrer ou de résider dans un État dont on n'est pas ressortissant », précise que les décisions étatiques en la matière, « dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi, en l'occurrence la protection de la sécurité nationale » (page 10). La Cour va juger l'ingérence comme étant conforme aux exigences de la Convention²⁰⁷.

Bien que la Cour constate que le requérant, en étant inscrit dans le fichier SIS, se retrouvant par là-même *persona non grata*, non pas uniquement en France, mais dans tous les pays de l'espace Schengen, elle affirme que les États disposent d'une très large marge

²⁰⁵ Cour EDH, 2 février 2010, *Daléa c. France*, n°967/07

²⁰⁶ « En ce qui concerne les traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique, la demande est adressée à la Commission qui désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Celui-ci peut se faire assister d'un agent de la Commission. Il est notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications ».

²⁰⁷ « Le requérant ne fait état d'aucune incidence concrète qui aurait découlé de l'impossibilité pour lui de voyager dans l'espace Schengen » (page 10).

d'appréciation²⁰⁸, ainsi les garanties prévues par le droit français sont jugées suffisantes. La Cour considère que « si le requérant ne s'est jamais vu offrir la possibilité de combattre le motif précis de cette inscription, il a eu connaissance de toutes les autres données le concernant figurant dans le fichier Schengen, et du fait que le signalement, requis par la DST, se fondait sur des considérations tenant à la sûreté de l'État, à la défense et la sécurité publique [...] l'impossibilité pour l'intéressé d'accéder personnellement à l'intégralité des renseignements qu'il demandait ne saurait, en soi, prouver que l'ingérence n'était pas justifiée au regard des exigences de la sécurité nationale » (page 11).

Comme le conclut amèrement Nicolas Hervieux : « ce grief est donc lui aussi rejeté comme irrecevable aux termes d'une décision très décevante »²⁰⁹. La Cour s'est contentée d'un examen « superficiel de l'efficacité du contrôle juridictionnel internes et des garanties y afférentes [...] L'enregistrement des données de milliers de personnes sur cette base soulève d'importantes questions relatives à la protection des droits des personnes concernées et à l'adéquation des garanties de contrôle, du fait notamment de l'expansion du cercle des autorités y ayant accès, qui pourrait la transformer en un système d'investigation à des fins répressives »²¹⁰.

La Cour semble finalement opérer une séparation entre la collecte et la mémorisation des données à caractère personnel. Pour ce qui est de la collecte, la Cour opère un contrôle de proportionnalité relativement normal. Athanasia Petropoulou fait d'ailleurs l'analyse juste selon laquelle « l'évolution de la jurisprudence concernant la proportionnalité des mesures de surveillance secrète dans le cadre de la sécurité nationale illustre l'approche pragmatique de la Cour, qui consiste à ne pas entraver excessivement l'initiative étatique sur la nécessité et les modalités d'introduction et de déroulement de ces mesures, hautement intrusives, tout en insistant sur l'encadrement normatif strict de ces dernières face aux risques d'importants abus »²¹¹. Par contre, pour la mémorisation des données et donc l'accès, la Cour se montre bien trop prudente. Ajouté à cela, le fait qu'elle ne s'interroge pas sur l'opportunité de pareille mesure, la jurisprudence européenne est donc largement critiquable.

²⁰⁸ La Cour estime en effet que « s'agissant de l'entrée sur un territoire, les États jouissent d'une marge d'appréciation importante quant aux modalités visant à assurer les garanties contre l'arbitraire auxquelles une personne placée dans cette situation peut prétendre » (page 11).

²⁰⁹ Nicolas HERVIEU, « Signalement au « SIS » : faiblesse de la protection conventionnelle », *Combats pour les droits de l'homme* (CPDH), <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/03/10/signalement-au-sis-faiblesses-de-la-protection-conventionnelle-cesdh-dec-2-fevrier-2010-dalea-c-france/>, consulté le 6 mai 2016.

²¹⁰ Athanasia PETROPOULOU, *Liberté et sécurité : les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'homme*, Éditions A. Pedone, 2014, p. 453.

²¹¹ *Ibid.*, p. 469.

§2. La fermeté des juges européens face au traitement des données biométriques

L'affaire *S. et Marper* est remarquable car elle démontre une importante évolution juridique. La Cour semble prendre de l'assurance vis-à-vis des Etats. Sylvie Perrou-Pistouley n'hésite pas à parler d'arrêt « historique »²¹². L'affaire constitue un arrêt « fondateur »²¹³ en ce qu'il annonce un contrôle plus rigoureux de la part de la Cour en matière de conservation et d'utilisation des données à caractère personnel dans les fichiers de police. Dans les faits, le premier requérant monsieur S a été inculpé de tentative de vol avec violence. C'est à ce moment-là que seront relevées ses empreintes digitales et que seront prélevées des échantillons de son ADN, alors qu'il n'est encore qu'un enfant. Le second requérant, monsieur Marper est accusé de harcèlement vis-à-vis de sa compagne. Le même procédé lui sera appliqué. Le premier fut finalement acquitté. Le second bénéficia d'un retraitement de la plainte. Les deux requérants demandèrent que leurs empreintes et leurs échantillons d'ADN soient purement et simplement détruits. Cela leur sera refusé par les services de police. La chambre des Lords (plus haut degré de juridiction), une fois saisie se prononcera en majorité pour le maintien de la conservation des données des requérants, démontrant, chiffres à l'appui, l'intérêt du maintien. Les requérants soutiennent, devant la Cour, que la conservation indéfinie d'échantillons cellulaires et de profils ADN viole la Convention en son article 8. La législation britannique donnant une très large marge de manœuvre pour l'utilisation de ces données, le gouvernement britannique estime que l'ingérence est « nécessaire et proportionnée aux buts légitimes que constituent la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et/ou la protection des droits et libertés d'autrui » (§91).

Ce qui est important, c'est la distinction qui va se dégager de cet arrêt. Avec les données extrêmement détaillées que sont les données ADN, la Cour va opérer un contrôle strict de la proportionnalité. Bien que la Cour accepte ce genre de pratique pour que l'État puisse se défendre contre le terrorisme notamment²¹⁴, la question sur laquelle ladite Cour va se pencher est de savoir si « la conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants, qui avaient été soupçonnés d'avoir commis certaines infractions pénales mais n'avaient pas été condamnés, se justifiait sous l'angle de l'article 8 § 2 de la Convention » (§106). On peut regretter le fait que la Cour n'examine pas la légitimité des buts poursuivis par le Royaume-Uni, mais elle s'inscrit dans la continuité. Comme le note Frédéric Sudre : « La Cour européenne est attentive à ne pas

²¹² Sylvie PERROU-PISTOULEY, « L'affaire Marper c/ Royaume-Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, 2009, p. 741.

²¹³ Nathalie DEFFAINS, *op. cit.*, p. 56.

²¹⁴ Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, [GC], paragraphe 105 : « Pour la Cour, il est hors de doute que la lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme, qui constitue l'un des défis auxquels les sociétés européennes doivent faire face à l'heure actuelle, dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification ».

contester les objectifs invoqués par le gouvernement défendeur pour justifier une restriction à un droit garanti, se limitant à émettre des doutes en la matière »²¹⁵.

La Cour va construire sa réponse en s'appuyant sur la pratique des autres États contractants. Elle va constater que le Royaume-Uni est isolé face à un véritable consensus européen²¹⁶. Le gouvernement britannique s'estime être « à l'avant-garde pour ce qui est du développement de l'usage des échantillons d'ADN en vue de la détection des infractions pénales et que les autres États ne sont pas parvenus à la même maturité en ce qui concerne la taille et les ressources de leurs bases de données ADN » (§112). Le Royaume-Uni, ayant un « rôle pionnier » se voit donc soumis à un devoir particulier : celui de trouver le juste équilibre en la matière. En rappelant sa jurisprudence abondante, la Cour va estimer que « le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 » (§67). La Cour ne va pas estimer nécessaire de vérifier la qualité de la loi interne. L'importance de son analyse se portant sur le fait de savoir si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique (§99). La Cour va insister sur la particularité de ces données : « Compte tenu du caractère intrinsèquement privé de ces informations, la Cour se doit de procéder à un examen rigoureux de toute mesure prise par un État pour autoriser leur conservation et leur utilisation par les autorités sans le consentement de la personne concernée » (§104). Les autres États ont instauré des limites à la conservation, et à l'utilisation, de ces données complexes. Dans le contrôle de proportionnalité la Cour va s'alarmer du risque de stigmatisation. En effet, les personnes non condamnées subissaient le même traitement que les personnes condamnées²¹⁷ ! La Cour considère pas les mesures anglaises comme un « particularisme local »²¹⁸ qui permettrait à l'État d'avoir une application bien plus souple de la Convention. Au contraire, la Cour considère que les autorités britanniques dépassent les limites conventionnelles. Le contrôle de

²¹⁵ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2015 p. 210.

²¹⁶ Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, [GC], paragraphe 112 : « La Cour ne peut toutefois ignorer le fait que, en dépit des avantages susceptibles de découler d'un élargissement maximal de la base de données ADN, d'autres États contractants ont décidé de fixer des limites à la conservation et à l'utilisation de telles données afin de parvenir à un équilibre adéquat avec l'intérêt concurrent que constitue la préservation de la vie privée. Elle observe que la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part. Pour la Cour, le fort consensus qui existe à cet égard au sein des États contractants revêt une importance considérable et réduit la marge d'appréciation dont l'État défendeur dispose pour déterminer jusqu'où peut aller l'ingérence dans la vie privée permise dans ce domaine. La Cour considère que tout État qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière ».

²¹⁷ *Ibid*, paragraphe 122 : « Particulièrement préoccupant est le risque de stigmatisation, qui découle du fait que les personnes dans la situation des requérants, qui n'ont pas été reconnus coupables d'une infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traités de la même manière que des condamnés ».

²¹⁸ Sylvie PERROU-PISTOULEY, *op. cit.*, p. 741.

proportionnalité est d'une rare profondeur. La Cour condamnant à l'unanimité la législation britannique, l'ingérence ne pouvant passer pour nécessaire dans une société démocratique²¹⁹.

L'arrêt *S. et Marper* démontre que la Cour n'hésite plus à « dénoncer les dangers inhérents à une valorisation incontrôlée des nouvelles technologies et à mettre en cause l'attribution des pouvoirs étendus des autorités étatiques dans le domaine sensible des données biométriques, en appliquant un contrôle assez rigoureux de proportionnalité »²²⁰. Par cet arrêt on constate aisément qu'un « fichage généralisé de la population à des fins policières ou de prévention des infractions pénales ne saurait en aucun cas se justifier »²²¹. Mieux encore, par cet arrêt, la Cour se place enfin au centre des dispositifs en matière de protection des données²²².

L'arrêt s'inscrit dans un contexte particulier d'accélération de la lutte anti-terroriste, encore accrue aujourd'hui. La portée de cet arrêt va d'ailleurs au-delà du niveau national. En effet, la coopération policière entre les États membres de l'Union européenne a permis la création de nombreux fichiers²²³. Un doute subsiste sur le fait que les textes régissant les pratiques de ces organismes et de ces fichiers soient forcément jugés conventionnels par la Cour. « Au vu de la jurisprudence *Bosphorus*, mais aussi du rôle à jouer par la Cour de Justice - qui a déjà montré qu'elle prenait largement en compte la Conv. EDH et la jurisprudence de Strasbourg - le législateur de l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne ne pourra pas ignorer les nouvelles règles du jeu édictées à Strasbourg. Cela donne à l'arrêt *S. et Marper* une portée inaperçue au premier abord. Ainsi, après une période d'expansion de mesures sécuritaires dans un but de lutte contre la criminalité et le terrorisme, quitte à réduire l'espace de liberté comme peau de chagrin, le temps semble venu, grâce à l'arrêt *S. et Marper*, d'un rééquilibrage au profit de la liberté des individus. Et c'est donc au juge de Strasbourg que revient en définitive le privilège de parachever la construction de l'espace de sécurité et de justice en y adjoignant le mot liberté »²²⁴. Ainsi, en ce qui concerne la mémorisation et l'utilisation des données, la Cour semble

²¹⁹ Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, [GC], paragraphe 125 : « la Cour estime que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique. Cette conclusion dispense la Cour d'examiner les critiques formulées par les requérants à l'encontre de certains points précis du régime de conservation des données litigieuses, tels l'accès, trop large selon eux, à ces données et la protection, insuffisante à leurs yeux, offerte contre les usages impropres ou abusifs de ces données ».

²²⁰ Athanasia PETROPOULOU, *op. cit.*, p. 461.

²²¹ Nathalie DEFFAINS, *op. cit.*, p. 57.

²²² Sylvie PERROU-PISTOULEY, *op. cit.*, p. 741 : « L'instrument de proportionnalité, clef de voute de son raisonnement [...] est appelé à devenir le pivot de la protection des données en Europ, et plus particulièrement au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne ».

²²³ Le système d'information Schengen (SIS, vu avec la décision *Daléa c. France*), le système d'information des douanes (SID), EUROPOL et EUROJUST (pour la coopération policière et judiciaire),...

²²⁴ Sylvie PERROU-PISTOULEY, *op. cit.*, p. 741

avoir enfin opérer l'évolution jurisprudentielle de la fermeté. Face à l'arrivée de nouveaux textes à visée préventive pour la lutte antiterroriste, espérons que la Cour fera œuvre de la même fermeté.

§3. Les nouvelles mesures de surveillance bientôt devant la Cour

Seul le cas de loi française sur le renseignement sera étudié. Mais de nombreux autres pays sont en train de renforcer leur législation anti-terroriste, et notamment dans le domaine du renseignement. Le Passenger Name Recorded (PNR) européen est également en voie d'adoption. La loi française sur le renseignement pose question sur sa conventionalité. Elle a été adoptée en réaction aux attentats de Charlie Hebdo. Comme souvent avec les textes comme thématique le terrorisme, la loi a été adoptée à une très large majorité. Rares sont les textes à susciter pareil consensus dans les Parlements du monde. On ne peut que déplorer la précipitation dans laquelle cette loi complexe a été adoptée. Mais la pratique « un fait égal une loi » semble s'être généralisée depuis quelques temps²²⁵. La Commission nationale consultative des droits de l'homme ne manquant pas de critiquer la procédure législative accélérée, là où le calme et le recul auraient été nécessaires²²⁶. La CNIL émettait également des réserves sur le projet de loi, ce dernier permettant une surveillance de masse²²⁷. Cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel le 25 juin 2015. Comme le relève le professeur Olivier Le Bot, la saisine du chef de l'État est inédite : « c'est la première fois, sous la Vème République, que le président de la République défère une loi au juge constitutionnel. Jusqu'à présent il n'avait fait usage de son pouvoir de saisine du Conseil, que pour des engagements internationaux [...] Le but de cette

²²⁵ Voir en ce sens, Patrick Wachsmann, «Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, n° 5, décembre 2010.

²²⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme, « Avis sur le projet de loi relatif au renseignement : communiqué de presse », 16 avril 2015 : « le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée réduisant l'examen du texte à une seule lecture par chaque assemblée. Le débat devant l'Assemblée nationale s'est ouvert dès le 13 avril, soit, pour un texte particulièrement long et compliqué, moins d'un mois après l'aval du Conseil des ministres. Une nouvelle fois, la CNCDH constate une précipitation injustifiée dans une matière très technique et extrêmement sensible pour les libertés publiques et les droits fondamentaux. Cette accélération de la procédure législative restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique et nuit, comme chacun le sait, à la qualité de la loi ».

²²⁷ CNIL, « Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement », p. 2 : « La Commission souligne que si toutes ces techniques ne revêtent pas la même sensibilité du point de vue du respect de la vie privée, l'ensemble des dispositions ainsi projetées permettra la mise en œuvre de mesures de surveillance beaucoup plus larges et intrusives que ce qu'autorise le cadre juridique actuel en matière de renseignement. En effet, parmi les nouvelles techniques de recueil du renseignement légalisées ou autorisées, certaines sont susceptibles de conduire à une surveillance massive et indifférenciée des personnes ».

démarche était d'obtenir l'onction du Conseil constitutionnel et, ainsi, de faire cesser les critiques formulées à l'encontre de ce texte »²²⁸.

Le Conseil constitutionnel a censuré trois dispositions, dont seulement deux méritent un éclairage. La première disposition concernait la possibilité de mettre en œuvre une surveillance sans besoin d'autorisation. Cette possibilité pouvait être enclenchée dans un contexte très large : « en cas d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement ». Le Conseil a estimé que les dispositions « portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances »²²⁹. La deuxième disposition concernait la surveillance internationale. Le Conseil a estimé que la disposition était trop imprécise. C'est une décision décevante de la part du Conseil constitutionnel. « À aucun moment de sa décision le Conseil n'impose que la mise en œuvre des techniques de surveillance soit subordonnée à la délivrance d'une autorisation juridictionnelle. En outre, et de façon plus spécifique, il établit que les opérations en question n'ont pas à être placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire »²³⁰. C'est donc aller à l'inverse que ce que prône la CEDH. Cette dernière estimant que le contrôle juridictionnel est la meilleure garantie possible pour les citoyens.

Le droit tend à devenir toujours plus répressif, ce que souligne Nicolas Bourgoïn²³¹, « cette énième loi liberticide qui suit de près la loi sur le terrorisme de novembre dernier, la loi sur la géolocalisation de mars 2014 et la loi de programmation militaire de décembre 2013, n'est que le point d'orgue d'un processus qui a débuté il y a une dizaine d'années : le basculement progressif du droit pénal dans un régime préventif »²³². Le Conseil constitutionnel ne remplit pas son rôle de gardien de nos libertés en la matière. Il ne contrôle pas avec suffisamment d'approfondissement le caractère proportionnel du traitement des données à caractère personnel avec le but des fichiers. Comme le regrette Nelly Ach, avant même l'examen de la loi sur le renseignement, à part de rares hypothèses, « la jurisprudence du Conseil constitutionnel est généralement bienveillante à l'égard du législateur lorsque celui-ci décide de créer ou d'entériner la création d'un fichier. [...] La décision prononcée le 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) semble d'ailleurs confirmer cette tendance »²³³. La décision rendue le 23 juillet 2015 ne permet

²²⁸ Olivier LE BOT, « La loi relative au renseignement devant le Conseil constitutionnel », *Dalloz Constitutions*, 2015, p. 432.

²²⁹ CC, 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, paragraphe 29.

²³⁰ Olivier LE BOT, *op. cit.*

²³¹ Nicolas Bourgoïn est démographe, docteur de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales et enseignant-chercheur.

²³² Nicolas BOURGOÏN, « Justice prédictive et surveillance globale : demain tous suspects ? », <https://bourgoinblog.wordpress.com/2015/03/26/demain-tous-suspects-justice-predictive-et-surveillance-globale/>, consulté le 12 mai 2015.

²³³ Nicole ACH, « Fichiers, sécurité, libertés : quelle conciliation ? », in Benoit PLESSIX et Nathalie DEFFAINS (dir.), *Fichiers informatiques et sécurité publique*, Presse universitaire de Nancy, p. 27.

pas de changer de discours. La loi a été promulguée le 25 juillet 2015 au journal officiel le lendemain de la décision constitutionnel. De gros doutes sur l'équilibre obtenu entre l'ingérence et les garanties subsistent. Le 17 août 2015, le Comité des droits de l'homme exposait ses craintes dans le cinquième rapport périodique de la France. Ledit comité s'inquiétant des « pouvoirs excessivement larges de surveillance très intrusive aux services de renseignements sur la base d'objectifs vastes et peu définis »²³⁴.

Les contestations de ce nouvel arsenal préventif sont nombreuses et la loi sur le renseignement sera sans aucun doute analysée par la Cour. En effet, plus d'une dizaine de requêtes contre cette loi ont été recensées à ce jour²³⁵. La loi est attaquée entre autres par l'ordre des avocats de Paris. Ces derniers estimant que la loi ne vise pas à protéger uniquement la société contre le terrorisme, mais vise toute la matière pénale. Surtout, le conseil souligne le malaise lié

²³⁴ Comité des droits de l'homme, « Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France », 17 août 2015, paragraphe 12 : « Le Comité est préoccupé par les pouvoirs conférés aux services de renseignements en matière de surveillance numérique à l'intérieur et à l'extérieur de la France. Le Comité s'inquiète tout particulièrement de ce que la loi relative au renseignement adoptée le 24 juin 2015 (soumise au Conseil constitutionnel) octroie des pouvoirs excessivement larges de surveillance très intrusive aux services de renseignements sur la base d'objectifs vastes et peu définis, sans autorisation préalable d'un juge et sans mécanisme de contrôle adéquat et indépendant (art. 17). L'État partie devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que ses activités de surveillance, à l'intérieur et à l'extérieur de son territoire, sont conformes aux obligations découlant du Pacte, notamment de l'article 17. En particulier, des mesures devraient être prises pour garantir que toute immixtion dans la vie privée soit faite conformément aux principes de légalité, de proportionnalité et de nécessité. L'État partie devrait veiller à ce que la collecte et l'utilisation de données relatives aux communications se fasse sur la base d'objectifs légitimes précis et que soient énoncées, en détail, les circonstances exactes dans lesquelles de telles immixtions peuvent être autorisées et les catégories de personnes susceptibles d'être placées sous surveillance. Il devrait veiller également à garantir l'efficacité et l'indépendance du système de contrôle des activités de surveillance, notamment en prévoyant que le pouvoir judiciaire participe à l'autorisation et au contrôle des mesures de surveillance ».

²³⁵ Internet policy review, « New surveillance laws, new cases », <http://policyreview.info/articles/news/europe-queue-complaints-against-snooping-laws-grows-month/397>, consulté le 10 mai 2016 : « The new French surveillance bill of May 2015, criticised by its opponents as a French version of the Patriot Act and in November "enhanced" with even broader powers for snooping on non-French nationals – i.e. neighbours from Europe – has been challenged in Strasbourg in 13 different complaints, as of today :

- ASSOCIATION CONFRATERNELLE DE LA PRESSE JUDICIAIRE and others v. France 49526/15
- MARTIN v. France 49616/15
- LECOMTE v. France 49615/15
- BABONNEAU v. France 49617/15
- SOUCHARD v. France 49618/15
- TRIOMPHE v. France 49619/15
- EGRE v. France 49620/15
- DENIAU v. France 49621/15
- ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS v. France 55058/15
- SUR v. France 55061/15
- EYDOUX v. France 59602/15
- CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX v. France 59621/15
- SYNDICAT NATIONAL DES JOURNALISTES and FEDERATION INTERNATIONALE DES JOURNALISTES v. France 5763/16 »

à cette loi, le fait que le législateur ait choisi un juge administratif et non pas judiciaire comme étant habilité à protéger les libertés²³⁶. L'association confraternelle de la presse judiciaire (APJ) a également déposé une requête devant la Cour. Ces derniers axant leurs inquiétudes sur le viol possible du secret des sources²³⁷. Le Conseil national des barreaux reproche « les très vastes finalités excèderaient le critère du « *strictement nécessaire* » imposé à ce type de législation par la Cour européenne des droits de l'Homme. De même, les outils de surveillance permettraient « *une surveillance généralisée et indifférenciée* ». Pire encore, le Conseil considère que les mesures de contrôle de ces opérations sont loin d'être suffisantes, aussi bien en préventif par la Commission nationale de contrôle des techniques du renseignement, qu'à posteriori par les juridictions administratives »²³⁸. La France risque d'être condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention, puisque c'est le premier ministre (donc l'exécutif) qui délivre les autorisations de surveillance, et ce, après un simple avis uniquement consultatif d'une commission.

La Cour a une jurisprudence plus claire et plus ferme en ce qui concerne l'éloignement des étrangers en raison du danger qu'ils représentent (terroristes condamnés ou présumés) pour l'État. Son intransigeance, bien que logique du fait du caractère indérogeable de l'article 3 de la Convention, a donné lieu à de vives protestations dans le milieu politique. La démarche innovante de la Cour et sa constance jurisprudentielle doivent être évoquées. Après son contrôle de mesures intra-étatiques, et la possible sanction qui en découle *a posteriori*, la Cour va donc tenter de prévenir des atteintes aux droits de l'homme.

²³⁶ « La loi renseignement attaquée par l'ordre des avocats de Paris », LeMonde.fr, 9 octobre 2015, http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2015/10/09/la-loi-renseignement-attaquee-par-l-ordre-des-avocats-de-paris_4786665_1653578.html, consulté le 10 novembre 2015

²³⁷ Franck JOHANNES, « La loi renseignement attaquée par des journalistes devant la Cour européenne », 3 octobre 2015, http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/10/03/des-journalistes-attaquent-la-loi-renseignement_4781885_4408996.html, consulté le 3 mai 2016

²³⁸ Marc REES, « Le Conseil national des barreaux attaque la loi Renseignement devant la CEDH », Nextinpact.com, le 28 décembre 2015, <http://www.nextinpact.com/news/97783-le-conseil-national-barreaux-attaque-loi-renseignement-devant-cedh.htm>, consulté le 3 mai 2016

Titre II : La protection préventive des atteintes à la dignité humaine dans les cas d'éloignement des étrangers pour des raisons sécuritaires

La Convention oblige les États parties à respecter la dignité humaine notamment via l'article 3 (interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants)²³⁹. Ce dernier, bien que très concis, cache une grande profondeur²⁴⁰, comme le remarque Aisling Reidy. En effet, l'article 3 est considéré par la Cour comme le « noyau dur » de la Convention²⁴¹.

Aux premiers abords, cette garantie de la Convention peut paraître dépassée et inutile dans nos sociétés. « Il paraît en effet douteux que les démocraties européennes, berceaux des droits de l'homme et reflets d'une civilisation dont l'évolution socio-économique est des plus avancées, se dotent de dispositions visant à se prémunir contre des pratiques obscurantistes qui vont à l'encontre des fondements de toute société moderne »²⁴². Or la lutte contre le terrorisme de ces dernières années a largement mis en lumière l'intérêt de l'article 3. Il semble en effet primordial pour sauvegarder les valeurs européennes dans ce combat. Les arrêts rendus par la Cour ayant trait à l'extradition de personnes présumées ou jugées coupables de terrorisme ont souvent donné lieu à des réactions de défiance de la part de certains hommes et femmes politiques nationaux. Après les attentats de Paris de janvier 2015, plusieurs députés français²⁴³ ont déposé une proposition de résolution pour que la France supprime le droit à un recours individuel pour les terroristes. Ce projet était une réaction aux décisions de la Cour notamment

²³⁹ « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

²⁴⁰ Aisling REIDY, « L'interdiction de la torture », *précis sur les droits de l'homme n° 6*, Conseil de l'Europe, 2003, p. 8

²⁴¹ Jean-Luc SAURON et Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Lextenso éditions, 2014, p. 44.

²⁴² Henri FOURTEAU, « L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres : l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants », *L.G.D.J.*, 1996, p. 5.

²⁴³ Pierre LELLOUCHE, Bernard ACCOYER, Julien AUBERT, Jacques Alain BÉNISTI, Sylvain BERRIOS, Valérie BOYER, Éric CIOTTI, Jean-Michel COUVE, Jean-Pierre DECOOL, Bernard DEFLESSELLES, Lucien DEGAUCHY, Rémi DELATTE, Nicolas DHUICQ, Jean-Pierre DOOR, Dominique DORD, Daniel FASQUELLE, Sauveur GANDOLFI-SCHEIT, Annie GENEVARD, Guy GÉOFFROY, Alain GEST, Charles-Ange GINESY, Claude GOASGUEN, Jean-Pierre GORGES, Philippe GOSELIN, Claude GREFF, Anne GROMMERCH, Arlette GROSSKOST, Jean-Claude GUIBAL, Jean-Jacques GUILLET, Michel HEINRICH, Patrick HETZEL, Guillaume LARRIVÉ, Céleste LETT, Geneviève LEVY, Lionnel LUCA, Olivier MARLEIX, Patrice MARTIN-LALANDE, Alain MARTY, Philippe MEUNIER, Pierre MORANGE, Alain MOYNE-BRESSAND, Jacques MYARD, Bérengère POLETTI, Axel PONIATOWSKI, Didier QUENTIN, Laure de LA RAUDIÈRE, Jean-Luc REITZER, Paul SALEN, Fernand SIRÉ, Éric STRAUMANN, Guy TEISSIER, Patrice VERCHÈRE, Jean-Sébastien VIALATTE, Philippe VITEL, Michel VOISIN et Laurent WAUQUIEZ.

relative au refus d'extradition de terroristes²⁴⁴. Ce genre de réaction, bien que fantaisiste illustre une certaine tension. L'article 3 est un droit intangible qui ne ménage ainsi aucune exception et « l'article 15 ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national. Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »²⁴⁵. La Cour s'inspire d'ailleurs de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui est semblable, quoi qu'introduisant la notion de cruauté²⁴⁶.

On s'accordera avec Mustapha Afroukh et Hélène Hurpy, maitres de conférences, sur le fait que le respect de l'article 3 prend justement tout son sens avec des requérants, pourtant coupables d'actes de négation des droits de l'homme, qui en viennent à réclamer la protection d'un texte qui consacre lesdits droits²⁴⁷. On retrouve quasiment la même formulation, avec un rajout sur le domaine médical dans le Pacte international des droits civils et politiques²⁴⁸. Il en va de même avec des textes à portée régionale, comme la Convention américaine relative aux droits de l'homme²⁴⁹ ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁵⁰. Tous ces textes établissent une interdiction absolue.

Bien que qu'extrêmement réduit, l'article 3 va révéler son plein potentiel grâce à l'intervention de la Cour qui va le définir et façonner son application avec les problématiques propres à la lutte contre le terrorisme (chapitre 1). Les mesures d'éloignement des étrangers ne sont pas contraires à l'article 3. Mais ces mesures peuvent le devenir si elles créent des situations où la personne transférée peut être torturée ou subir des traitements inhumains et dégradants dans le pays de destination. L'interdiction absolue de conciliation entre l'article 3 et des impératifs de sécurité nationale est tout à l'honneur de la Cour, qui préserve ainsi la vocation première de

²⁴⁴ Proposition de résolution invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, 18 février 2015. La résolution a bien entendu été rejeté le 2 avril 2015.

²⁴⁵ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Allemagne*, n° 14038/88, [GC], paragraphe 88.

²⁴⁶ DUDH, 10 décembre 1948, article 5 : « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

²⁴⁷ Mustapha AFROUKH et Hélène HURPY, « Éloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *RDLF chron. n° 11 : Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, 2015.

²⁴⁸ PIDCP, 16 décembre 1966, article 7 : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

²⁴⁹ CADH, 22 novembre 1969, article 5 (2) : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine ».

²⁵⁰ CADHP, 27 juin 1981, article 5 : « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'aviilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites ».

l'article 3. Elle va d'ailleurs user de la technique dite des mesures provisoires pour arriver à ses fins (chapitre 2).

Chapitre 1 : la lecture dynamique de l'article 3 par la Cour

Cette interdiction n'est pas assez précise, ce que déplore justement Frédéric Sudre²⁵¹ ou encore Henri Fourteau²⁵². Mais c'est l'application de cet article par l'intermédiaire de la jurisprudence de la Cour qui va permettre de définir les termes dudit article et d'affirmer la fin de la présomption de la bonne application de la Convention par les États parties, sans oublier la difficile question de la preuve (section 1). Quant à la portée de cet article, la Cour va opter pour une application large, incluant aussi bien les peines de mort, les peines perpétuelles ou encore les conditions de détention (section 2).

Section 1 : l'interprétation de l'article 3 par les juges européens

La rédaction de l'article 3 n'est pas des plus heureuses. Les termes employés ne sont pas très explicites. Mais la Cour a développé une jurisprudence éclairée pour parer au silence du texte (paragraphe 1). Une protection dite « par ricochet » va être dégagée par la Cour pour permettre un contrôle des éloignements des étrangers, notamment terroristes (paragraphe 2). La Cour va également adapter son évaluation des risques pour répondre aux requêtes des personnes prochainement expulsées (paragraphe 3).

§1. La définition des termes de l'article retenue par la Cour

On constate à la lecture de l'article 3 qu'il y a trois niveaux de violation dudit article. Les traitements dégradants, les traitements inhumains et la torture. La Cour opère cette distinction dès son premier arrêt, *Irlande contre Royaume-Uni*, du 18 janvier 1978²⁵³.

Dans cet arrêt, la Cour estime que les cinq techniques revêtaient un caractère dégradant car étant « de nature à créer en eux [les victimes des cinq techniques] des sentiments de peur,

²⁵¹ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 464.

²⁵² Henri FOURTEAU, *op. cit.*, p. 9.

²⁵³ Pour rappel, le Royaume-Uni a usé des cinq « techniques » détaillées *supra*.

d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale » (§67). Mais lesdites techniques étaient également considérées comme des traitements inhumains car étant « employées cumulativement, avec préméditation et durant de longues heures, les cinq techniques ont causé à ceux qui les subissaient sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales ; elles ont entraîné de surcroît chez eux des troubles psychiques aigus en cours d'interrogatoire » (*Ibid*). La Cour se refusant à qualifier ces actes de torture, établissant un seuil entre les traitements inhumains et la torture. En l'espèce, la Cour estime que ce seuil n'a pas été atteint : « elles n'ont pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture ainsi entendu » (*Ibid*). Si la nuance entre les traitements dégradants et ceux inhumains n'est pas forcément évidente, la Cour insiste sur la notion de torture qui est ainsi marquée d'une spéciale infamie²⁵⁴. Il faut attendre quelques mois pour que l'arrêt *Tyrer contre Royaume-Uni*²⁵⁵ vienne préciser les notions.

En ce qui concerne les traitements dégradants, dans l'arrêt *Tyrer*, un adolescent de 15 ans dû subir par des policiers, conformément à la loi de l'île de Man, plusieurs violents coups de verge sur le postérieur. La Cour estime que même si la violence était institutionnalisée et que le jeune requérant « n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 » (§33). Ainsi la peine dégradante est fortement liée à l'idée d'humiliation²⁵⁶. La Cour a ainsi conclu que « l'on a soumis le requérant à une peine où l'élément d'humiliation atteignait le niveau inhérent à la notion de peine dégradante » (§35).

Au fil de la jurisprudence, un traitement est considéré comme étant dégradant « parce que de nature à créer en ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir »²⁵⁷. La même formulation *mutatis mutandis* se retrouve dans la plupart des arrêts ayant trait à des traitements dégradants²⁵⁸. La souffrance peut être physique,

²⁵⁴Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, [plénière], paragraphe 167 : « La Cour estime en effet que s'il existe d'un côté des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi le droit interne des États contractants, ne relèvent pourtant pas de l'article 3 (art. 3) de la Convention, il apparaît à l'opposé que celle-ci, en distinguant la "torture" des "traitements inhumains ou dégradants", a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances ».

²⁵⁵ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72

²⁵⁶ *Ibid*, paragraphe 30 : « La Cour constate d'abord qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal. Cependant, ce qui importe aux fins de l'article 3 (art. 3) est qu'il soit humilié non par sa seule condamnation, mais par l'exécution de sa peine ».

²⁵⁷ Cour EDH, 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, n° 24888/94, [GC], paragraphe 71.

²⁵⁸ Voir en ce sens : Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Allemagne*, n° 14038/88, [GC], paragraphe 100 ; Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, paragraphe 92 ; Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, [GC], paragraphe 220 ;...

sans être extrême, comme cela a été constaté *supra*. Mais la souffrance physique peut ne pas rentrer en ligne de compte dans un traitement dégradant, comme cela va être démontré *infra*.

La CEDH précise que l'absence de but visant à humilier ou rabaisser la personne, ne permet pas d'écarter une possible violation de l'article 3. Ainsi, dans l'arrêt *V. contre Royaume-Uni*, la Cour juge que l'absence « d'un tel but ne saurait toutefois exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3 » (§71). En l'espèce, le requérant, un garçon de 10 ans, avec un de ses camarades, va commettre l'irréparable. Le requérant et son camarade décidèrent de faire l'école buissonnière. Ils enlevèrent un enfant de 2 ans dans l'enceinte d'un centre commercial. Ce dernier fut assassiné puis abandonné par les deux garçons. Ils furent arrêtés et placés en détention provisoire. Leur procès a été public. La procédure normale fut suivie, les rares aménagements ayant trait aux horaires d'audience et à la présence de travailleurs sociaux accompagnant les enfants. C'est surtout le fort impact médiatique qui est intéressant d'observer en l'espèce. La Cour précisant que « tant avant que pendant sa tenue, le procès eut un retentissement considérable auprès des médias nationaux et internationaux. Tout au long de la procédure, V. et T. furent accueillis à leur arrivée au tribunal par une foule hostile. À plusieurs reprises, l'on tenta d'attaquer les fourgons qui les transportaient. Dans la salle d'audience, les bancs de la presse et la tribune réservée au public étaient bondés » (§9). En l'espèce, le tribunal n'a pas souhaité humilier ces enfants. Le but poursuivi était celui de rendre la justice. Même si l'autorisation de la publication du nom des enfants et de leur photographie (qui se retrouvèrent dans la presse) semble critiquable. La Cour a estimé que le fait que le procès soit public n'avait pas violé l'article 3 : « si le caractère public de la procédure a pu exacerber dans une certaine mesure ces sentiments chez le requérant, la Cour n'est pas convaincue que les caractéristiques de la procédure, telles qu'elles ont été appliquées à l'intéressé, lui aient causé des souffrances considérables allant au-delà de celles que les autorités ayant eu affaire à lui après l'infraction n'auraient pas manqué de provoquer, quoi qu'elles aient pu entreprendre » (§79). La position de la Cour est critiquable. Un procès public en huis clos aurait dû être de mise. Pour Lord Reed, dans son opinion concordante, « l'intérêt public (et celui du défendeur) à une administration transparente de la justice et l'intérêt public à la liberté d'information constituent des arguments en faveur de la publicité des procès ». On peut rétorquer que le procès à huis clos n'est pas une forme obscure de la justice. De plus, cette dernière n'a pas à se plier au diktat de la presse à scandale et de la curiosité malsaine de la foule.

Pour les traitements inhumains, la Cour relève dans l'arrêt *Tyrer* que « la souffrance provoquée doit se situer à un niveau particulier pour que l'on puisse qualifier une peine d'inhumaine au sens de l'article 3 » (§29). La différence entre la torture et le traitement inhumain est une question d'intensité. En effet, le traitement inhumain est un traitement prémédité causant des souffrances physiques ou mentales de grande intensité. Au fil de la jurisprudence européenne la même définition *mutatis mutandis* revient : un traitement est inhumain au motif

qu'il était « appliqué avec préméditation pendant des heures et qu'il avait causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales »²⁵⁹.

Une violence psychologique intense peut ainsi être qualifiée de traitement inhumain. L'affaire *Selçuk et Asker contre Turquie*²⁶⁰ est une bonne illustration. En l'espèce, les requérants habitent dans la région du Sud-Est de la Turquie en proie à de graves troubles indépendantistes, comme cela a été évoqué dans le chapitre lié aux dérogations. Ils soutiennent que les forces de l'ordre ont incendié leurs maisons. Après enquête, la Commission a constaté que les forces gouvernementales ont bien incendié les maisons en les aspergeant d'essence et en empêchant les habitants d'éteindre les incendies ! La Cour va rappeler que « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisés, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants » (§75). Le fait que les requérants aient toujours vécu dans leurs maisons de ce village a influencé la Cour pour sa décision finale, ainsi que la brutalité de l'intervention étatique. La Cour considère qu'il y a bien eu violation de l'article 3 de la Convention par la commission de traitements inhumains à l'encontre des requérants. Mieux encore, elle martèle que « même si les actes dont il s'agit ont été perpétrés sans intention de punir les requérants, mais pour empêcher que les terroristes n'utilisent ces habitations ou pour dissuader d'autres personnes, ce n'est pas là une justification des mauvais traitements » (§79).

La Cour va interpréter de façon extensive la définition de traitement inhumains. Ainsi, le simple fait de menacer quelqu'un, de le torturer, pourrait, dans des circonstances données, constituer un traitement inhumain²⁶¹. L'arrêt *Gägfen contre Allemagne* est un arrêt de référence dans ce domaine. En l'espèce, le requérant (étudiant en droit) a enlevé et assassiné un jeune garçon, puis réclame une rançon à la famille, faisant croire qu'il est toujours vivant ! Il est finalement arrêté par la police et va subir un interrogatoire musclé. Durant ce dernier, le requérant sera menacé de torture pour avouer. La Cour, se montre compréhensive dans le but de la démarche : faire avouer au plus vite pour tenter de sauver l'enfant (la police ne sachant pas alors que ce dernier avait déjà été assassiné). Mais les « la torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril » (§107). La Cour estime que « les menaces réelles et immédiates proférées à l'adresse de celui-ci afin de lui extorquer des informations ont atteint le degré minimum de gravité voulu pour que le comportement litigieux tombe sous le coup de l'article 3 » (§108). Tout en se basant sur la définition de la torture de la Convention contre la torture des Nations unies et en rappelant certains travaux effectués par des organes internationaux, la Cour estime que la menace de torture n'est pas en soi une torture mais que « la méthode d'interrogatoire à laquelle le requérant a été soumis dans les circonstances de la présente affaire a été suffisamment grave pour être

²⁵⁹ Voir en ce sens : Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Allemagne*, n° 14038/88, [GC], paragraphe 100) ; Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, paragraphe 92 ; Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, [GC], paragraphe 220 ;...

²⁶⁰ Cour EDH, 24 avril 1998, *Selçuk et Asker c. Turquie*, n° 23184/94 et 23185/94

²⁶¹ Cour EDH, 1^{er} juin 2010, *Gägfen c. Allemagne*, n° 22978/05, [GC], paragraphe 91.

qualifiée de traitement inhumain prohibé par l'article 3, mais n'a pas eu le niveau de cruauté requis pour atteindre le seuil de la torture » (*Ibid*).

C'est pour la première fois avec l'arrêt *Aksoy contre Turquie*, du 18 décembre 1996, que la qualification de torture a été retenue. Le requérant ayant été soumis à la pendaison palestinienne, une technique résumée *supra*. Les juges européens estiment que « ce traitement ne peut avoir été infligé que délibérément ; en effet, sa réalisation exigeait une dose de préparation et d'entraînement. Il apparaît avoir été administré dans le but d'obtenir du requérant des aveux ou des informations. Hormis les graves souffrances qu'il doit avoir causées à l'intéressé à l'époque, les preuves médicales montrent qu'il conduisit à une paralysie des deux bras qui mit un certain temps avant de disparaître. La Cour estime que ce traitement était d'une nature tellement grave et cruelle que l'on ne peut le qualifier que de torture » (§64).

L'acte de torture a été brillamment qualifié dans l'arrêt *Selmouni contre France*²⁶², le 28 juillet 1999. En l'espèce, le requérant a été appréhendé par la police dans une enquête de trafic de stupéfiants. Durant sa garde à vue prolongée, le requérant s'est plaint de violence contre lui, les rapports médicaux confirment l'existence de coups et de blessures. La Cour considère que « lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'État de fournir une explication plausible pour l'origine des blessures, à défaut de quoi l'article 3 de la Convention trouve manifestement à s'appliquer » (§87). La Cour va donc juger qu'il y a bien violation de l'article 3 et surtout elle va conclure à la torture de façon audacieuse. En effet, elle va rappeler que la Convention doit toujours être interprétée « à la lumière des conditions de vie actuelles », ainsi certains actes anciennement qualifiés d'inhumains ou dégradants peuvent être désormais qualifiés de torture : « la Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (§101). Le viol est bien entendu considéré comme un acte de torture par la Cour, mais aussi les multiples coups sur un détenu,...

Chaque situation est différente, la Cour pouvant prendre en compte le sexe de la personne, son âge, son état de santé, les modalités d'exécution, la nature ou encore le contexte du traitement,... Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Selmouni*, la Convention est un « instrument vivant » (§101). Elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *Tyrer*, dès 1978 : « la Convention est un instrument vivant à interpréter - la Commission l'a relevé à juste titre - à la lumière des conditions de vie actuelles » (§31). C'est aussi le cas dans l'arrêt *Soering*²⁶³. La Cour peut également considérer que les actes sont à ce point cruels qu'ils sont des actes de torture sans

²⁶² Cour EDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25893/94

²⁶³ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Allemagne*, n° 14038/88, [GC], paragraphe 102.

tenir compte du statut de la personne²⁶⁴. Ainsi, si dans l'affaire *Tyrer* le châtime²⁶⁴ corporel avait été jugé comme étant un traitement dégradant, la Cour n'optera pas pour la même conclusion dans l'arrêt *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*²⁶⁵ du 25 mars 1993. En l'espèce, un jeune garçon dans une école privée britannique a reçu, conformément au règlement disciplinaire en vigueur et par le directeur de l'école, « sans témoin, trois coups de chaussure de gymnastique à semelle de caoutchouc sur le derrière, par-dessus le short ». Là où dans l'affaire *Tyrer* les coups portés avaient été d'une grande intensité, rien ne laisse ici à penser que le garçon ait dû faire face à des effets graves et durables suite au traitement reçu. L'affaire ayant eu lieu sans témoin, le cas d'une humiliation paraissait peu plausible. La Cour estime donc que le seuil de gravité requis n'a pas été atteint, en l'espèce, pour prétendre à une violation de l'article 3. Ainsi, chaque cas est unique, la Cour modulant son interprétation au contexte. La Cour ayant pris soin de définir avec un certain soin les trois stades de violation de l'article 3, de l'absence de préméditation à l'intention de nuire à la victime.

§2. La protection par ricochet et le problème de l'État de destination

Les États ont une large marge d'appréciation dans leur politique relative aux ressortissants. C'est en quelque sorte un domaine réservé. La Cour le reconnaît : « les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ». Cela sera affirmé *mutatis mutandis* dans les décisions relatives à un éloignement d'étranger²⁶⁶. Les juges européens affirment également que « la Convention ne contient de dispositions ni sur les conditions dans lesquelles une extradition peut être accordée, ni sur la procédure à appliquer avant même que l'extradition ne puisse être accordée. Même une extradition atypique, sous réserve qu'elle soit issue d'une coopération entre les États concernés et que l'ordre d'arrestation trouve sa base légale dans un mandat décerné par les autorités de l'État d'origine de l'intéressé, ne saurait être,

²⁶⁴ Cour EDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25893/94, paragraphe 103 : « Outre la violence des faits décrits, la Cour ne peut que constater leur caractère odieux et humiliant pour toute personne, quel que soit son état ».

²⁶⁵ Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, n° 13134/87

²⁶⁶ Voir dans ce sens : Cour EDH, 6 mars 2001, *Hilal c. Royaume-Uni*, n° 45276/99, paragraphe 59 ; Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, [plénière], paragraphe 67 : « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. » ; Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, paragraphe 124 ; Cour EDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, paragraphe 135 ; Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vil Varajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, paragraphe 102 ; Cour EDH, 29 avril 1997, *H.L.R c. France*, n° 24573/94, paragraphe 33 ; ...

en tant que telle, contraire à la Convention »²⁶⁷. Cette absence d'interdiction d'éloignement explicite est assez étonnant. Alors que dans d'autres textes internationaux, tel que la convention des Nations Unies contre la torture, l'interdiction est bien notifiée²⁶⁸.

La Cour va innover en se prononçant sur la première mesure d'éloignement avec l'arrêt *Soering contre Allemagne*²⁶⁹. C'est l'instauration de la protection par ricochet : « en principe, il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci. Une dérogation à la règle générale s'impose pourtant si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination ; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée » (§90). Ainsi, la Cour va fixer clairement le fait que l'éloignement, quel qu'il soit, doit être interdit s'il met en danger l'intégrité physique d'une personne. La Cour va même plus loin, dans cet arrêt, en ayant précisé un point essentiel : cette interdiction s'applique peu importe quel ait été le comportement de la personne. Ainsi un terroriste ne devrait pas être éloigné, même si son statut « odieux » pourrait sembler au premier abord être un facilitateur d'éloignement²⁷⁰.

Mais une question va rapidement voir le jour : la Cour doit-elle contrôler les mesures d'éloignement entre les États ayant ratifié la Convention ? La Cour pendant longtemps opte pour laisser une plus grande liberté entre les États partis.

L'ancienne commission dans son rôle de filtrage des requêtes va estimer que, celles formulées par un requérant, sous le coup d'une mesure d'éloignement intra-convention, ne seront pas recevables. La principale raison évoquée est que le requérant pourra toujours déposer une requête devant les instances européennes, étant donné que le pays de destination est parti

²⁶⁷ Voir en ce sens, Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vil Varajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, paragraphe 102 ; Cour EDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, paragraphe 135 ;...

²⁶⁸ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, article 3 : « 1. Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ».

²⁶⁹ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Allemagne*, n° 14038/88, [GC]

²⁷⁰ *Ibid*, paragraphe 88 : « Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. [...] l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article ».

à la convention. Ainsi, dans la décision *K. et F. c. Pays-Bas*²⁷¹, la Commission rejette catégoriquement l'examen de la requête. En l'espèce, il s'agissait de deux requérants irlandais et reconnus comme étant membre de l'I.R.A. Ils ont été reconnus coupables de plusieurs attentats. Après une évasion d'une prison irlandaise, ils sont arrêtés aux Pays-Bas. Les autorités néerlandaises se décidèrent favorablement à l'extradition des deux requérants. Ces derniers vont arguer du fait qu'ils craignent pour leur intégrité physique et morale. Ces derniers redoutent la réaction des gardiens et donc qu'ils subissent des traitements inhumains et dégradants. La Commission va montrer son attachement à l'affaire, du fait de son importance, puisqu'elle concerne une extradition vers une « Haute Partie Contractante à la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui a reconnu le droit de recours individuel ». Pour la Commission, à la vue des conditions, « l'article 3 de la Convention n'empêche pas les Pays-Bas d'extrader les requérants au Royaume-Uni »²⁷². La requête sera donc jugée irrecevable comme étant manifestement mal fondée.

Dans l'affaire *T.I. contre Royaume-Uni*²⁷³, du 7 mars 2000, la Cour va se prononcer sur la viabilité d'un refoulement d'un étranger. En l'espèce, le requérant Sri-Lankais avait demandé l'asile en Allemagne. Après un refus, il arriva clandestinement au Royaume-Uni. Une fois découvert par les services d'immigration, les autorités britanniques appliquèrent le règlement de Dublin²⁷⁴. Le ministre de l'Intérieur anglais ordonna donc le refoulement du requérant. Ce que le requérant conteste. Pour lui, le refoulement en Allemagne équivaut à une expulsion au Sri Lanka. En effet, le requérant allègue qu'un réexamen de sa demande d'asile en Allemagne paraît bien trop complexe pour réussir, il serait donc renvoyé dans son pays où il risquerait de subir des actes de torture et d'autres mauvais traitements. La Cour va donc se prononcer sur un éloignement dans un pays partie intermédiaire. La Cour bien qu'estimant que les documents « présentés à ce stade par le requérant suscitent des inquiétudes quant aux risques qu'il courrait s'il était renvoyé à Sri Lanka », juge qu'il n'y a pas de violation de l'article 3 de la Convention. Elle rappelle avant cela que sa préoccupation essentielle est de « savoir s'il existe des garanties de procédure effectives, de quelque type que ce soit, qui protègent le requérant contre un refoulement de l'Allemagne vers Sri Lanka ». À la vue de la situation, la Cour estime ainsi que « l'existence d'un risque réel que l'Allemagne expulse le requérant vers Sri Lanka en violation de l'article 3 de la Convention n'est pas établie. En décidant de refouler le requérant vers l'Allemagne, le Royaume-Uni n'a donc pas failli à ses obligations découlant de cette disposition. Il n'a pas été démontré non plus que cette décision avait été prise sans qu'il soit dûment tenu compte de l'existence en

²⁷¹ CommEDH, 2 décembre 1986, *K. et F. c. Pays-Bas*, n° 12543/86

²⁷² *Ibid*, page 281

²⁷³ Cour EDH, 7 mars 2000, *T.I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98

²⁷⁴ C'est le règlement européen qui détermine l'État membre de l'Union européenne qui devra examiner une demande d'asile dans l'Union. Le but est d'empêcher qu'un demandeur d'asile dépose une demande dans plusieurs pays membres de l'Union et pratique l'*asylum shopping*. C'est le pays où la personne arrive sur le sol européen pour la première fois qui doit être le pays responsable de la demande d'asile.

Allemagne de garanties appropriées permettant d'éviter le risque de traitements inhumains ou dégradants » (page 22).

On pourrait considérer que l'affaire *Aksoy*, d'une triste importance, reconnaissant des pratiques de torture au sein de l'espace du Conseil de l'Europe, a été un élément déclencheur au revirement de la Cour. Dans l'affaire *M.S.S contre Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, la Cour affirme que l'article 3 impose aux États de vérifier que les personnes demandant l'asile ne subissent pas des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination, membre de l'Union européenne. En l'espèce, le requérant est afghan et est arrivé en Union européenne via la Grèce. Il ne demanda pas d'asile en Grèce. Il y fut d'ailleurs détenu durant une semaine et avait reçu un ordre de quitter le territoire. Il déposa une demande d'asile à la Belgique. Le pays conformément au règlement de Dublin décida d'expulser le requérant vers la Grèce. Ce dernier ne voulant pas, se plaignant des conditions de détention en Grèce et des nombreux problèmes liés aux services de l'immigration du pays. Le Haut-commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés estime que les conditions de détention sont inacceptables en Grèce. Pour la Cour la présomption de « protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce » (§340). La Cour va donc considérer que les pays devaient vérifier que les procédures d'asile dans les pays intermédiaires (dans le cadre du système Dublin) soient conformes avec l'article 3²⁷⁵. En l'espèce, la Cour juge que la Belgique a violé l'article 3 en renvoyant le requérant en Grèce. Comme le souligne, Hélène Hurpy et Mustapha Afroukh : « Qu'il soit ou non mis en œuvre dans le cadre d'un système de coopération, l'éloignement ou le refoulement d'un étranger soupçonné de terrorisme est soumis aux mêmes normes de comportement sans qu'il y ait lieu de faire une distinction selon que l'État de destination soit un État partie à la Convention ou un État tiers »²⁷⁶.

Ils insistent sur l'arrêt *Trabelsi contre Belgique* du 4 septembre 2014 pour étayer leurs propos. Cet arrêt est important et sera également analysé *infra*. En l'espèce, le requérant tunisien a été condamné par la Belgique pour des faits de terrorisme : pour avoir « tenté de détruire par explosion la base militaire belge de Kleine-Brogel, pour faux en écriture et pour avoir été l'instigateur d'une association de malfaiteurs formée dans le but d'attenter aux personnes et aux propriétés » (§8). La Tunisie et les États-Unis ont demandé son extradition. La Belgique va extraditer le requérant vers les États-Unis. La Cour rappelle bien le fait que « les mauvais traitements seraient le fait d'un État tiers à la Convention n'entre pas en considération » (§116). Le même raisonnement avait été formulé dans l'arrêt *Saadi contre Italie* du 28 février 2008²⁷⁷. « Il est toutefois étonnant que la Cour ait encore aujourd'hui besoin de réitérer ce qui relève de

²⁷⁵ Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, [GC], paragraphe 342 : « lorsqu'ils appliquent le règlement Dublin, il appartient aux Etats de s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé, directement ou indirectement, dans son pays d'origine sans une évaluation, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, des risques qu'il encourt ».

²⁷⁶ Mustapha AFROUKH et Hélène HURPY, *op. cit.*

²⁷⁷ Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, paragraphe 138 : « ces mauvais traitements fussent-ils le fait d'un Etat tiers ».

l'évidence. Sans doute, peut-on y voir une réponse aux arguments désespérants avancés par certains États, principalement le Royaume-Uni, pour obtenir une application aménagée de la jurisprudence *Soering* »²⁷⁸.

§3. Les particularités du déclenchement de la protection de l'article 3 en cas d'extradition

Le principal problème provient de la preuve. En effet, il est plus facile de se plaindre de mauvais traitements, une fois ces derniers subis. La Cour va donc devoir évaluer le risque encouru par le requérant. Comme le témoigne l'arrêt *Cruz Varas et autres contre Suède*²⁷⁹ de 1991, la Cour a besoin d'éléments concrets pour estimer qu'il y aurait violation en cas d'éloignement. En l'espèce, le requérant chilien fut expulsé de Suède en 1989. La situation au Chili évoluant vers la démocratie la Cour estime qu'il n'y avait pas, pour le requérant, un « risque réel de subir des traitements inhumains ou dégradants à son retour au Chili en octobre 1989 » (§82). Pour la Cour, « nul élément de preuve substantiel ne justifiait ses craintes [du requérant] » (§84). Comme le démontre Frédéric Sudre, l'applicabilité de l'article 3 en matière d'éloignement forcé des étrangers, « la question de la charge de la preuve a néanmoins subi une évolution notable qui vise à faciliter l'applicabilité de l'article 3. Selon la nature du risque en cause trois situations peuvent [...] être distinguées »²⁸⁰. Ces trois situations sont les suivantes : lorsque le risque de violation de l'article 3 est constitué par des actes intentionnels des autorités de l'État de destination, lorsque le risque est constitué par les agissements de tiers ou, enfin, lorsque le risque est constitué par des facteurs objectifs.

Dans la première situation, l'arrêt *Chahal contre Royaume-Uni*²⁸¹ semble être l'arrêt de référence pour illustrer le propos. En l'espèce, le requérant indien est débouté dans sa demande de nationalité anglaise. Le ministre de l'intérieur estima qu'il fallait expulser le requérant en 1990 car « sa présence sur le sol britannique était jugée contraire au bien public pour des raisons de sécurité nationale et d'autres motifs politiques, à savoir la lutte internationale contre le terrorisme » (§25). Pour rappel, « chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 » (§80). La Cour est plus conciliante vis-à-vis du requérant. Ce dernier n'a pas à supporter véritablement la charge de la preuve. Pour déterminer s'il a bien un risque réel qui pèse sur le requérant, la Cour va s'appuyer sur « l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin,

²⁷⁸ Mustapha AFROUKH et Hélène HURPY, *op. cit.*

²⁷⁹ Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, n° 15576/89, [plénière]

²⁸⁰ Frédéric SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *LGDJ*, 1999, p. 73.

²⁸¹ Cour EDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 2414/93, [GC]

qu'elle se procure d'office » (§97). La Cour va donc chercher à connaître la situation entourant le cas d'espèce. Cette approche est consacrée dans la jurisprudence²⁸². Dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*, la Cour évoque bien des sources tierces pour pouvoir juger en toute connaissance de cause. La Cour est apte à construire en partie son raisonnement sur des sources extérieures. Ainsi, dans l'affaire *Chahal*, la Cour va se baser sur les rapports d'Amnesty International, le rapport de 1994 du département américain²⁸³ sur l'Inde, le rapport de la même année de la Commission nationale indienne pour les droits de l'homme, mais aussi sur les rapports des Nations unies, de 1994 et 1995, par le Rapporteur spécial sur la torture (et autres peines...) et le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires (sommaires, arbitraires,...). « Même si elle [la Cour] ne procède pas à proprement parlé à un renversement de la charge de la preuve –qui paraît, en toute hypothèse, difficilement concevable (comment exiger de l'État partie à la Convention qui décide d'éloigner un étranger, de prouver que l'État de destination ne va pas faire subir à cet individu des traitements prohibés à l'article 3 ?)-, la Cour n'hésite pas à demander à l'État partie de lui fournir des assurances, voire même des preuves, que la sécurité de l'intéressé sera assurée dans le pays de destination »²⁸⁴. Ainsi, on peut conclure que « le bénéfice de doute en matière probatoire pèse à la faveur de l'individu et non de celle de l'État »²⁸⁵.

Dans la deuxième situation, le risque pouvant provenir de personnes privées et non étatiques, la problématique de la preuve s'intensifie. L'arrêt *H.L.R contre France*²⁸⁶ de 1997 semble être l'arrêt de référence. En l'espèce, le requérant colombien a été interpellé dans un aéroport français en possession de plus d'un demi kilo de cocaïne. Il reçut une notification d'expulsion, après avoir purgé une peine de prison, pour le fait qu'il constituait une menace grave pour l'ordre public. Le requérant estime qu'il serait victime de la vengeance des trafiquants dans son pays. La Cour n'exclut pas le fait que « l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée » (§40). La Cour précise qu'un tel contexte de violence en Colombie ne peut justifier à lui seul une violation de l'article 3. La Cour va en l'espèce estimer que le requérant n'a pas montré le fait qu'il ne bénéficierait pas de la protection des autorités colombiennes. Ainsi, la Cour conclut à « l'absence de motifs sérieux et avérés de croire que l'expulsion du requérant l'exposerait à un risque réel de

²⁸² Voir dans ce sens : Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vil Varajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, paragraphe 107 ; Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, n° 15576/89, [plénière], paragraphe 75 ; Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, [plénière], paragraphe 160 : « Dans les affaires dont elle connaît, elle étudie l'ensemble des éléments en sa possession, qu'ils proviennent de la Commission, des parties ou d'autres sources; s'il le faut, elle s'en procure d'office" ; Cour EDH, 29 avril 1997, *H.L.R c. France*, n° 24573/94, paragraphe 37.

²⁸³ L'équivalent du ministère des Affaires étrangères français.

²⁸⁴ Frédéric SUDRE, *op. cit.*, p. 74.

²⁸⁵ Athanasia PETROPOULOU, *op. cit.*, p. 403.

²⁸⁶ Cour EDH, 29 avril 1997, *H.L.R c. France*, n° 24573/94

subir des traitements inhumains ou dégradants » (§44). C'est une décision regrettable, comme le souligne Frédéric Sudre, « la protection par ricochet [...] trouve ici ses limites »²⁸⁷.

Dans la troisième situation, lorsque le risque de violation résulte de facteurs objectifs, la problématique de la preuve semble être simplifiée. L'arrêt *Aswat contre Royaume-Uni*²⁸⁸ de 2013 illustre bien cette situation. Cet arrêt fait suite à une autre affaire (*Babar et autres contre Royaume Uni*²⁸⁹) de 2012. Cette dernière concernait six personnes soupçonnées de terrorisme international et placées en détention au Royaume-Uni. L'affaire avait trait à l'extradition des six personnes aux États-Unis, dans une prison de haute sécurité maximale. La Cour a estimé que pour cinq des six requérants il n'y avait pas risque de violation de l'article 3. Pour le sixième requérant, monsieur Aswat, la Cour a décidé d'attendre. En effet, face à la situation particulière de ce dernier, hospitalisé pour schizophrénie²⁹⁰, la Cour avait décidé d'ajourner l'examen de sa requête afin d'obtenir des informations complémentaires sur son état de santé. Ainsi, dans l'arrêt *Aswat*, la Cour va se prononcer sur une question particulière : un terroriste souffrant d'une maladie mentale peut-il être extradé ? La Cour ne se permet pas d'émettre une critique sur le système des soins psychiatriques américain²⁹¹. Mais elle va émettre un doute vis-à-vis des conditions de détention du requérant sur le sol américain²⁹². Ainsi la Cour conclut qu'il existe un risque de violation de l'article 3 de la Convention en cas d'extradition²⁹³.

Comme le remarque Joana Pétin, « cette position de la CEDH est louable du point de vue de la protection des personnes les plus vulnérables, telles que les personnes atteintes de maladies mentales, et elle peut être interprétée comme une évolution possible de la jurisprudence stricte sur l'expulsion des étrangers malades. S'il n'existe pas de droit pour un non-national à rester sur le territoire d'un État pour bénéficier d'une assistance médicale, cette position de la Cour peut laisser entrevoir une perspective nouvelle dans ce domaine. [...] Les juges de Strasbourg imposent ici une obligation de vigilance accrue dans le cadre de l'extradition des personnes souffrant de

²⁸⁷ Frédéric SUDRE, *op. cit.*, p. 75.

²⁸⁸ Cour EDH, 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12

²⁸⁹ Cour EDH, 10 avril 2012, *Babar et autres c. Royaume Uni*, n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09

²⁹⁰ *Ibid*, paragraphe 51 : « The medical evidence in the present case indicates that the applicant is suffering from an enduring mental disorder, namely paranoid schizophrenia, which has been characterised by auditory hallucinations, thought disorder, delusions of reference, grandeur and guarded and suspicious behaviour ».

²⁹¹ *Ibid*, paragraphe 53 : « In deciding which institution he should be housed in, the Bureau would consider any medical, psychiatric or psychological concerns that had been identified ».

²⁹² *Ibid*, paragraphe 56 : « Moreover, there is no guarantee that if tried and convicted he would not be detained in ADX Florence, where he would be exposed to a "highly restrictive" regime with long periods of social isolation ».

²⁹³ *Ibid*, paragraphe 57 : « Therefore, in light of the current medical evidence, the Court finds that there is a real risk that the applicant's extradition to a different country and to a different, and potentially more hostile, prison environment would result in a significant deterioration in his mental and physical health and that such a deterioration would be capable of reaching the Article 3 ».

troubles mentaux. Cette tendance protectrice pourrait alors s'appliquer à l'avenir à l'ensemble des procédés d'éloignement des étrangers malades »²⁹⁴.

Section 2 : l'élargissement de la portée de l'article 3

Les juges européens vont progressivement faire un rapprochement entre la peine de mort et l'article 3 de la Convention, en estimant que la peine capitale se heurte à la dignité humaine (paragraphe 1). Comme le remarque Frédéric Sudre : « malgré l'absence de disposition spécifique de la Convention concernant les détenus, la Commission européenne des droits de l'homme a affirmé très tôt le principe selon lequel la détention ne privait pas le détenu des droits garantis par la Convention et, en utilisant le mécanisme de la protection par ricochet, a jugé que les conditions de détention peuvent tomber sous le coup de l'article 3. Dès lors, une peine de prison est susceptible de soulever un problème, sous l'angle de l'article 3, par la manière dont elle est exécutée et par sa durée »²⁹⁵. Il en va ainsi des peines perpétuelles (paragraphe 2) et des isolements carcéraux (paragraphe 3).

§1. La négation de la peine de mort via l'article 3

La Convention lors de son entrée en vigueur n'interdisait pas la peine de mort. Bien au contraire, elle était même prévue à son article 2²⁹⁶. C'est le Protocole additionnel n° 6 du 28 avril 1983 qui va consacrer l'abolition de la peine de mort²⁹⁷ mais uniquement en temps de paix²⁹⁸. Il faudra attendre le Protocole additionnel n° 13 du 3 mai 2002 pour que soit consacré l'abolition

²⁹⁴ Joanna PETIN, « Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Réseau universitaire européen*, <http://www.gdr-elsj.eu/2013/04/23/immigration/extradition-et-troubles-mentaux-la-prise-en-compte-croissante-de-la-vulnerabilite-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme>, consulté le 15 mai 2016.

²⁹⁵ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 484.

²⁹⁶ CEDH article 2 paragraphe 1 : « Le droit à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ».

²⁹⁷ Protocole additionnel n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, article 1 : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ».

²⁹⁸ *Ibid*, article 2 : « Un État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ; une telle peine ne sera appliquée que dans les cas prévus par cette législation et conformément à ses dispositions. Cet État communiquera au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les dispositions afférentes de la législation en cause ».

absolue de la peine de mort. L'Azerbaïdjan et la Russie ne veulent pas entendre parler d'une abolition totale de la peine de mort²⁹⁹.

La Cour européenne a affirmé, au fil de sa jurisprudence, cette tendance même au nom de la lutte antiterroriste. C'est une position de civilisation, mais courageuse à l'heure où certains pays du globe réintroduisent la peine de mort pour les terroristes (sans parler du regain d'intérêt pour cette pratique dans les opinions publiques)³⁰⁰. Des terroristes qui seraient condamnés à mort dans le pays de destination ne sauraient être transférés. Mais c'est l'article 2 de la Convention qui « régit » le droit à la vie. Or les juges européens vont opérer un rapprochement avec l'article 3. C'est dans l'affaire *Soering* que la Cour va opérer ce « mariage » logique entre l'article 2 et l'article 3. En l'espèce, un allemand est détenu au Royaume-Uni, dans l'attente de son extradition vers les États-Unis. Il va devoir répondre à des accusations de plusieurs homicides et risque vraisemblablement la peine de mort. La Cour va donc dégager une notion spécifique aux États-Unis : le « syndrome du couloir de la mort ». Ce n'est pas sous l'angle de l'article 2 que la question de la peine de mort va être étudiée mais bien sous celui de l'article 3. La Cour fait le constat que : « la peine capitale n'existe plus en temps de paix dans les États contractants. Dans ceux d'entre eux, peu nombreux, dont la législation la conserve pour certaines infractions en temps de paix, les condamnations à mort parfois prononcées ne reçoivent pas exécution de nos jours » (§102). La Convention devant être toujours interprétée de façon actuelle, la Cour s'est donc penchée sur le fait de savoir si la peine capitale constituait, désormais, un mauvais traitement au sens de l'article 3 de la Convention.

Pour la Cour, l'article 3 doit s'apprécier en « harmonie » avec l'article 2 (§103). En ce qui concerne le délai entre le verdict du procès et l'exécution du condamné, il a été démontré qu'en Virginie (État où le requérant est poursuivi) le temps d'attente est de six à huit ans (§56). La Cour considère que « le système virginien de procédures postérieures à la sentence aboutit à obliger le condamné détenu à subir, pendant des années, les conditions du "couloir de la mort", l'angoisse et la tension grandissante de vivre dans l'ombre omniprésente de la mort » (§106). Le requérant ayant 18 ans durant les faits et étant victime de troubles mentaux, la Cour va plus loin et rajoute que « la jeunesse du requérant à l'époque de l'infraction et sa condition mentale d'alors, illustrées par le dossier psychiatrique existant, figurent donc parmi les données qui tendent, en l'espèce, à faire relever de l'article 3 (art. 3) le traitement à subir dans le "couloir de la mort" » (§109). Il y a donc bien dépassement du seuil fixé par l'article 3, l'extradition du requérant équivaldrait à une violation dudit article.

²⁹⁹ Treizième Protocole additionnel à la CEDH, Humanrights.ch, 15/05/2014, <http://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-internationaux/conseil-europe/protocoles-additionnels/13eme-protocole>, consulté le 24 mai 2016.

³⁰⁰ La Tunisie et le Tchad ont introduit la peine de mort pour les personnes reconnues coupables d'acte terroriste. Voir en ce sens : <http://www.lefigaro.fr/international/2015/07/25/01003-20150725ARTFIG00128-la-tunisie-legalise-la-peine-de-mort-pour-les-crimes-terroristes.php> et <http://www.africardv.com/societe/tchad-peine-de-mort-pour-les-terroristes> ; consulté le 24 mai 2016.

L'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi contre Royaume-Uni*³⁰¹ du 2 mars 2010 est très important pour illustrer ces propos, puisqu'il consacre l'interdiction de la peine de mort en toutes circonstances, d'autant que la Cour envisage la peine capitale comme contraire à l'article 3. En l'espèce, les deux requérant étaient irakiens. Le 20 mars 2003, l'Irak fut envahi par une coalition internationale. Le 23 mars 2003, deux soldats britanniques furent tués suite à une embuscade des milices irakiennes. Par la suite, les deux requérants furent arrêtés. En août 2004, la peine de mort fut rétablie par l'Assemblée nationale irakienne. En octobre 2004, la police militaire britannique arriva à la conclusion que les requérants étaient responsables du décès de deux soldats britanniques. Les requérants ont fini par saisir la Cour arguant que leur transfert par les autorités britanniques aux mains des autorités irakiennes leur ferait courir un risque réel d'être exécutés par pendaison. Les juges européens vont émettre une opinion forte sur la peine capitale : « Dans les exécutions judiciaires, les autorités de l'État prennent délibérément et de manière préméditée la vie d'un être humain. Quelle que soit la méthode utilisée, l'extinction d'une vie fait intervenir un certain degré de douleur physique. De plus, le fait pour le condamné de savoir que l'État va lui donner la mort doit inévitablement susciter chez lui une intense souffrance psychique » (§115).

La Cour va constater que la quasi-totalité des États membres ont ratifié le troisième Protocole additionnel. Elle va donc reprendre la formulation de l'arrêt *Soering* pour appuyer son propos : « Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort » (§120). Bien que l'affaire soit prochainement rejugée, rien ne garantit que les requérants seront condamnés à mort. La Cour estime que « quoi qu'il advienne, le fait est que les actions et l'inaction des autorités britanniques les ont soumis, au moins depuis mai 2006, à la crainte d'être exécutés par les autorités irakiennes. La Cour a déjà dit ci-dessus que le fait d'avoir causé chez eux une souffrance psychique de cette nature et de cette intensité constituait un traitement inhumain. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention » (§144).

On ne peut que partager ce bilan : « La Cour européenne des droits de l'homme a donc enfin passé un cap envisagé dans sa jurisprudence dès 1989. Il semble d'ailleurs qu'avec cet arrêt il n'y ait plus aucune hypothèse où la peine de mort soit tolérée par la juridiction strasbourgeoise. Cette position est importante au sein du Conseil de l'Europe puisqu'il consacre juridiquement une situation certes déjà bien ancrée mais parfois peu solidement (notamment dans les États non signataires du protocole 13 et où la peine de mort n'est écartée que par un moratoire – par définition temporaire). Toutefois, c'est surtout dans ses effets extra-européens que cette nouvelle avancée est remarquable. Outre la valeur exemplaire de la position de la Cour

³⁰¹ Cour EDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498

européenne des droits de l'homme, le mécanisme de violation par ricochet est nettement renforcé. Ainsi, les États parties ne peuvent plus, sous aucune circonstance, transférer vers un État tiers une personne risquant d'y subir la peine de mort, sauf à obtenir de ce dernier État la garantie ferme qu'il n'appliquera pas cette peine »³⁰². Le rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels et inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, du 14 janvier 2009, va dans le même sens que la Cour européenne³⁰³. Pour l'heure, seule cette dernière se montre si audacieuse en matière d'interprétation dynamique (et donc de plus en plus protectrice) d'un texte international.

§2. Le problème des peines à perpétuité

La Commission dans la décision *Kotalla contre Pays-Bas*³⁰⁴, de 1978, a estimé que : « dans aucun de ces arrêts, l'emprisonnement à vie lui-même n'est interdit ou déclaré contraire à la Convention. Ce qui est demandé, c'est que le cas des détenus purgeant une peine d'emprisonnement à vie soit régulièrement examiné afin d'établir s'ils peuvent être libérés, avec ou sans condition, et que cet examen devienne obligatoire et soit confié, si possible, à un tribunal ». Une peine à perpétuité n'est pas en soi contraire à la Convention s'il existe des possibilités de libération. Une peine perpétuelle incompressible violerait donc la Convention au sens de l'article 3. Dans l'affaire *Kafkaris contre Chypre*³⁰⁵ de 2008, la Cour estime qu'une peine n'est pas incompressible si elle est *de jure* et *de facto* compressible³⁰⁶. Dans cette affaire, le

³⁰² « Peine de mort : prohibition absolue en Europe et en Irak – « par ricochet » (CEDH, 2 mars 2010, Al Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni) », Combats pour les droits de l'homme (CPDH), 3 mars 2010, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/03/03/peine-de-mort-prohibition-absolue-en-europe-et-en-irak-par-ricochet-cedh-2-mars-2010-al-saadoon-et-mufdhi-c-royaume-uni/>, consulté le 25 mai 2016.

³⁰³ Manfred NOWAK, rapport, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Conseil des droits de l'homme, 14 juin 2009, paragraphe 47 : « Quoique l'interprétation systématique des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme n'ait à ce jour pas conduit les organes régionaux et universels de suivi des traités à appliquer la même interprétation dynamique du droit à l'intégrité personnelle et à la dignité humaine à la peine de mort, ce raisonnement juridique est de plus en plus mis à mal par les incohérences évidentes auxquelles donne lieu la distinction entre châtiments corporels et peine capitale et par la tendance universelle à l'abolition de la peine de mort ».

³⁰⁴ Cour EDH, 6 mai 1978, *Kotalla c. Pays-Bas*, n° 7994/77

³⁰⁵ Cour EDH, 12 décembre 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, [GC]

³⁰⁶ *Ibid*, paragraphe 98 : « Pour déterminer si dans un cas donné une peine perpétuelle peut passer pour incompressible, la Cour recherche si l'on peut dire qu'un détenu condamné à perpétuité a des chances d'être libéré. L'analyse de la jurisprudence de la Cour sur ce point révèle que là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition, il est satisfait aux exigences de l'article 3. C'est ainsi que, dans un certain nombre d'affaires, la Cour a estimé que s'il est possible d'examiner la question de la détention afin d'envisager la libération conditionnelle une fois purgée la période de sûreté de la peine, on ne peut dire que les détenus condamnés à perpétuité ont été privés de tout espoir d'élargissement. La Cour a conclu qu'il en était ainsi même en l'absence d'une période minimale de

requérant, reconnu coupable de trois assassinats, purge une peine de réclusion à perpétuité à Chypre. La Cour va estimer qu'en l'espèce il n'y avait pas violation de l'article 3³⁰⁷. Dans l'affaire *Vinter et autres contre Royaume-Uni*³⁰⁸, du 9 juillet 2013, la Cour va préciser ce qu'elle entend par peine compressible³⁰⁹. En l'espèce, les trois requérants ont été condamnés à la perpétuité réelle, par des juges britanniques, suite à des assassinats. La loi anglaise précise que le juge peut prononcer une peine de réclusion à perpétuité mais assortie d'un délai d'emprisonnement minimal. Exceptionnellement, le juge britannique peut prononcer une peine de réclusion infinie, sans limite. La révision de la perpétuité est alors à la discrétion des autorités. En l'espèce, la Cour estime qu'il n'y a pas violation de l'article 3, car le « mince espoir » d'un réexamen était présent³¹⁰.

Dans l'arrêt *Kudla contre Pologne*, du 26 octobre 2000, la Cour va plus loin dans son raisonnement en affirmant que « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis » (§94). En l'espèce, il s'agissait d'une détention provisoire d'une personne en dépression chronique, ayant tenté plusieurs fois de se suicider en prison.

Dans l'arrêt *A. et autre contre le Royaume-Uni* du 19 février 2009, la Cour semble faire entorse à son intransigeance caractéristique de l'article 3. Pour rappel, les onze requérants sont étrangers sur le sol britannique. Les autorités britanniques, suite aux attentats du 11 septembre 2001 ont estimé que le pays était exposé à un danger public menaçant la vie de la Nation. Une loi fut adoptée accordant un pouvoir de détention élargi vis-à-vis des étrangers sur le sol britannique. Une sorte de détention provisoire illimitée a donc été mise en place. Les requérants alléguaient que cette détention illimitée avait constitué un traitement inhumain et dégradant. La Cour ne va

détention sans condition et même lorsque la possibilité d'une libération conditionnelle des détenus purgeant une peine perpétuelle est limitée. Il s'ensuit qu'une peine perpétuelle ne devient pas « incompressible » par le seul fait qu'elle risque en pratique d'être purgée dans son intégralité. Il suffit aux fins de l'article 3 qu'elle soit de jure et de facto compressible ».

³⁰⁷ *Ibid*, paragraphe 106 : « la Cour considère que, même si le changement de la législation applicable et l'anéantissement des espérances de libération nourries par l'intéressé n'ont pas manqué de causer à celui-ci une certaine angoisse, les sentiments ainsi provoqués n'ont pas dans les circonstances atteint le degré de gravité voulu pour tomber sous le coup de l'article 3 ».

³⁰⁸ Cour EDH, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, [GC]

³⁰⁹ *Ibid*, paragraphe 119 : « en ce qui concerne les peines perpétuelles l'article 3 doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention ».

³¹⁰ *Ibid*, opinion concordante de M. le juge Mahoney, paragraphe 20.

pas leur donner raison. Bien que les constats médicaux et autres rapports aient établi que le régime de détention avait « provoqué des traumatismes chez tous les intéressés ou les avait exposés à un risque élevé de traumatisme et qu'il avait eu de graves conséquences pour les premier, cinquième, septième et dixième requérants » (§117), la Cour estime que les requérants n'ont pas été « privés de tout espoir ou perspective d'élargissement » (§131). La Cour estime que ce traitement n'a pas été inhumain ou dégradant, ce n'était donc pas une peine perpétuelle qui aurait pu violer l'article 3 de la Convention (§§ 134 et 136).

Dans le cadre d'une extradition de terroriste une peine perpétuelle peut donc poser question au sens de l'article 3. L'étude rapide de l'arrêt *Babar et autres contre Royaume-Uni*³¹¹ paraît appropriée. En l'espèce, les six requérants ont été inculpés pour terrorisme aux États-Unis. Les actes de terrorisme, dans l'affaire, prenaient différentes formes : soutien à des terroristes, prise d'otages, apologie du Jihad, participation au bombardement des ambassades américaines de Nairobi (Kenya) et Dar es Salaam (Tanzanie), meurtre,... Le gouvernement américain a demandé l'extradition de chacun des requérants, ces derniers séjournant au Royaume-Uni. Ils ont donc été arrêtés et placés sous « écrou extraditionnel » selon la procédure classique. Ils finissent par saisir la Cour en mettant l'accent sur les futures conditions de détention et la perpétuité de celle-ci. La Cour note que les requérants ont participé à des actes de terrorisme³¹², ce qui lui permet de dire qu'il n'y a pas de violation à l'article 3³¹³. La Cour se montre donc souple pour apprécier la validité d'une mesure d'extradition, pour cause de terrorisme, qui induirait une peine perpétuelle.

Pour autant, dans l'affaire *Trabelsi*³¹⁴, la Cour opère un revirement. En l'espèce, un terroriste extradé vers les États-Unis avait saisi la Cour en arguant du fait qu'il risquait une peine de prison à perpétuité, et ce, sans possibilité d'élargissement. La Cour va estimer qu'il y a bien eu violation de l'article 3, étant donné que la Belgique avait procédé à l'extradition et que le système procédural américain n'offrait pas les garanties nécessaires. Ainsi, « la Cour considère que la peine perpétuelle à laquelle le requérant pourrait se voir condamner ne peut être qualifiée de compressible aux fins de l'article 3 de la Convention » (§138).

Virginie Peletier fait un bilan de la pratique de la Cour : « en premier lieu, si l'article 3 ne s'oppose ni à l'infliction d'une peine perpétuelle ni à la possibilité qu'elle soit purgée dans son intégralité, il requiert malgré tout qu'elle ne soit ni *de jure* ni *de facto* incompressible, le détenu devant savoir, dès le début de l'exécution de sa peine, s'il peut nourrir l'espoir d'être libéré un

³¹¹ Cour EDH, 10 avril 2012, *Babar et autres c. Royaume Uni*, n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09

³¹² CEDH case of Babar Ahmad and others v. The United Kingdom, 10 avril 2012, paragraphe 243: « In this connection the Court observes that, while the offences with which these applicants are charged vary, all of them concern involvement in or support for terrorism ».

³¹³ *Ibid*, paragraphe 244 : « The Court does not find a mandatory life sentence would be grossly disproportionate for such offences ».

³¹⁴ Cour EDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, n° 140/10

jour. Plus précisément, sa situation doit pouvoir être soumise à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, du fait des progrès éventuellement accomplis au cours de l'exécution de sa peine, son maintien en détention se justifie toujours. En second lieu, l'éloignement d'un étranger est contraire à l'article 3 s'il emporte pour conséquence que le condamné court le risque d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant, qu'il s'agisse d'une expulsion ou d'une extradition, le mauvais traitement devant être considéré comme infligé, non par le pays de réception, mais par celui d'émission »³¹⁵. Ainsi, un terroriste sera traité de la même manière qu'un autre individu en cas d'éloignement.

§3. L'isolement carcéral et la compréhension du juge européen

Frédéric Sudre, actualisant sa constatation de 1999³¹⁶, estime à juste titre que « l'isolement absolu du détenu est prohibé par l'article 3 », tout en précisant que « la Cour européenne, suivant la jurisprudence de la Commission, distingue clairement entre l'exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale pour des motifs de sécurité, de discipline ou de protection, qui ne constitue pas en elle-même une peine ou un traitement inhumain, et l'isolement total (à la fois sensoriel et social) qui peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de sécurité ou toute autre raison »³¹⁷.

La Cour essaye de trouver un équilibre entre l'isolement exceptionnel et la dangerosité du détenu. Dans l'affaire *Sanchez Ramirez*³¹⁸, la Cour précise que : « la situation pénitentiaire du requérant est vraiment exceptionnelle et répond au caractère « hors norme » du détenu, connu au plan international pour ses actes de terrorisme, ce qui laisse penser qu'il pourrait perturber gravement la collectivité des détenus en faisant œuvre de prosélytisme, voire en fomentant un projet d'évasion » (§98). En l'espèce, le requérant Ramirez Sanchez, alias Carlos, a été condamné en France à la réclusion criminelle à perpétuité pour divers attentats commis en France dans les années soixante-dix. Avant même sa condamnation, il a été placé en détention provisoire. À partir de ce moment et pendant huit ans, il a été placé en isolement. Les mesures d'éloignement ont ainsi été prolongées par l'administration pénitentiaire de trois mois en trois mois. Le requérant a saisi la Cour en alléguant que son isolement violait l'article 3 de la Convention.

Comme le souligne la professeure Pierrette Poncela, « dans toutes les affaires portant sur un placement à l'isolement que la Cour européenne a eu à connaître et pour lesquelles elle a

³¹⁵ Virginie PELETIER, « Extradition et peine perpétuelle incompressible », *Droit pénal n° 11*, LexisNexis, 2014.

³¹⁶ Frédéric SUDRE, *Article 3, La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 171.

³¹⁷ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 487.

³¹⁸ Cour EDH, 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 9450/00, [GC]

conclu à une violation de l'article 3, les mauvaises conditions matérielles de détention justifiaient cette violation, éventuellement combinées avec d'autres éléments. Ce fut le cas pour des fouilles à corps non justifiées, une longue attente dans un couloir de la mort, le fait de raser les cheveux d'un détenu. Mais avec ou sans ces circonstances particulières, les traitements inhumains ou dégradants constatés résultent alors des conditions de détention, particulièrement mauvaises, sans qu'il soit besoin d'examiner la nature de l'isolement ou sa durée »³¹⁹. En l'espèce, ce n'est pas le cas. La Cour va ainsi constater que le requérant « ne saurait être considéré comme ayant été détenu en isolement sensoriel complet ou en isolement social total. Son isolement était partiel et relatif » (§135), après avoir jugé que « les conditions matérielles de détention des individus placés en isolement sur décision administrative étaient globalement acceptables » (§112). La Cour tient compte des arguments des autorités françaises³²⁰, ce qui lui permet de justifier l'isolement, bien que la Cour s'inquiète des effets sur le long terme de l'isolement sur le requérant³²¹. La Cour se permet d'ailleurs une certaine critique des justifications de prolongation de l'isolement : « il reste que les décisions de prolongation d'un isolement qui dure devraient être motivées de manière substantielle afin d'éviter tout risque d'arbitraire. Les décisions devraient ainsi permettre d'établir que les autorités ont procédé à un examen évolutif des circonstances, de la situation et de la conduite du détenu. Cette motivation devrait être, au fil du temps, de plus en plus approfondie et convaincante » (§139). La Cour a par ailleurs souligné qu'un « maintien à l'isolement, même relatif, ne saurait être imposé à un détenu indéfiniment » (§145). Il faut tout de même souligner l'existence de cinq opinions dissidentes estimant que le requérant a bien subi un traitement violant l'article 3 de la Convention³²².

On pourrait imaginer aisément une violation de l'article 3 de la Convention en cas d'extradition, si le terroriste avéré ou potentiel risquerait de subir un isolement sensoriel ou social

³¹⁹ Pierrette PONCELA, « Le placement à l'isolement des détenus, en marge de l'arrêt de Grande Chambre *Ramirez Sanchez c. France* du 4 juillet 2006 de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH n° 69*, janvier 2007, p. 251

³²⁰ Cour EDH, 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 9450/00, [GC], paragraphe 149 : « il convient également de tenir compte des préoccupations du Gouvernement selon lesquelles le requérant pourrait utiliser les communications à l'intérieur ou à l'extérieur de la prison pour reprendre contact avec des membres de son groupe terroriste ou tenter de faire du prosélytisme auprès des autres détenus et éventuellement préparer une évasion ».

³²¹ *Ibid*, paragraphe 150 : « Elle considère néanmoins en l'espèce que, compte tenu des conditions matérielles de sa détention, de son isolement « relatif », de la volonté des autorités de le placer dans des conditions de détention normales et de sa personnalité et de sa dangerosité, les conditions de détention du requérant n'ont pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention. Certes, la Cour est préoccupée, malgré les circonstances spécifiques de la présente affaire, par la durée particulièrement longue du placement du requérant au régime pénitentiaire de l'isolement, et elle a pris bonne note du fait que, depuis le 5 janvier 2006, il bénéficie d'un régime normal de détention, lequel, aux yeux de la Cour, ne devrait normalement plus être remis en cause à l'avenir ».

³²² *Ibid*, opinion dissidente du juge Casadevall, à laquelle déclarent se rallier les juges Rozakis, Tsatsa-Nikolovska, Fura-Sandström et Popovic : « Contrairement à la majorité, nous estimons que le requérant a fait l'objet d'un traitement prohibé par l'article 3 de la Convention, dans la mesure où il a été maintenu en isolement carcéral pendant une longue période de huit ans et deux mois et que cet isolement prolongé a atteint le seuil minimum de gravité requis pour constituer un traitement inhumain ».

total. L'isolement peut être une nécessité, surtout avec des terroristes, pour éviter une apologie du terrorisme ou d'autres formes de gangrène pouvant proliférer dans le milieu carcéral. Il faut tout de même rappeler que l'isolement se justifie quand ce genre d'individu est détenu dans des pénitenciers « normaux ». Des prisons de très haute sécurité comme il en existe aux États-Unis pallieraient, en partie, aux problèmes liés à l'isolement. S'il y a une absence de garanties³²³ permettant le respect de la dignité humaine, alors la Cour refusera sans aucun doute le transfert. Il faut tout de même souligner que la Cour va opter pour un contrôle, des peines et de leur condition d'exécution, se rapprochant de l'erreur manifeste d'appréciation. En effet, la Cour va constater une violation dans ce domaine lorsqu'elle se trouve face à une situation de « nette disproportion », chose rare³²⁴.

³²³ Il faut qu'un juge puisse statuer sur le bien-fondé de l'isolement, de même que l'opportunité de ce dernier doit pouvoir être examiné régulièrement. Enfin, les motifs de prolongation de l'isolement doivent être motivés convenablement.

³²⁴ Cour EDH, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, [GC], paragraphe 102 : « Selon l'arrêt de la chambre, toute peine nettement disproportionnée est contraire à l'article 3 de la Convention [...] il ne sera satisfait au critère de la nette disproportion que dans des cas rares et exceptionnels ».

Chapitre 2 : La grande fermeté de la Cour malgré une résistance étatique

La Cour va globalement se montrer intransigeante, dans ce domaine, à de rares exceptions près. Certaines pratiques post-11 septembre menées par les services secrets américains sur le sol européen, avec la complicité de certains pays membres du Conseil de l'Europe, sont glaçantes. La Cour va même faire évoluer sa jurisprudence vers plus de fermeté, allant jusqu'à examiner la validité des assurances diplomatiques (section 1). La Cour va user de la technique dite des mesures provisoires pour empêcher l'irréparable. C'est justement la problématique première en cas de mesure d'éloignement, le requérant risquant d'être rapidement en dehors de la juridiction d'un État partie au Conseil de l'Europe et donc membre de la Cour. La Cour va donc développer ces mesures malgré la défiance de certains États (section 2).

Section 1 : Le rejet de toute mise en balance de l'article 3 pour des raisons sécuritaires

Les extraditions secrètes sur le sol européen et la torture qui y a été commise, pour des services secrets non-européens démontrent à quel point l'État de Droit peut vaciller dès l'instant où la lutte antiterroriste entre en jeu. La paranoïa et la poussée du « tout sécuritaire » sont capables d'ébranler nos démocraties. La Cour a donc eu la lourde tâche de juger quelques affaires faisant honte à l'Europe (paragraphe 1). Les États, face au caractère absolu de l'interdiction de la torture sans cesse réaffirmée par la Cour (paragraphe 2), vont user de la technique des assurances diplomatiques. Ces dernières, censées être des garanties, font tout de même l'objet d'un contrôle rigoureux de la part de la Cour (paragraphe 3).

§1. Le cas particulier des opérations de « remises » secrètes

Jean-Pierre Marguénaud, professeur d'université, va faire une constatation cinglante et lucide concernant cette situation : « Le 11 septembre 2001 a bien failli faire perdre son âme à l'Europe des droits de l'homme »³²⁵. Il fait référence aux rapports de 2006 et 2007 du sénateur suisse Dick Marty, qui a été rapporteur pour le Conseil de l'Europe sur les cas de transferts illégaux

³²⁵ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Droits de l'homme, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (article 3) », *RSC*, 2008, p. 692.

et des détentions secrètes. L'un des titres de partie du rapport de 2006 est cinglant : « les droits de l'homme : une simple option pour le beau temps ? »³²⁶. En parcourant le rapport on se rend compte que, parmi les pays complices, la Pologne et la Roumanie sont les principaux fautifs. La présence de centres de détentions secrets où la pratique d'interrogatoires « renforcés » avait lieu est à signaler. Ainsi, « ces pays ont très directement aidé le 43^{ème} président des États Unis d'Amérique à mener la lutte contre le fléau du terrorisme international avec des moyens délibérément attentatoires aux droits intangibles de l'homme à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants. Ces dérives n'ont pas été empêchées par les Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme adoptées en 2002 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui, s'inspirant d'une formule puisée dans un arrêt antérieur au 11 septembre, l'arrêt Chahal c/ RU du 15 novembre 1996, avaient courageusement énoncé que le recours à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants était prohibé en termes absolus, en toutes circonstances, y compris à l'égard de personnes poursuivies ou condamnées pour des activités terroristes quels qu'aient été leurs agissements »³²⁷.

La première affaire est l'arrêt *El-Masri contre l'Ex-République yougoslave de Macédoine*³²⁸ de 2012. En l'espèce, le requérant allègue qu'il a été détenu au secret dans un hôtel dans l'état défendeur et a subi des traitements contraires à l'article 3 durant cette mise au secret³²⁹. À la suite d'une grève de la faim, il fut filmé où il devait affirmer avoir été bien traité. On l'informe de son retour en Allemagne, le pays où il habitait. Il sera emmené menotté et les yeux bandés à l'aéroport de Skopje. Toujours les yeux bandés et menotté il patientera un long moment avant qu'il soit violemment brutalisé (multiples coups, arrachage des sous-vêtements et introduction forcée de suppositoire). Il fut solidement attaché et emmené dans un avion qui était surveillé par des gardes macédoniens armés. Une fois qu'il eut respiré de l'anesthésiant il resta inconscient la majeure partie du vol le conduisant en Afghanistan. Son passeport fut tout de même tamponné d'une sortie de territoire macédonien ! Il fut détenu dans un cachot sordide durant plusieurs mois et interrogé de façon agressive par des agents de la CIA. L'affaire commença le 31 décembre avec sa séquestration macédonienne et se termina avec son retour en Allemagne le 29 mai 2004.

Pour la Cour, « il y a lieu de considérer que la responsabilité de l'État défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un État étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités » (§206). Le gouvernement défendeur ne justifie d'ailleurs aucune des exactions commises. Il n'a demandé aux autorités américaines aucune garantie pour que le requérant ne subisse pas de mauvais

³²⁶ Dick MARTY, « Allégation de détentions secrètes et de transferts illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe », *Commission des questions juridiques et des droits de l'homme*, 7 juin 2006, p. 3.

³²⁷ Jean-Pierre MARGUENAUD, *op. cit.*

³²⁸ Cour EDH, 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09

³²⁹ *Ibid*, paragraphe 18 : « Il demeura constamment sous la garde de trois hommes, même pendant son sommeil. Il fut interrogé à plusieurs reprises, en anglais, langue qu'il maîtrisait mal, tout au long de sa détention. [...] Lorsqu'un jour il déclara qu'il avait l'intention de partir, on lui pointa un pistolet sur la tête en menaçant de l'abattre. Alors qu'il était enfermé depuis sept jours, un autre agent arriva et lui proposa une transaction, lui promettant qu'il serait renvoyé en Allemagne s'il avouait qu'il était membre d'Al-Qaïda ».

traitements. La Cour va ainsi qualifier de torture les traitements subis par le requérant comme ayant été employés « cumulativement et avec préméditation dans le but d’infliger des douleurs ou souffrances aiguës pour obtenir des renseignements de l’intéressé, de le punir ou de l’intimider. Elle estime que pareil traitement doit être qualifié de torture, au sens de l’article 3 de la Convention » (§211). Surtout, la Cour cible clairement l’État défendeur, ce dernier devant être considéré comme « directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents ayant activement facilité le traitement litigieux puis s’étant abstenus de prendre pour l’empêcher les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause » (*Ibid*). La Cour conclut que les pratiques américaines violent manifestement la Convention et que le gouvernement défendeur a « sciemment exposé » le requérant à un risque réel de mauvais traitements et à des conditions de détention contraires à l’article 3 de la Convention (§220). La Cour estime donc qu’il y a violation de l’article 3. Ainsi, comme le remarque Frédéric Sudre, « la Cour étend sa jurisprudence *Soering* à une mesure de remise extraordinaire »³³⁰. La Cour ayant défini cette notion dans l’arrêt *Babar et autres contre Royaume-Uni* : « transfert extrajudiciaire d’une personne de la juridiction ou du territoire d’un État à ceux d’un autre État, à des fins de détention et d’interrogatoire en dehors du système juridique ordinaire, la mesure impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (§221).

Deux affaires méritent d’être analysées conjointement : *Al Nashiri contre Pologne*³³¹ et *Husayn (Abu Zubaydah) contre Pologne*³³², toutes deux du 24 juillet 2014. Les faits sont « accablants tant pour la Pologne que pour les États-Unis »³³³. Ces affaires posent les mêmes questions de principe. Il est à noter que la Pologne a fait son possible pour ralentir les enquêtes³³⁴. En l’espèce, le premier requérant est saoudien et le deuxième est un palestinien apatride. Les deux requérants sont suspectés d’être des terroristes. Monsieur Al Nashiri comme suspect de l’attentat sur un navire militaire américain. Monsieur Husayn était suspecté d’être un membre d’Al-Quaïda et d’avoir joué un rôle dans les attentats du 11 septembre 2001. Monsieur Al Nashiri

³³⁰ Frédéric SUDRE, Chronique, « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme », *La Semaine Juridique Edition Générale n° 3*, 14 janvier 2013, paragraphe 6.

³³¹ Cour EDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11

³³² Cour EDH, 24 juillet 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13

³³³ Frédéric SUDRE, « Complicité de la Pologne dans la pratique de la torture de la CIA », *La Semaine Juridique Edition Générale n°37*, 8 septembre 2014.

³³⁴ Cour EDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, paragraphe 375 : « Given the exceptional difficulties involved in the obtaining of evidence by the Court owing to the high secrecy of the US rendition operations, the limitations on the applicant’s contact with the outside world, including his lawyers, and his inability to give any direct account of the events complained of, those documents were also important for the examination of his complaints under other provisions of the Convention. The Polish Government have had access to information capable of elucidating the facts as submitted in the application. Their failure to submit information in their possession must, therefore, be seen as hindering the Court’s tasks under Article 38 of the Convention. On these grounds, the Court is entitled to draw inferences from the Polish Government’s conduct in the present case ». Cour EDH, 24 juillet 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13, paragraphe 481 : « The Court has already found that, in view of the Government’s unjustified failure to produce the necessary information from the investigation in the present case, it is entitled to draw inferences from their conduct in respect of the well-foundedness of the applicant’s allegations ».

soutenait avoir été victime d'un enlèvement aux Émirats Arabe Unis en octobre 2002. Après un séjour dans des établissements secrets de la CIA en Afghanistan et en Thaïlande, il a été transféré en Pologne en décembre 2002. Il fut finalement transféré via le Maroc à la base militaire de Guantanamo. L'autre requérant a été enlevé au Pakistan en mars 2002, pour être déplacé dans un centre secret en Thaïlande. Il sera transféré en Pologne dans le même avion que monsieur Al Nashiri en décembre 2002. Les deux requérants se plaignent de torture et d'autres mauvais traitements durant leur détention, par les autorités américaines. On peut donc rejoindre les constatations de Fehima Issa : « dans leur parallélisme, les deux affaires sont emblématiques du système des vols clandestins et des centres de détention secrète de la CIA, avec des complicités disparates, déjà mises en lumière par les rapports de Dick Marty pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe »³³⁵. La Cour va conclure à la violation de l'article 3, les requérants ayant été victimes de torture³³⁶ en Pologne³³⁷. Cette dernière étant responsable de la violation³³⁸. Ces deux arrêts sont important mais « ce qui empêche sans doute ces deux arrêts de constituer de « grands arrêts », à la suite du précédent de l'affaire El-Masri contre Ex-République yougoslave de Macédoine, c'est la grande confusion dans les sources de référence. Manifestement la chambre a été débordée par les faits et les arguments et se contente trop souvent d'un copier-coller approximatif »³³⁹. Il est vrai que les deux arrêts sont très longs, 213 pages pour l'affaire *Husayn* et 218 pour l'affaire *Al Nashiri*.

³³⁵ Fehima ISSA, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2014) », *Journal du droit international* (Clunet) n°4, octobre 2015, paragraphe 4.

³³⁶ Cour EDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, paragraphe 515 : « All the measures were applied in a premeditated and organised manner, on the basis of a formalised, clinical procedure, setting out a “wide range of legally sanctioned techniques” and specifically designed to elicit information or confessions or to obtain intelligence from captured terrorist suspects. Those – explicitly declared – aims were, most notably, “to psychologically ‘dislocate’ the detainee, maximize his feeling of vulnerability and helplessness, and reduce or eliminate his will to resist ... efforts to obtain critical intelligence”; “to persuade High-Value Detainees to provide threat information and terrorist intelligence in a timely manner”; “to create a state of learned helplessness and dependence”; and their underlying concept was “using both physical and psychological pressures in a comprehensive, systematic and cumulative manner to influence [a High-Value Detainee’s] behaviour, to overcome a detainee’s resistance posture” ».

³³⁷ *Ibid*, paragraphe 516 : « In view of the foregoing, the Court concludes that the treatment to which the applicant was subjected by the CIA during his detention in Poland at the relevant time amounted to torture within the meaning of Article 3 of the Convention ». Cour EDH, 24 juillet 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13, paragraphe 511 : « In any event, both caused deep fear, anxiety and distress arising from the past experience of inhuman and degrading treatment in the hands of the interrogators, inhuman conditions of detention and disorientation of a detainee ».

³³⁸ *Ibid*, paragraphe 518 : « Poland was aware that the transfer of the applicant to and from its territory was affected by means of “extraordinary rendition” [...] Consequently, by enabling the CIA to transfer the applicant to its other secret detention facilities, the Polish authorities exposed him to a foreseeable serious risk of further ill-treatment and conditions of detention in breach of Article 3 of the Convention ». Cour EDH, 24 juillet 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13, paragraphe 513 : « Consequently, by enabling the CIA to transfer the applicant to its other secret detention facilities, the Polish authorities exposed him to a foreseeable serious risk of further ill-treatment and conditions of detention in breach of Article 3 of the Convention ».

³³⁹ Fehima ISSA, *op. cit.*

Très récemment, le 23 février 2016, la Cour s'est prononcée sur une autre affaire similaire : l'arrêt *Nasr et Ghali contre Italie*. En l'espèce, le requérant égyptien vivait en Italie, sous le statut de réfugié politique. En février 2003, il fut enlevé en pleine rue et emmené à la base des Forces aériennes américaines en Europe. De là, il fut transféré par avion en Égypte. Il fut détenu dans des conditions misérables et mis au secret par les services de renseignement égyptiens. Durant les multiples interrogatoires, le requérant fut brutalisé et torturé. Il fut libéré en avril 2004 avec interdiction de quitter le sol égyptien et de parler de sa détention à quiconque. Il passa outre les ordres et informa sa femme, tout en envoyant un mémoire au parquet de Milan. Il fut à nouveau arrêté quelques jours plus tard, puis relâché en février 2007. Sa femme, dès son enlèvement, avait signalé sa disparition. Les enquêteurs italiens démontrèrent l'implication du chef de la CIA à Milan et d'une dizaine de citoyens américains. Mais l'enquête révéla également la participation des services secrets italiens. C'est finalement, plus d'une vingtaine d'agents de la CIA qui furent condamnés par contumace pour l'enlèvement du requérant. Plusieurs agents des services secrets italiens furent condamnés. Mais cette condamnation fut annulée par la Cour de cassation... La justice italienne avait accordé des dommages et intérêts à hauteur d'un million et demie d'euros pour le couple. Cette somme n'avait toujours pas été versée au moment où la Cour européenne se prononçait. Monsieur Nasr se plaint devant la Cour de son enlèvement avec la complicité des autorités italiennes et de ses mauvais traitements qui en ont résulté.

En comparaison des deux affaires précédentes, la Cour peut s'appuyer sur le travail de la justice italienne qui avait ordonné des enquêtes³⁴⁰. La Cour va estimer que le fait que l'État italien ait refusé de communiquer certaines informations à la justice, pour cause de secret d'État, n'avait comme objectif que de protéger les agents des services secrets³⁴¹. En ce qui concerne les traitements inhumains et dégradants, la Cour estime là encore, que les traitements subis, suite à la remise extraordinaire, devaient être qualifiés de torture. La responsabilité italienne ne fait aucun doute, puisqu'il était « prévisible pour les autorités italiennes, qui collaboraient avec les agents de la CIA, que l'enlèvement du requérant par la CIA soit le prélude à de mauvais traitements prohibés par l'article 3 [...] En laissant la CIA opérer le transfert du requérant hors de leur territoire, les autorités italiennes l'ont exposé à un risque sérieux et prévisible de mauvais traitements et de conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention » (§288). La Cour réemploie la même expression que dans les autres arrêts, l'État ayant « sciemment » livré le requérant à un risque réel de traitement contraire à l'article 3 (§290). Elle note également que l'Italie n'avait pas jugé utile de demander des garanties aux États-Unis, quant au traitement du requérant. L'Italie a donc bien violé la Convention en agissant pour le compte des autorités américaines (§291).

³⁴⁰ Cour EDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, paragraphe 265 : « les juridictions nationales en l'espèce ont mené une enquête approfondie qui leur a permis de reconstituer les faits. Elle rend hommage au travail des juges nationaux qui ont tout mis en œuvre pour tenter d'établir la vérité ».

³⁴¹ *Ibid*, paragraphe 268 : « la Cour estime que la décision du pouvoir exécutif d'appliquer le secret d'État à des informations, qui étaient déjà amplement connues du public a eu pour effet d'éviter la condamnation des agents du SISMI ».

Il y a encore deux requêtes pendantes ayant trait à ces violations gravissimes de la Convention. La requête n°33234/12 *Al Nashiri contre Roumanie*, déposée le 18 septembre 2012 et la requête n° 46454/11 *Abu Zubaydah contre Lituanie* déposée le 14 décembre 2012. Le requérant de la première requête est le même que dans l'affaire *Al Nashiri contre Pologne*. Il allègue le fait que la Roumanie connaissait le programme secret de la CIA et qu'il a été détenu dans un site secret dans ce pays également. Sa détention aurait été accompagnée de torture et de traitements inhumains et dégradants. La Roumanie semble ne pas vouloir admettre ses allégations. Dans la seconde requête c'est également le même requérant que dans l'affaire *Husayn (Abu Zubaydah) contre Pologne*. Il soutient qu'il a été détenu et, là encore, soumis à des traitements contraires à l'article 3, dans un lieu de détention secret de la CIA en Lituanie. La lenteur de la procédure, pour ce genre de faits dramatiques et plus que vraisemblables, est critiquable.

§2. L'accentuation du caractère absolu de l'article 3 malgré la pression étatique

L'arrêt *Soering* pouvait laisser croire que la Cour opérerait un contrôle de proportionnalité de la mesure d'éloignement, en regardant la dangerosité de la personne et les mauvais traitements qu'elle risquerait de subir. En effet, le paragraphe 89 de l'arrêt était pour le moins explicite : « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention ». Elle ajoute que « les voyages de par le monde devenant plus faciles et la criminalité prenant une plus grande ampleur internationale, toutes les nations ont un intérêt croissant à voir traduire en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger. Inversement, la création de havres de sécurité pour fugitifs ne comporterait pas seulement des dangers pour l'État tenu d'abriter la personne protégée : elle tendrait également à saper les fondements de l'extradition ». Elle conclut sans équivoque : « ces considérations doivent figurer parmi les éléments à prendre en compte pour interpréter et appliquer, en matière d'extradition, les notions de peine ou traitement inhumain ou dégradant ».

Certains États, comme le Royaume-Uni, ont donc voulu exploiter la porte entrouverte par la Cour, pour justifier un éloignement de terroriste, peu importe la situation l'attendant dans le pays de destination. Ce sera le cas dans l'arrêt *Chahal contre Royaume-Uni* du 15 novembre 1999. Le Royaume-Uni a justement basé son argumentation sur la position dans l'affaire *Soering*³⁴².

³⁴² Cour EDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 2414/93, [GC], paragraphe 76 : « A cet égard, il [le gouvernement britannique] affirme en premier lieu que les garanties prévues à l'article 3 ne revêtent pas un caractère absolu lorsqu'un État contractant a l'intention d'expulser un individu de son territoire. [...] Ainsi, l'article 3 comporterait une restriction implicite permettant à un État contractant d'expulser un individu vers un pays, même

Pour rappel, le requérant est indien. Il risque d'être expulsé car soupçonné d'avoir participé à des préparatifs visant à l'assassinat du premier ministre indien. L'éloignement est décidé car la présence du requérant est jugée contraire « au bien public pour des raisons de sécurité nationale et d'autres motifs politiques, à savoir la lutte internationale contre le terrorisme » (§25). Il risque de subir des traitements contraires à l'article 3 en Inde, étant considéré comme un terroriste. Se pose donc la question de savoir si des restrictions peuvent être apportées à l'interdiction absolue à la prohibition de la torture dans un contexte de lutte contre le terrorisme.

La Cour va refuser de moduler les garanties de l'article 3. Ainsi, les juges européens rejettent avec force les arguments du Royaume-Uni, bien que comprenant les difficultés que les États rencontrent pour protéger leur population contre le terrorisme, la Cour se montre ainsi inflexible³⁴³. Elle rappelle, à juste titre, que l'article 3 « ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger menaçant la vie de la nation » (§79). La Cour va écarter l'argument ayant trait aux textes internationaux avancé par les autorités britanniques : la protection de l'article 3 est, tout simplement, « plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations-Unies de 1951 relative au statut des réfugiés » (§80). Monsieur Chahal risquant de devenir « la cible privilégiée » (§106) des forces gouvernementales qui ont réprimé les militants sikhs, la Cour estime donc qu'il y aurait bien violation de l'article 3 si le Royaume-Uni expulsait le requérant. Les juges européens rappellent sèchement, et ce dans plusieurs paragraphes, que, quels que soient « les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte » (§§79 et 80). Comme le conclut Frédéric Sudre, la Cour refuse de « mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués

en cas de risque réel de mauvais traitements, lorsque cette expulsion est nécessaire pour protéger la sécurité nationale. Le Gouvernement s'appuie à cet égard tout d'abord sur la possibilité d'invoquer des restrictions implicites, admises par la Cour dans sa jurisprudence, notamment aux paragraphes 88 et 89 de l'arrêt Soering précité. Il se réclame en outre du principe de droit international voulant que le droit d'un étranger à l'asile soit soumis à des limitations, comme celles contenues, notamment, aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations unies de 1951 relative au statut des réfugiés. [...] le Gouvernement affirme que la menace qu'un individu représente pour la sécurité nationale de l'État contractant constitue un facteur à mettre en balance sous l'angle de l'article 3 (art. 3). Cette approche tient compte du fait que le risque de mauvais traitements connaît différents degrés. Plus ce risque est élevé, moins on accordera d'importance à la menace pour la sécurité nationale. Cependant, si l'existence d'un tel risque est sérieusement mise en doute, la menace pour la sécurité nationale peut peser d'un grand poids lorsqu'il s'agit de ménager un juste équilibre entre l'intérêt général de la communauté et la sauvegarde des droits de l'individu. Tel serait le cas en l'espèce: on peut à tout le moins sérieusement se demander si le risque de mauvais traitements se concrétisera; c'est pourquoi la menace que M. Chahal constituerait pour la sécurité du Royaume-Uni justifierait de l'expulser ».

³⁴³ *Ibid*, paragraphe 79 : « La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les États pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime ».

pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité d'un État est engagée sur le terrain de l'article 3, ces mauvais traitements fussent-ils le fait d'un État tiers »³⁴⁴.

La position de la Cour est loin de faire l'unanimité au sein des juges, puisque la décision est prise par douze voix contre sept. Ces sept juges sont du même avis que le gouvernement britannique³⁴⁵. Comme le remarque Athanasia Petropoulou : « étant donné l'importance de l'affaire, cette forte dissidence dans ce domaine allait conforter la thèse de certaines administrations nationales, qui revendiquaient un réajustement de l'approche de la Cour aux nouvelles données en matière de terrorisme »³⁴⁶. Le Royaume-Uni, lors de sa présidence du Conseil de l'Union européenne a appelé, dans un discours, la Cour européenne à infléchir sa position en raison de la menace terroriste. Le discours du ministre de l'Intérieur britannique du 7 septembre 2005, devant le Parlement européen, comme le remarque Hanspeter Mock, surprend moins par les propos que par l'absence de réaction qu'ils ont suscitée³⁴⁷.

C'est dans ce contexte que la Cour a réaffirmé le caractère absolu de la protection accordée à l'article 3 dans l'affaire *Saadi contre Italie* du 28 février 2008. En l'espèce, le requérant tunisien et vivant en Italie (grâce à un titre de séjour) était soupçonné de terrorisme international.

³⁴⁴ Frédéric SUDRE, Chronique, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 30, 23 juillet 2008, paragraphe 6

³⁴⁵ Cour EDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 2414/93, [GC], Opinion partiellement dissidente commune à M. Gölcüklü, M. Matscher, Sir John Freeland, M. Baka, M. Mifsud Bonnici, M. Gotchev et M. Levits, juges, paragraphe 1 : « Nous pensons comme la majorité que des considérations de sécurité nationale ne sauraient être invoquées pour justifier des mauvais traitements de la part d'un État contractant à l'intérieur de sa juridiction; la protection prévue à l'article 3 (art. 3) est en ce sens absolue. Selon nous, cependant, la situation est différente lorsque, comme en l'occurrence, seule l'application extraterritoriale (ou indirecte) de l'article (art. 3) est en jeu. En ce cas, un État contractant envisageant d'expulser une personne de son territoire vers celui d'un autre État peut légitimement mettre en balance, d'une part, la nature de la menace que cette personne représenterait pour la sécurité nationale si elle restait dans ce pays et, d'autre part, la gravité du risque potentiel de mauvais traitements qu'elle courrait dans le pays de destination. Lorsque des éléments prouvent qu'il existe des doutes sérieux quant à la probabilité que ces risques de mauvais traitements se matérialisent, la menace pour la sécurité nationale peut peser d'un grand poids dans la balance. De même, plus le risque de mauvais traitements est élevé, moins il convient d'accorder d'importance à la menace pour la sécurité nationale ».

³⁴⁶ Athanasia PETROPOULOU, *op. cit.*, p. 414.

³⁴⁷ Hanspeter MOCK, « Guerre contre le terrorisme et droits de l'homme, réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme intitulé « l'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », *RTDH* n° 65, janvier 2006, p. 32-33 : « Je tiens à préciser, au nom du gouvernement britannique, que nous pensons qu'il est nécessaire d'examiner très soigneusement la manière dont la jurisprudence autour de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme se développe. [...] affaiblis. Mais je pense que, tout en développant ces droits de l'homme, il est vraiment nécessaire de parvenir à un équilibre entre des droits très importants pour les individus et le droit collectif à la sécurité contre ceux qui nous attaquent par le biais de la violence terroriste. Notre renforcement des droits de l'homme doit tenir compte d'une vérité que nous devons tous accepter, à savoir que le droit à être protégé contre la torture et les mauvais traitements doit être considéré conjointement avec le droit à être protégé contre la mort et la destruction engendrées par un terrorisme aveugle, parfois causé, organisé ou fomenté par des ressortissants de pays extérieurs à l'Union européenne. [...] Mon Gouvernement considère que cet équilibre n'est pas atteint compte tenu des circonstances auxquelles nous devons faire face actuellement, circonstances très différentes de celles qu'ont connues les pères fondateurs de la Convention européenne des droits de l'homme, et qu'il doit être étudié de très près dans ce contexte ».

Il fut finalement condamné pour participation à une association de malfaiteurs le 9 mai 2005. Le 11 mai 2005, le tribunal militaire de Tunis a condamné le requérant, par contumace, à 20 ans d'emprisonnement pour incitation au terrorisme et appartenance à une organisation terroriste. En 2006, les autorités italiennes ordonnèrent l'expulsion du requérant vers la Tunisie. Ce dernier fut placé en détention dans l'attente de son expulsion du fait de sa dangerosité : le ministre des affaires étrangères estimant qu'il avait joué un rôle actif pour aider des réseaux intégristes islamistes. Le requérant argue du fait que son expulsion vers la Tunisie l'exposerait au risque de subir des traitements inhumains et dégradants, de même que la torture. Là encore le gouvernement britannique, cette fois en tant que tiers intervenant, va argumenter sur la nécessaire inflexion de la Cour face au danger du terrorisme : tout d'abord, « la menace constituée par la personne à expulser doit être un facteur à évaluer par rapport à la possibilité et à la nature du mauvais traitement potentiel » et « les considérations relatives à la sécurité nationale doivent influencer sur le critère de preuve auquel le requérant doit satisfaire » (§122). Le gouvernement du Royaume-Uni ne mâche pas ses mots, en effet, pour lui « l'approche suivie par la Cour dans l'affaire *Chahal* (qui ne reflète pas un impératif moral universellement reconnu et est en contradiction avec les intentions des premiers signataires de la Convention) doit être modifiée et clarifiée » (*Ibid*). Pour le Royaume-Uni, le requérant doit ainsi « prouver qu'il est « plus probable qu'improbable » (more likely than not) qu'il sera soumis à des traitements interdits par l'article 3 » (*Ibid*).

La Cour considère que l'argument du Royaume-Uni, tenant à la mise en balance de la dangerosité que représente la personne et du risque qu'elle subisse des mauvais traitements en cas d'éloignement, « repose sur une conception erronée ». En effet, « le risque et la dangerosité ne se prêtent pas dans ce contexte à un exercice de mise en balance car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées indépendamment l'une de l'autre. En effet, soit les éléments de preuve soumis à la Cour montrent qu'il existe un risque substantiel si la personne est renvoyée, soit ce n'est pas le cas. La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée, ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements, si elle est refoulée » (§139). La Cour va donc également répondre à l'argumentation liée aux preuves que doit fournir le requérant : « il serait incorrect d'exiger, comme le préconise le tiers intervenant, un critère de preuve plus strict lorsque la personne est jugée représenter un grave danger pour la collectivité, puisque l'évaluation du niveau de risque est indépendante d'une telle appréciation » (*Ibid*). À la différence de l'arrêt *Chahal*, la Cour déclare à l'unanimité, qu'il y aurait violation de l'article 3 en cas d'expulsion du requérant. La Cour affirme donc avec une grande force le caractère absolu des protections de l'article 3. Certaines opinions concordantes vont répondre très sèchement à l'argumentation du Royaume-Uni, à commencer par le juge Zupancic³⁴⁸. Les juges Myjer et Zagrebelsky, vont également marteler cette vérité que le

³⁴⁸ Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, opinion concordante du juge Zupancic, paragraphe 2 : « J'approuve totalement le paragraphe 139 de l'arrêt, où la majorité déclare qu'il n'y a tout simplement aucune équivalence entre la « menace grave pour la collectivité », d'une part, et « le risque [que la personne] subisse des

Royaume-Uni semble oublier : « la défense des droits de l’homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avant tout une question de défense de nos valeurs, même à l’égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire. Il n’y a rien de plus contre-productif que de combattre le feu par le feu, de donner aux terroristes le prétexte idéal pour se transformer en martyrs et pour accuser les démocraties d’user de deux poids, deux mesures. Pareille conduite ne servirait qu’à créer un terrain favorable à une radicalisation encore plus forte et au recrutement de futurs terroristes »³⁴⁹.

Cependant certains États, le Royaume-Uni en tête, ont conservé l’espoir de vouloir faire changer la Cour de cap en la matière. Force est de constater que « les pressions régulières des États n’ont finalement pas fait mouche »³⁵⁰.

§3. Le contrôle rigoureux des assurances diplomatiques

« La pratique des assurances diplomatiques n’est pas une question nouvelle dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. [...] Néanmoins, comme il était prévisible après le 11 septembre le recours à ce type d’accord bilatéraux, n’étant pas le plus souvent juridiquement contraignants et consistant à de simples promesses, a été généralisé »³⁵¹. Les assurances diplomatiques peuvent prendre diverses formes écrites, voire être orales. Elles font l’objet de critique de la part de nombreuses ONG. Le Rapporteur pour la Commission des droits de l’homme, en 2005, était également critique : « Les assurances diplomatiques ne sont pas juridiquement contraignantes. On ne voit donc pas pourquoi des États qui violent des obligations contraignantes découlant du droit international conventionnel et coutumier respecteraient des assurances non contraignantes. Une autre question importante à ce sujet est de savoir si l’autorité qui donne les assurances a le pouvoir de les imposer à ses propres forces de sécurité »³⁵².

mauvais traitements si elle est refoulée », d’autre part. La logique policière avancée par l’État contractant intervenant ne tient tout simplement pas la route. La question de la dangerosité de la personne à expulser pour le pays qui expulse n’a pas le moindre rapport immédiat avec le danger que cette personne pourrait courir si elle était effectivement expulsée. Il y a bien entendu des cas où un terroriste confirmé ou notoire se verra infliger pour cette raison une peine plus lourde dans le pays, généralement non signataire de la Convention, vers lequel il est expulsé. Cependant, le fait que ces deux catégories se chevauchent ne prouve en soi nullement qu’il y ait une équivalence entre elles. Il est en revanche intellectuellement malhonnête de suggérer que les affaires d’expulsion exigent un faible niveau de preuve simplement parce que la personne est notoirement dangereuse. D’un point de vue politique, il est clair que l’État qui expulse sera en ce cas plus désireux d’expulser. L’intérêt d’une partie ne constitue toutefois pas une preuve de son bon droit. L’esprit de la Convention va précisément dans le sens contraire, c’est-à-dire que la Convention est conçue pour bloquer de tels court-circuits logiques et protéger l’individu de l’« intérêt » sans frein de l’exécutif ou même parfois du pouvoir législatif de l’État ».

³⁴⁹ *Ibid*, opinion concordante du juge Myjer, à laquelle se rallie le juge Zagrebelsky.

³⁵⁰ Mustapha AFROUKH et Hélène HURPY, *op. cit.*

³⁵¹ Athanasia PETROPOULOU, *op. cit.*, p. 419.

³⁵² Manfred NOWAK, « Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture », *Commission des droits de l’homme*, 23 décembre 2005, §. 31 (d).

La Cour va donc contrôler ces assurances, plus précisément la vraisemblance de la garantie posée par l'État de destination. Un État torturant régulièrement n'aura pas un grand crédit auprès de la Cour. La Cour va se prononcer pour la première fois, sur lesdites assurances, dans l'arrêt *Chahal contre Royaume-Uni*. Les autorités indiennes ont transmis des assurances au gouvernement britannique : « Nous avons pris note de votre requête visant à recevoir des assurances formelles garantissant que, si M. Karamjit Singh Chahal doit être expulsé vers l'Inde, il jouira de la même protection juridique que tout autre citoyen indien et qu'il n'a aucune raison de craindre de se voir infliger des mauvais traitements d'aucune sorte par les autorités indiennes. J'ai l'honneur de confirmer que tel est bien le cas » (§37). Le gouvernement britannique soutient que « le gouvernement indien sera assez habile pour veiller à ce que le requérant ne subisse aucun mauvais traitement, sachant que tous les regards seront braqués sur lui » (§92). La Cour, après examen de divers rapports, ne met pas en doute l'honnêteté de l'Inde à propos de ses assurances mais « il semblerait que, malgré les efforts déployés par celui-ci, la NHRC et les tribunaux indiens pour introduire une réforme, les violations des droits de l'homme perpétrées au Pendjab et dans d'autres régions indiennes par certains des membres des forces de sécurité constituent un problème persistant et difficile à résoudre » (§105). Ainsi, la Cour conclut que les assurances fournies ne constituent pas une garantie suffisante vis-à-vis du requérant pour sa sécurité. Plusieurs juges, dans une opinion partiellement dissidente commune, ont estimé, tout comme le gouvernement britannique, qu'il n'y avait pas de risque de violation des assurances indiennes par les autorités indiennes elles-mêmes en raison de l'attention médiatique sur le requérant³⁵³.

Dans l'arrêt *Saadi contre Italie*, la Cour va réaffirmer son pouvoir de contrôle sur assurances diplomatiques. En l'espèce, le gouvernement tunisien avait refusé de répondre favorablement aux assurances voulues par l'Italie : « le gouvernement tunisien confirme sa disposition à accepter le transfert en Tunisie de détenus tunisiens à l'étranger une fois leur identité confirmée et ce dans le cadre du strict respect de la législation nationale en vigueur et sous la seule garantie des lois tunisiennes pertinentes » (§54). La Cour va rappeler, en faisant référence à l'affaire Chahal, que « même si, contrairement à ce qui s'est produit en l'espèce, les autorités tunisiennes avaient donné les assurances diplomatiques sollicitées par l'Italie, cela n'aurait pas dispensé la Cour d'examiner si de telles assurances fournissaient, dans leur application effective, une garantie suffisante quant à la protection du requérant contre le risque de traitements interdits par la Convention. Le poids à accorder aux assurances émanant de l'État de destination dépend en effet, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée » (§148).

³⁵³ Cour EDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 2414/93, [GC], Opinion partiellement dissidente commune à M. Golcükülü, M. Matscher, Sir John Freeland, M. Baka, M. Mifsud Bonnici, M. Gotchev et M. Levit, juges, paragraphe 8 : « L'on peut cependant affirmer avec tout autant, sinon plus, de force que sa notoriété lui conférerait un surcroît de protection. Compte tenu des assurances fournies par le gouvernement indien et du tollé national et international qui ne saurait manquer de s'élever s'il lui arrivait malheur, il y a de très fortes raisons de penser que s'il se comporte en Inde comme un citoyen respectueux des lois, il sera traité en tant que tel. Il est fort probable que l'existence ou l'étendue de toute menace potentielle pesant sur lui dépende pour une large part de son propre comportement à venir ».

Dans l'arrêt *Othman (Abu Qatada) contre Royaume-Uni*³⁵⁴, du 17 janvier 2012, la Cour va expliciter sa méthode d'analyse des assurances. En l'espèce, le requérant, Abu Qatada, avait fui la Jordanie, son pays d'origine, pour le Pakistan. Il s'était ensuite réfugié au Royaume-Uni où il obtient le statut de réfugié. En raison de soupçons d'activités terroristes, les autorités britanniques ont décidé d'extrader le requérant vers la Jordanie. Ce pays et le Royaume-Uni se mirent d'accord sur un mémorandum d'entente³⁵⁵. La Cour va examiner « d'une part la situation générale en matière de droits de l'homme dans le pays et d'autre part les éléments propres au cas du requérant. Lorsque l'État d'accueil a fourni des assurances, celles-ci constituent un facteur pertinent supplémentaire dont elle tient compte » (§187). Toutefois, lesdites assurances ne sont pas « suffisantes pour garantir une protection satisfaisante contre le risque de mauvais traitements : il faut absolument vérifier qu'elles prévoient, dans leur application pratique, une garantie suffisante que le requérant sera protégé contre le risque de mauvais traitements » (*Ibid*). Elle va également rappeler que « le poids à leur accorder dépend, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée » (*Ibid*) en faisant référence à l'affaire Saadi.

Les juges européens vont donc examiner la réalité des assurances diplomatiques en s'intéressant à la qualité de ces dernières puis à leur fiabilité, en les confrontant à la situation générale ayant cours dans le pays. Ainsi, elle tient compte du caractère « soit précis, soit général et vague des assurances » ou quel est « l'auteur des assurances et sa capacité ou non à engager l'État d'accueil » (§189). La Cour va véritablement décortiquer les assurances produites par l'État de destination. En l'espèce, la Cour constate, via différents rapports internationaux, que la torture est courante dans les prisons jordaniennes. Ainsi, en l'absence d'assurances le requérant serait vraisemblablement victime de torture. La Cour va faire remarquer que les autorités britanniques et jordaniennes « se sont véritablement efforcées, l'une d'obtenir, l'autre de fournir des assurances transparentes et détaillées garantissant que le requérant ne soit pas maltraité à son retour en Jordanie » (§194). Elle va d'ailleurs se montrer particulièrement satisfaite que « le produit de cette démarche, à savoir le mémorandum d'entente, est supérieur tant dans ses

³⁵⁴ Cour EDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abou Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09

³⁵⁵ « 1. Si l'individu renvoyé est arrêté ou détenu à son retour, il bénéficie de conditions d'hébergement et de nourriture décentes ainsi que d'un traitement médical satisfaisant, et il est traité de manière correcte et humaine, conformément aux normes internationalement reconnues.

2. L'individu renvoyé qui est arrêté ou détenu est amené sans délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer la puissance judiciaire afin qu'il puisse être statué sur la régularité de sa détention.

3. L'individu renvoyé qui est arrêté ou détenu est informé sans délai par les autorités de l'État d'accueil des motifs de son arrestation ou de sa détention ainsi que de toute charge retenue contre lui.

4. Si l'individu renvoyé est arrêté ou détenu dans les trois années suivant son retour, il lui est garanti le droit de prendre contact avec le représentant d'un organe indépendant désigné conjointement par les autorités britanniques et jordaniennes et de recevoir des visites promptes et régulières de ce représentant. Ces visites sont autorisées au moins une fois par quinzaine, et ce, que l'individu renvoyé ait ou non été déclaré coupable d'une infraction, et elles comprennent la possibilité pour le représentant de s'entretenir avec l'individu renvoyé en privé. L'organe désigné rend un rapport de ses visites aux autorités de l'État de départ de l'individu.

5. A moins que l'individu renvoyé ne soit arrêté ou détenu, l'État d'accueil n'entrave, ne limite, ne restreint ou n'empêche d'aucune autre manière l'accès dudit individu aux postes consulaires de l'État de départ pendant les heures normales d'ouverture. Toutefois, l'État d'accueil n'est pas tenu de faciliter cet accès en offrant à l'individu des transports gratuits ou à un tarif préférentiel » (paragraphe 77).

dispositions que dans sa forme à toutes les assurances que la Cour a précédemment examinées » (*Ibid*). Les juges européens estiment qu'il y a « suffisamment d'éléments pour conclure que les assurances ont été données de bonne foi par un gouvernement dont les relations bilatérales avec le Royaume-Uni sont, de longue date, très fortes » (§195). L'expulsion du requérant en Jordanie n'entraînerait pas la violation de l'article 3 de la Convention. Cependant, la Cour va s'attirer les foudres britanniques car elle n'accepte pas l'extradition en se basant sur l'article 6 de la Convention (le droit à un procès équitable). Pour la Cour, il y aurait violation de cet article puisque le nouveau procès du requérant en Jordanie pourrait être constitué de preuves obtenues sous la torture. Cette dernière, non pas pratiquée sur le requérant mais sur des tiers. « Un tel obstacle européen aux velléités britanniques d'expulsion avait fortement envenimé les relations, déjà tendues, entre Londres et Strasbourg »³⁵⁶. Cette tension n'est pas véritablement redescendue depuis, les autorités britanniques étant souvent très critiques vis-à-vis de la Cour.

Les juges européens n'hésitent pas à revenir sur leurs jugements si les États apportent, après coup, les assurances adéquates, pour permettre la conventionalité de l'extradition. Dans la décision *Aswat contre Royaume-Uni* du 6 janvier 2015, la Cour estime que « compte tenu des assurances spéciales et des informations complémentaires données par le gouvernement américain, et de l'examen attentif de l'affaire effectué par la High Court au Royaume-Uni, la Cour conclut que l'on ne saurait affirmer l'existence d'un risque réel que M. Aswat soit soumis à un traitement contraire à l'article 3 en cas d'extradition »³⁵⁷. En l'espèce, après l'arrêt éponyme du 16 avril 2013, qui empêchait l'extradition du requérant vers les États-Unis, les autorités britanniques ont demandé des assurances diplomatiques particulières pour le requérant. Ces assurances permettent de garantir au requérant de bénéficier d'un traitement adapté à ses troubles mentaux³⁵⁸. Par conséquent, la requête du requérant a été jugée irrecevable.

Finalement, on peut conclure que « l'appréciation du risque illustre la volonté du juge européen d'appliquer les mêmes garanties à toutes les personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement quels que soient leurs agissements. L'éloignement des étrangers liés à des organismes terroristes n'obéit à aucun régime particulier »³⁵⁹.

Section 2 : La pratique audacieuse des mesures provisoires

³⁵⁶ Nicolas HERVIEU, « Rejet de la demande de renvoi en Grande Chambre dans la sensible affaire Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni » in Lettre « *Actualités Droits-Libertés* » du CREDOF, 13 mai 2012.

³⁵⁷ Communiqué de presse, « Les assurances spéciales obtenues sur les conditions de détention sont suffisantes pour permettre l'extradition d'un présumé terroriste devant être jugé aux États-Unis », 29 janvier 2015, p. 2.

³⁵⁸ Cour EDH, 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12, paragraphe 33 : « the Court is satisfied on the basis of the documentation before it that, prior to extradition, all relevant officials will be appropriately apprised of the applicant's mental health needs; that he will receive medical care if required during the removals process; and that recourse to shackling would not result in a significant deterioration in his mental and physical health ».

³⁵⁹ Mustapha AFROUKH et Hélène HURPY, *op. cit.*

« La Cour européenne des droits de l’homme peut, en vertu de l’article 39 de son règlement, indiquer des mesures provisoires à tout État partie à la Convention européenne des droits de l’homme. Les mesures provisoires sont des mesures d’urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s’appliquent que lorsqu’il y a un risque imminent de dommage irréparable. Il s’agit de mesures prises dans le cadre du déroulement de la procédure devant la Cour et qui ne présagent pas de ses décisions ultérieures sur la recevabilité ou sur le fond des affaires en question »³⁶⁰. Ces mesures n’ayant pas de base conventionnelle, la Cour va devoir affirmer leur caractère obligatoire, malgré quelques résistances étatiques (§1). « Dans la plupart des cas, les requérants demandent la suspension de leur expulsion ou de leur extradition. La Cour ne fait droit à ces demandes de mesures provisoires qu’à titre exceptionnel, lorsque les requérants seraient exposés – en l’absence de telles mesures – à un risque réel de dommages graves et irréversibles. Ces mesures sont alors indiquées au gouvernement défendeur »³⁶¹ (§2). Ces mesures peuvent être aussi indiquées vis-à-vis du requérant mais la chose est plus rare. « Les mesures provisoires ne sont en pratique appliquées que dans des domaines limités, la plupart concernant des affaires d’expulsion et d’extradition. Elles consistent le plus souvent à suspendre l’expulsion du requérant ou l’extradition le temps de l’examen de la requête »³⁶². Malgré le caractère obligatoire de ces mesures, les États décident parfois de maintenir leur décision d’expulsion ou d’extradition (§3).

§1. L’affirmation du caractère obligatoire des mesures provisoires

La Convention ne mentionne pas les mesures provisoires. Il faut se référer à l’article 39 du règlement de la Cour³⁶³ pour qu’il y soit fait référence. La Cour va donc devoir justifier son pouvoir d’édicter des mesures provisoires et surtout justifier leur caractère obligatoire. En effet, n’ayant pas de base conventionnelle, ce mécanisme n’a pas fait l’objet de discussion et donc d’adhésion des États parties à la Convention. La Cour va ainsi donner force obligatoire aux mesures

³⁶⁰ Cour européenne des droits de l’homme, « Qu’est-ce qu’une mesure provisoire ? », *Unité de presse-Fiche thématique*, avril 2016.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ « 1. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d’une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d’office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu’ils estiment devoir être adoptée dans l’intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure.

2. Le cas échéant, le Comité des Ministres [du Conseil de l’Europe] est immédiatement informé des mesures adoptées dans une affaire.

3. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires indiquées.

4. Le président de la Cour peut désigner des vice-présidents de section comme juges de permanence pour statuer sur les demandes de mesures provisoires ».

provisaires dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*³⁶⁴ de 2005 : « La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 34 de la Convention les États contractants s'engagent à s'abstenir de tout acte ou à se garder de toute omission qui entraverait l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant. L'inobservation de mesures provisoires par un État contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34 » (§128). Pour en arriver là, les juges européens ont rappelé l'importance du recours individuel, ce dernier étant « l'un des piliers essentiels de l'efficacité du système de la Convention » (§100). En découle donc une obligation pour les États de s'abstenir : « d'exercer des pressions sur les requérants mais aussi se gardent de tout acte ou omission qui, en détruisant ou faisant disparaître l'objet d'une requête, rendrait celle-ci inutile ou empêcherait la Cour de toute autre manière de l'examiner selon sa méthode habituelle, au détriment des intérêts des individus concernés » (§101). La Cour rattache donc le droit à un recours individuel aux mesures provisoires, pour les juges européens : « l'inobservation par un État défendeur de mesures provisoires met en péril l'efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l'article 34 » (§125). Les mesures provisoires sont donc « au service » du droit à un recours individuel.

La Cour va s'appuyer sur des exemples d'organes internationaux pour rappeler l'importance des mesures provisoires et leur caractère obligatoire : « Dans plusieurs décisions et ordonnances récentes, les juridictions et institutions internationales ont souligné l'importance et la raison d'être des mesures provisoires et fait valoir que l'observation de ces mesures était nécessaire pour l'effectivité de leurs décisions quant au fond » (§113). Elle va donc utiliser le droit comparé pour justifier lesdites mesures. Ainsi, la position du Comité des droits de l'Homme³⁶⁵, du Comité des Nations unies contre la torture³⁶⁶, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme³⁶⁷ et de la Cour internationale de justice (CIJ) sera rappelée au soutien de l'argumentation des juges européens. Le choix de la CIJ n'est pas anodin puisqu'il y est fait référence à l'affaire Lagrange de

³⁶⁴ Cour EDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, [GC]

³⁶⁵ *Ibid*, paragraphe 114 : « la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies, le non-respect des mesures « conservatoires » constitue un manquement de l'Etat concerné aux obligations juridiques énoncées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans son Protocole facultatif, ainsi qu'à son devoir de coopération avec le comité dans le cadre de la procédure de communication individuelle ».

³⁶⁶ *Ibid*, paragraphe 115 : « Le Comité des Nations unies contre la torture s'est prononcé à plusieurs reprises sur le non-respect des mesures conservatoires par un État partie. Il a considéré que le respect des mesures conservatoires demandées par lui, dans les cas où il l'estime judicieux, est indispensable pour épargner à la personne que ces mesures concernent des préjudices irréparables qui pourraient rendre nul le résultat final de la procédure engagée devant lui ».

³⁶⁷ *Ibid*, paragraphe 116 : « Dans plusieurs ordonnances de mesures provisoires, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rappelé qu'en raison de l'objet fondamental de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, à savoir la garantie de la protection effective des droits de l'homme, « les États parties [devaient] s'abstenir d'entreprendre des actions qui aillent à l'encontre de la restitutio in integrum des droits des victimes présumées ».

2001. Dans cette affaire la CIJ s'était attachée à démontrer le caractère obligatoire des mesures provisoires alors que son statut pouvait laisser planer un doute³⁶⁸.

Certains juges n'ont pas été d'accord avec la majorité de la Cour et ont estimé que cette dernière était en faute, commettant un excès de pouvoir en rendant les mesures provisoires obligatoires³⁶⁹. Sandrine Watthée va répondre à cet argument souverainiste. Pour elle, « en indiquant des mesures provisoires pour prévenir la violation potentielle de tout droit conventionnel, la Cour européenne des droits de l'homme ne ferait pas œuvre législative, comme cela a pu lui être reproché, mais s'inscrirait dans le rôle qui lui est dévolu depuis toujours : assurer le respect des engagements résultant pour les États membres de la Convention »³⁷⁰. Bien que les États ne se soient pas « explicitement engagés, du point de vue de leurs obligations procédurales, à respecter les mesures provisoires que leur indiquerait la Cour européenne. En revanche, ils se sont engagés à respecter les droits qu'ils ont inscrits dans la Convention, et ont donné à la Cour le pouvoir de s'en assurer »³⁷¹. Et c'est ce qu'elle fait en s'assurant que les droits des requérants ne seront pas bafoués. « En d'autres termes, alors que conférer un caractère obligatoire aux mesures provisoires par le truchement de l'article 34 de la Convention est perçu comme attribuer une nouvelle compétence procédurale à la Cour, considérer la protection préventive de chaque droit conventionnel comme permettant d'en protéger la substance, de manière à le rendre effectif, permet de rester dans le spectre des interprétations téléologiques généralement admises »³⁷².

On peut donc conclure que par le biais de l'affaire Mamatkulov, la Cour a souhaité « combler le retard qu'elle accusait par rapport aux autres instances internationales de protection des droits de l'homme lorsqu'il s'agit de faire usage des mesures provisoires »³⁷³.

³⁶⁸ *Ibid*, paragraphe 117 : « la CIJ, dans cet arrêt, a mis un terme à la polémique quant à l'interprétation strictement linguistique des locutions « pouvoir indiquer » (dans la version anglaise « power to indicate ») du premier paragraphe de l'article 41, et « indication » (dans la version anglaise « measures suggested ») du second paragraphe. Se référant à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel les clauses d'un traité doivent être interprétées compte tenu de l'objet et du but de ce traité, elle a conclu que les mesures conservatoires étaient juridiquement contraignantes. Elle a par la suite confirmé cette approche dans son arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) ».

³⁶⁹ *Ibid*, Opinion dissidente commune à MM. Les juges Caflish, Türmen et Kovler, paragraphe 25 : « Nous concluons donc que la question ici examinée relève de la *législation* plutôt que de *l'action judiciaire*. Etant donné que ni l'instrument constitutif de la Cour ni le droit international général ne permettent de dire que les mesures provisoires doivent être observées par les Etats, la Cour ne peut décider le contraire et, par-là, imposer une nouvelle obligation aux Etats Parties. Conclure que la Cour a la compétence, *de lege lata*, d'émettre des mesures provisoires obligatoires équivaut à un *excès de pouvoir*. Une telle compétence peut paraître souhaitable, mais c'est aux Parties contractantes qu'il appartient de la conférer à la Cour ».

³⁷⁰ Sandrine WATTHEE, *op. cit.*, p. 295.

³⁷¹ *Ibid*.

³⁷² *Ibid*, p. 296.

³⁷³ Philippe FRUMER, « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe, Commentaire de l'arrêt Mamatkulov et Askarov c. Turquie du 4 février 2005 », *RTDH*, 64/2005, p. 825 : « [...] À cette fin, elle a habilement combiné des arguments déduits d'une part du droit international général et,

§2. La mise en œuvre par la Cour

Il paraît nécessaire de rappeler qu'« une telle indication signifie le plus souvent que la Cour ne dispose pas au moment où elle la formule de tous les éléments pertinents qui lui paraissent nécessaires pour déterminer s'il existe un risque réel de traitements contraires à l'article 3 dans le pays de destination »³⁷⁴.

La Cour doit répondre aux demandes de mesures provisoires avec une extrême célérité du fait de l'urgence de la situation. Globalement, elle répond en quelques jours, voire le jour même de l'introduction de la requête. Dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov*, « les requêtes ont été respectivement introduites les 11 et 22 mars 1999 et enregistrées les 18 et 22 mars 1999. Les 18 et 23 mars 1999, la présidente de la première section a décidé d'indiquer au Gouvernement, en application de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il serait souhaitable dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour de ne pas extraditer les requérants vers la république d'Ouzbékistan avant les réunions de la chambre compétente, soit les 23 et 30 mars 1999 »³⁷⁵. Généralement, la mesure provisoire dure jusqu'à la fin de la procédure devant la Cour. En l'espèce, la mesure provisoire a été prorogée « jusqu'à nouvel ordre »³⁷⁶. La durée de la Cour pour se prononcer sur l'indication d'une mesure provisoire peut prendre plus de temps. Par exemple, dans l'affaire *Ben Khemais contre Italie*, le requérant avait introduit une requête en janvier 2007 et la mesure provisoire n'a été indiquée qu'en mars 2007.

La Cour pour indiquer une telle mesure, doit vérifier que le requérant risque de subir un préjudice grave et surtout, irréparable. Les affaires touchant à l'article 3 de la Convention rentrent dans le champ d'application de l'enclenchement des mesures provisoires. Le requérant risquant, en étant éloigné vers le pays de destination, de subir des traitements inhumains ou dégradants, ainsi que de la torture³⁷⁷. Ce risque doit donc être réel et personnel. C'est-à-dire que les arguments du requérant doivent être concrets et sérieux. Sandrine Watthée donne l'exemple d'une requérante invoquant un risque d'excision pour sa fille si cette dernière était éloignée dans son pays d'origine, le Nigéria. La Cour a décidé de lever la mesure provisoire puisque les « informations dont elle disposait finalement laissaient penser que la requérante n'avait plus de contact avec ses beaux-parents qui ne devaient même pas avoir connaissance de son retour au

d'autre part, de la nécessité d'assurer l'effectivité du droit de recours individuel, compte tenu de la spécificité de l'instrument au respect duquel elle est tenue de veiller ».

³⁷⁴ Cour EDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, [GC], paragraphe 69.

³⁷⁵ Cour EDH décision sur la recevabilité, 31 août 1999, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre la Turquie*, 46827/99 46951/99.

³⁷⁶ Cour EDH, 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, n° 46827/99 46951/99, paragraphe 27.

³⁷⁷ Cour EDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, [GC], paragraphe 108 : « Dans des affaires telles que la présente, où l'existence d'un risque de préjudice irréparable à la jouissance par le requérant de l'un des droits qui relèvent du noyau dur des droits protégés par la Convention est alléguée de manière plausible, une mesure provisoire a pour but de maintenir le statu quo en attendant que la Cour statue sur la justification de la mesure ».

Nigéria avec sa fille. Partant, les éléments du dossier contredisaient la réalité du risque »³⁷⁸. Bien que le risque doive être personnel, la Cour n'hésite pas à créer des exceptions. Sandrine Watthée fait également référence aux mesures provisoires qui ont été indiquées de manière automatique en octobre 2010³⁷⁹.

§3. La « rébellion » étatique pour cause de lutte antiterroriste

Malgré l'indication d'une mesure provisoire, certains États n'hésitent pas à passer outre en éloignant le requérant. Le plus surprenant vient peut-être de la présence, dans la liste des pays réfractaires à l'obéissance vis-à-vis de la Cour, des États d'Europe de l'Ouest comme la Belgique ou l'Italie.

Dans l'arrêt *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, du 4 février 2005, la Turquie ne respecte pas la mesure provisoire édictée par la Cour. En l'espèce, les deux requérants ouzbeks sont détenus en Turquie. Ce sont des opposants au régime d'Ouzbékistan. Ils sont soupçonnés d'avoir tenté de commettre un attentat à l'encontre du président d'Ouzbékistan et d'un autre attentat à la bombe. Le 18 mars 1999, la Cour avait indiqué au gouvernement turc « qu'il serait souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas extradier les requérants vers l'Ouzbékistan avant la réunion de la chambre, le 23 mars 1999 ». À cette date, la chambre décida de proroger la mesure provisoire *sine die*. Le 27 mars, les autorités turques remirent les requérants aux autorités ouzbèkes. La Cour déplore le fait que « les requérants ayant été extradés par la Turquie vers l'Ouzbékistan, le niveau de protection que la Cour pouvait garantir s'agissant des droits énoncés dans les articles 2 et 3 de la Convention invoqués par les intéressés a été amoindri de manière irréversible » (§108). La Cour va prendre le temps d'expliquer, en se basant sur des exemples d'organes internationaux, en quoi les mesures provisoires sont importantes et en quoi violer ces dernières rend toute procédure caduque³⁸⁰. La Cour va donc estimer que la Turquie n'a pas respecté « les obligations qui lui incombaient en l'espèce au regard de l'article 34 de la Convention » (§129). Mais les juges européens se refusent à affirmer une violation de l'article 3 de la Convention puisqu'à « la lumière des éléments dont elle dispose, la Cour n'est pas en mesure de conclure qu'il existait à la date précitée des motifs

³⁷⁸ Sandrine WATTHEE, *op. cit.*, p. 217.

³⁷⁹ Sandrine WATTHEE, *op. cit.*, p. 216 : « La Cour a en effet suspendu sans examen préalable toute demande de suspension d'une expulsion vers l'Irak, sans examiner la situation personnelle des requérants. Il s'agit toutefois d'une attitude ponctuelle de la Cour, qui a alors eu à faire face à un afflux de demandes sans précédents. Il s'agissait à ce moment de la meilleure manière de gérer la situation, mais l'on ne peut en inférer un changement de position de la Cour par rapport à ses exigences préalables ».

³⁸⁰ La Cour fait référence au Comité des droits de l'homme des Nations unies (§114), au Comité des Nations unies contre la torture (§115), à la Cour interaméricaine des droits de l'homme (§116) et à la Cour Internationale de Justice (§117).

substantiels de croire que les requérants couraient un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 » (§77).

Dans l'affaire *Ben Khemais contre Italie* du 24 février 2009, l'Italie passe outre la mesure provisoire indiquée par la Cour. En l'espèce, le requérant a été condamné par contumace en Tunisie pour appartenance à une organisation terroriste. Le 22 mars 2007, la Cour a indiqué au gouvernement italien qu'il « était souhaitable de ne pas expulser le requérant vers la Tunisie jusqu'à nouvel ordre » (§18). Le 2 juin 2008, le requérant fut expulsé malgré le fait que « cette mesure provisoire n'a jamais été levée » (§21). Le 6 août 2008, soit plus de deux mois après l'éloignement, l'Italie a demandé des garanties à la Tunisie vis-à-vis du requérant. La Tunisie répondit le 26 août 2008. La Cour va rappeler son précédent constat dans l'affaire Saadi relatif à la situation des détenus en Tunisie³⁸¹. La Cour ne voit « en l'espèce aucune raison de revenir sur ces conclusions, qui se trouvent d'ailleurs confirmées par le rapport 2008 d'Amnesty International relatif à la Tunisie » (§55). Ainsi, elle estime que « des faits sérieux et avérés justifient de conclure à un risque réel de voir le requérant subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en Tunisie » (§56). La Cour, en se penchant sur la fiabilité des assurances diplomatiques fournies par l'État tunisien, va estimer que ces dernières ne sont pas suffisantes pour écarter tout risque pour le requérant. Les juges européens vont exprimer leurs inquiétudes par rapport au sort du requérant détenu par la Tunisie, ne pouvant que « réitérer ses observations quant à l'impossibilité pour le représentant du requérant devant elle et pour l'ambassadeur d'Italie à Tunis de le visiter en prison et de vérifier le respect effectif de son intégrité physique et de sa dignité humaine » (§64). La Cour souligne d'ailleurs que ce genre d'attitude étatique est très rare³⁸². Les juges européens vont également rappeler sèchement que « le Gouvernement défendeur, avant d'expulser le requérant, n'a pas demandé la levée de la mesure provisoire adoptée aux termes de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il savait être toujours en vigueur, et a procédé à l'expulsion avant même d'obtenir les assurances diplomatiques qu'il invoque dans ses observations » (§86). L'Italie est par conséquent condamnée pour violation de l'article 3 et, évidemment, de l'article 34 de la Convention. Ainsi, « le juge strasbourgeois ne dissimule guère son vif mécontentement face à l'attitude de l'État italien qui a expulsé le requérant au mépris de la mesure provisoire mais aussi, indirectement, de l'arrêt Nassim Saadi. [...] Les limites du pouvoir de la Cour sont cependant

³⁸¹ CEDH arrêt *Ben Khemais c. Italie*, 24 février 2009, paragraphe 54 : « La Cour rappelle les conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'affaire Saadi précitée (§§ 143-146), qui étaient les suivantes :

- les textes internationaux pertinents font état de cas nombreux et réguliers de torture et de mauvais traitements infligés en Tunisie à des personnes soupçonnées ou reconnues coupables de terrorisme ;
- ces textes décrivent une situation préoccupante ;
- les visites du Comité international de la Croix-Rouge dans les lieux de détention tunisiens ne peuvent dissiper le risque de soumission à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ».

³⁸² Cour EDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie*, n° 246/07, paragraphe 80 : « Les affaires dans lesquelles les États ne se sont pas conformés aux mesures indiquées sont rares ». La Cour a usé de la même formule dans l'affaire précédemment analysée *Mamatkulov et Askarov*.

cruellement rappelées par cette affaire en ce que le respect de ses décisions face à une situation d'urgence repose encore beaucoup sur le bon vouloir des États »³⁸³.

Dans l'affaire *Labsi* du 15 mai 2012³⁸⁴, c'est la Slovaquie qui va agir contre la volonté de la Cour. Le requérant algérien, après avoir été interdit de territoire en France (après sa condamnation pour participation à la préparation d'un acte terroriste) s'était réfugié en Slovaquie. Toutes ses demandes d'asile furent rejetées. Il avait également été condamné par contumace en Algérie. Les autorités slovaques décidèrent d'expulser le requérant vers l'Algérie en raison du danger qu'il représentait pour la Slovaquie. Le 18 juillet 2008, la Cour indiqua au gouvernement slovaque que le requérant ne devait pas être expulsé en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour. Mais le 22 avril 2010 le requérant fut expulsé vers l'Algérie. La Cour fut informée quelques jours plus tard par les autorités slovaques. En examinant divers éléments provenant de plusieurs organes internationaux, dont Amnesty Internationale³⁸⁵, la Cour conclut que le requérant avait de sérieux risques d'être torturé en Algérie³⁸⁶. Ainsi l'expulsion vers l'Algérie a violé l'article 3 de la Convention, mais aussi l'article 34³⁸⁷. « Cette extradition ignore une mesure provisoire contraignante ordonnée par la Cour européenne des droits de l'homme

³⁸³ Nicolas HERVIEU, « Expulsion d'Italie vers la Tunisie d'une personne accusée de terrorisme (CEDH, 24 février 2009, Ben Khemas c. Italie) », *Combats pour les droits de l'homme* (CPDH), <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2009/02/26/expulsion-ditalie-vers-la-tunisie-dune-personne-accusee-de-terrorisme-cesdh-24-fevrier-2009-ben-khemais-c-italie-par-nicolas-hervieu/>, 26 février 2009, consulté le 3 juin 2016.

³⁸⁴ Cour EDH, 15 mai 2012, *Labsi c. Slovaquie*, n° 33809/08

³⁸⁵ Amnesty International, « Slovaquie : l'extradition vers l'Algérie ferait courir à Mustapha Labsi le risque d'être torturé ou maltraité », déclaration publique, *EUR 72/011/2007*, 28 novembre 2007 : « Compte tenu de ses travaux sur la situation des droits humains en Algérie, Amnesty International considère que s'il était extradé vers l'Algérie, Mustapha Labsi courrait le risque d'être placé en détention au secret, privé de tout contact avec le monde extérieur dans des conditions favorisant le recours à la torture et aux mauvais traitements. Il serait également exposé au risque d'un procès inéquitable. En conséquence, son extradition vers l'Algérie violerait à la fois le droit slovaque et les obligations de la Slovaquie au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Amnesty International a recueilli différents témoignages montrant que les droits de personnes soupçonnées, comme Mustapha Labsi, de liens avec le « terrorisme » ont été bafoués lors de leur garde à vue aux mains du Département du renseignement et de la sécurité (DRS), la Sécurité militaire algérienne, et pendant le déroulement de leur procès ».

³⁸⁶ Cour EDH, 15 mai 2012, *Labsi c. Slovaquie*, n° 33809/08, paragraphe 128 : « In view of the documents before it the Court finds no reason for reaching a different conclusion in the present case. Accordingly, at the time of his expulsion, there were substantial grounds for believing that the applicant faced a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention in his country of origin. The Government's argument that the applicant's expulsion was nevertheless justified on the ground that he represented a security risk cannot be accepted. The guarantee under Article 3 of the Convention is absolute and it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion ».

³⁸⁷ *Ibid*, paragraphe 150 : « The Court was thus prevented by the applicant's expulsion to Algeria from conducting a proper examination of his complaints in accordance with its settled practice in similar cases. It was further prevented from protecting the applicant against treatment contrary to Article 3 of which he had been found to face a real risk in his country of origin at the relevant time (see paragraphs 128 and 132 above). As a result, the applicant has been hindered in the effective exercise of his right of individual application guaranteed by Article 34 of the Convention ».

(CEDH) selon laquelle ce requérant ne devait pas être extradé vers l'Algérie, a regretté Christos Pourgourides qui préside la commission des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire de l'organisation. Il s'agit d'une atteinte directe à l'autorité de la CEDH et d'un mépris inacceptable de la Convention européenne des droits de l'homme, est-il ajouté. Signataire de la Convention, la Slovaquie doit normalement se ranger à l'avis de la CEDH qui ne dispose cependant pas de mesure contraignante pour l'y contraindre »³⁸⁸.

Dans l'affaire *Trabelsi*, c'est la Belgique qui décide d'extrader le requérant vers les États-Unis. Le 8 avril 2008, les États-Unis firent une demande d'extradition pour juger le requérant. Ce dernier était poursuivi notamment pour soutien matériel à une organisation terroriste. Le 6 décembre 2011, la Cour « fit droit à la demande du requérant et décida d'indiquer au Gouvernement, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant elle, de ne pas extradier le requérant vers les États-Unis » (§39). Le 3 octobre 2013 le requérant fut extradé vers les États-Unis d'une manière assez cavalière³⁸⁹. Le gouvernement a estimé que l'extradition n'était qu'aux « seules fins de poursuites » (§128). La Cour a rétorqué avec justesse que l'article 3 a bien une fonction préventive³⁹⁰. La Belgique a donc violé l'article 34 et l'article 3, le requérant risquant une peine à perpétuité non compressible.

Le bilan réaliste de cet arrêt par la professeure Roseline Letteron permet de mettre en lumière certaines pratiques de « l'ombre ». En effet, « si l'existence de pressions américaines sur la Belgique n'est pas formellement mentionnée dans l'arrêt, elles en constituent néanmoins le fil rouge. [...] Le refus de la Belgique d'exécuter la mesure conservatoire indiquée par la Cour trouve, au moins en partie, son origine dans des pressions américaines qui ont dû être considérables. Qui a oublié qu'en 2003 la Belgique a dû renoncer à sa loi de compétence universelle, les États-Unis menaçant alors de transférer le siège de l'Otan et de dérouter une partie du trafic maritime américain d'Anvers à Rotterdam ? Sur ce plan, la décision *Trabelsi* montre les difficultés d'une relation triangulaire entre les États parties à la Convention européenne, les États-Unis et la Cour européenne. Si cette dernière peut effectivement sanctionner les États européens, elle est complètement impuissante face à une administration américaine qui n'hésite pas à mettre toute

³⁸⁸ AFP, « Algérien extradé de Slovaquie « inacceptable » pour le Conseil de l'Europe », http://www.algeria-watch.org/fr/mrv/mrvref/labsi_extrade.htm, 30 avril 2010, consulté le 7 juin 2016.

³⁸⁹ Cour EDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, n° 140/10, paragraphe 62 : « le requérant fut informé qu'il serait transféré de la prison de Bruges à la prison d'Ittre. Il fut en réalité acheminé vers l'aéroport militaire de Melsbroek où il était attendu par des agents du Federal Bureau of Investigation (« FBI »). À 11h30 il fut extradé vers les États-Unis ».

³⁹⁰ *Ibid*, paragraphe 130 : « La Cour estime qu'elle ne peut pas suivre ce raisonnement. Il a pour effet de contourner la fonction préventive de l'article 3 de la Convention en matière d'éloignement des étrangers qui est d'éviter que les intéressés soient effectivement victimes d'une peine ou d'un traitement ayant atteint le seuil de gravité interdit par cette disposition. La Cour rappelle que l'article 3 oblige les États contractants d'empêcher la perpétration d'un tel traitement ou l'application d'une telle peine. Aussi, et comme elle le fait dans les affaires d'extradition depuis l'affaire *Soering*, la Cour estime qu'elle doit évaluer le risque que le requérant encourt au regard de l'article 3 ex ante – c'est-à-dire, en l'occurrence, avant son éventuelle condamnation aux États-Unis – et non ex post facto comme le suggère le Gouvernement ».

sa puissance au service d'un seul but : écarter les standards européens des libertés lorsque ses intérêts sont en jeu »³⁹¹.

Malgré ces exemples « d'insubordination », il faut reconnaître que dans la grande majorité des cas les mesures provisoires prononcées par la Cour sont respectées par les États.

³⁹¹ Roseline LETTERON, « Extradition : La Belgique condamnée pour n'avoir pas su résister aux pressions américaines », Veille juridique sur les droits de l'homme et les libertés publiques, <http://libertescherries.blogspot.fr/2014/09/extradition-la-belgique-condamnee-pour.html>, 11 septembre 2014, consulté le 7 juin 2016.

L'État de droit n'est pas l'État de faiblesse³⁹²

La Cour a reconnu aux États un pouvoir discrétionnaire étendu pour évaluer les menaces sur la sécurité nationale, mais aussi pour choisir les moyens de lutter contre lesdites menaces. Ainsi la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention peut être activée sans grande difficulté. La Cour effectue globalement un contrôle de proportionnalité. « Le principe de proportionnalité, dans un certain sens l'alter ego du principe de protection effective, a exercé une influence diffuse dans toute la jurisprudence sur la Convention touchant à la détermination des rapports entre les différents concepts, normes, intérêts et droits consacrés par la Convention. Son absence de mention dans la Convention ne permet pas de douter qu'il s'agit bien d'une création jurisprudentielle absolument justifiée »³⁹³. Les juges européens vont donc opérer un contrôle sur la nécessité des ingérences, c'est-à-dire le fait de savoir si les mesures étatiques sont proportionnées au but visé. Ce dernier doit d'ailleurs être légitime, ce qui est presque toujours le cas en matière de sécurité nationale.

Les juges européens s'adaptent pour garantir l'État de Droit face aux nouvelles technologies et aux nouvelles pratiques des États. « S'agissant plus spécifiquement des affaires de surveillance secrète, la Cour est relativement flexible quant à la reconnaissance du statut de victime. Quant à la condition que l'ingérence soit « prévue par la loi », la Cour, estime que la loi, accessible et prévisible, doit être relativement détaillée. La Cour insiste particulièrement sur les sauvegardes qui doivent encadrer les mesures de surveillance et de fichage. Quant à la condition de nécessité dans une société démocratique, la Cour met en balance l'intérêt de l'État défendeur à protéger sa sécurité nationale avec la gravité de l'atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée, une stricte nécessité signifiant concrètement qu'il doit y avoir des garanties suffisantes et effectives contre les abus, et un contrôle assuré, au moins en dernier ressort, par le pouvoir judiciaire, ou tout du moins par des organes de contrôle indépendants »³⁹⁴. La Cour tolère des dispositifs étatiques de surveillance quasi généralisés sous réserve de quelques garanties. Mais la Cour reste vigilante et n'hésite pas à condamner les dérives flagrantes des États.

La marge d'appréciation étatique peut être extrêmement réduite. Ainsi, l'article 3 de la Convention exclut clairement toute flexibilité au bénéfice des États. La Cour se refuse à opérer une mise en balance de l'article 3 pour des arguments sécuritaires, allant à l'encontre de la volonté étatique. Les juges européens sont très clairs, « il n'existe aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. L'article 3, libellé en termes univoques,

³⁹² Robert BADINTER, « L'État de droit n'est pas l'État de faiblesse », *Les Inrocks*, 17 novembre 2015, <http://www.lesinrocks.com/2015/11/news/robert-badinter-plaide-pour-letat-de-droit-et-exclut-le-patriot-act/>, consulté le 18 novembre 2015.

³⁹³ Steven GREER, « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 17, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 21.

³⁹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, « sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Division de la recherche*, 2013, paragraphe 143.

reconnaît que tout être humain a un droit absolu et inaliénable à ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant, quelles que soient les circonstances, même les plus difficiles. Le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée »³⁹⁵. En ce qui concerne les mesures d'éloignement des étrangers suspectés ou condamnés pour terrorisme, la jurisprudence de la Cour « illustre particulièrement les enjeux sous-tendant la lutte antiterroriste et la coopération internationale répressive. Plus particulièrement, la Cour de Strasbourg reste fermement attachée aux valeurs qui avaient inspiré les rédacteurs de la Convention européenne au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale et a écarté toute tentative pour contourner l'interdiction absolue de torturer et d'extrader une personne accusée ou suspectée de terrorisme vers un pays où il encourt le risque d'être soumis à des traitements prohibés par l'article 3. Cette jurisprudence illustre « l'éthique de la résistance » de la Cour face à l'attaque menée ces dernières années par les administrations nationales à l'encontre du caractère absolu de cette règle »³⁹⁶.

Ce constat ne doit pas faire oublier les problèmes auxquels la Cour doit faire face. Le principal étant sans conteste son engorgement. Malgré l'adoption du Protocole additionnel n° 14, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011, qui a instauré le juge unique pour se prononcer sur la recevabilité des requêtes (et donc réduire le nombre de requêtes pendantes du fait d'un gain de célérité), la Cour reste submergée de requêtes. Il restait, fin 2015, 64 850 requêtes pendantes. Certes, c'est beaucoup mieux que les 161 000 requêtes pendantes de 2011. Le rapport d'activité pour l'année 2015 montre que le Protocole additionnel n° 14 est loin d'être inutile. Pourtant, comme le souligne le professeur Gérard Gonzalez : « l'apologétique est le propre du discours politique ; au soir d'une élection tout le monde est content des résultats, celui qui a gagné mais aussi celui qui, ayant fait moins bien, nous convainc, tellement il l'est lui-même, qu'il n'a pas perdu et se projette dans un avenir radieux. Le rapport 2015 de la Cour est celui d'un vainqueur qui présente néanmoins encore quelques faiblesses qu'il répugne à reconnaître ou à afficher ou qu'il se contente de susurrer du bout des lèvres ; un colosse aux pieds d'argile qui peut craindre un avenir somme toute assez sombre pour les sociétés démocratiques. Il ne faut pas se voiler la face : les défis à sa porte sont périlleux »³⁹⁷. Le délai pour obtenir un jugement est donc extrêmement long. La célérité de la justice est un facteur essentiel d'une bonne justice. C'est d'autant plus important dans les affaires touchant à la lutte contre le terrorisme. Pour prendre l'exemple de quelques arrêts rencontrés au fil de l'étude : pour l'affaire *Trabelsi contre Belgique*, la requête a été déposée le 23 décembre 2009 et l'arrêt a lieu le 4 septembre 2014. Dans l'affaire *Labsi contre Pologne*, la requête avait été déposée le 18 juillet 2008 et la Cour rendra son jugement le 15 mai 2012. Dans l'affaire *Nasr et Ghali contre Italie*, la requête a été déposée le 6 août 2009 et la Cour s'est prononcée le 23 février 2016.

³⁹⁵ Cour EDH, 1^{er} juin 2010, *Gägfen c. Allemagne*, n° 22978/05, [GC], paragraphe 107.

³⁹⁶ Athanasia PETROPOULOU, *op. cit.*, p. 494.

³⁹⁷ Gérard GONZALEZ, « Apologétique du juge européen des droits de l'homme en l'année 2015 – à propos du rapport 2015 de la Cour EDH », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 22 février 2016.

De plus, certains États ne respectent plus les arrêts de la Cour. C'est donc un problème bien plus grave qu'un non-respect d'une mesure provisoire. Le 1^{er} décembre 2015, la Douma, la chambre basse du Parlement russe, a voté une loi allant à l'encontre de la Cour européenne. Cette loi place ainsi la Cour constitutionnelle russe au-dessus de la Cour européenne. En fait, si une décision de la Cour européenne est jugée allant à l'encontre du droit constitutionnel russe, ladite décision deviendra lettre morte car inappliquée par la Russie. Cette loi ne fait qu'officialiser la décision de la Cour constitutionnelle russe du 14 juillet 2015 autorisant les autorités russes à ne pas respecter les arrêts de la Cour européenne si ces derniers sont contraires à la Constitution du pays. Cela n'a pas manqué de faire réagir le Conseil de l'Europe via la Commission de Venise (organe consultatif au sein du Conseil de l'Europe étant composé de spécialistes du droit constitutionnel). La Commission de Venise a donc estimé que « le fait d'habiliter la Cour constitutionnelle russe à déclarer « inapplicables » des décisions internationales, y compris des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, est incompatible avec les obligations juridiques internationales de la Russie [...] une telle habilitation pouvant avoir pour résultat d'empêcher l'exécution de décisions internationales sous quelque forme que ce soit en Fédération de Russie, la loi russe sur la Cour constitutionnelle doit être modifiée »³⁹⁸. Elle a rajouté que « la Fédération de Russie devrait engager le dialogue plutôt que de prendre des mesures unilatérales ». La Commission invite ensuite la Russie à adopter plusieurs mesures pour revenir à une situation normale. Mais n'ayant aucun pouvoir coercitif et au vu de l'état d'esprit actuel des autorités russes, rien ne semble indiquer qu'une fin de crise se profile. Ce qui pourrait aboutir à l'expulsion ou au départ volontaire de la Russie du Conseil de l'Europe. Dans ce cas, il est à craindre une réaction en chaîne de défections, du moins pour les pays non-membres de l'Union européenne et les plus condamnés. Ce pourrait être ainsi le cas de la Turquie, qui semble rentrer petit à petit dans le schéma de fonctionnement russe. Sans être allé aussi loin dans la défiance de la Cour, certains états comme le Royaume-Uni font fi de certaines condamnations de la Cour. C'est un très mauvais signal de la part des démocraties stables comme le Royaume-Uni. Ainsi, en matière de droit de vote des prisonniers, le Royaume-Uni refuse d'adapter sa législation et est donc condamné par la Cour régulièrement³⁹⁹. Il y a donc un risque d'une justice européenne « à la carte », les États choisissant de prendre en compte uniquement certaines condamnations selon certaines priorités nationales. C'est la légitimité et donc la force de la CEDH qui se fragilise doucement. Pis encore, de nombreuses voix politiques s'élèvent pour critiquer la Cour, qui empêcherait soit-disant une lutte efficace du terrorisme⁴⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, pour reprendre les mots de Nicolas Hervieu, la CEDH est une alliée dans la lutte antiterroriste et « maintenir la lutte contre le terrorisme sous l'emprise des droits

³⁹⁸ Conseil de l'Europe, communiqué de presse, « Commission de Venise : la loi russe sur la Cour constitutionnelle est incompatible avec les obligations internationales et doit être modifiée », 11 mars 2016.

³⁹⁹ Voir en ce sens l'arrêt Cour EDH, 6 octobre 2005, *Hisrt (n° 2) c. Royaume-Uni*, n° 74025/01, [GC] ; Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, n° 60041/08 et 60054/08 ; Cour EDH, 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, n° 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 et 49036/09 ; Cour EDH, 10 février 2015, *McHugh et autres c. Royaume-Uni*, n° 51987/08 et 1014 autres.

⁴⁰⁰ Paule GONZALES, « La Cour européenne des droits de l'homme dans la ligne de mire de la droite », Le Figaro.fr, <http://www.lefigaro.fr/politique/2015/01/15/01002-20150115ARTFIG00458-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-dans-la-ligne-de-mire-de-la-droite.php>, 15 janvier 2015, consulté le 12 août 2015.

fondamentaux n'est pas un luxe somptuaire, mais un gage d'efficacité ainsi qu'une impérieuse nécessité »⁴⁰¹. Mais il ne suffit pas de contrer les terroristes. Encore faut-il vaincre les causes qui ont entraîné des individus dans la haine et la négation de la civilisation occidentale. On se rend compte encore aujourd'hui, face à la surenchère sécuritaire, que sans repenser notamment le droit à l'éducation et à la culture, des terroristes apparaîtront toujours au sein même des États occidentaux. « Il n'y a point d'assujettissement si parfait que celui qui garde l'apparence de la liberté ; on captive ainsi la volonté même »⁴⁰², cette phrase de Jean-Jacques Rousseau peut être interprétée, à la lumière de la lutte anti-terroriste, de deux manières. C'est à la fois un avertissement pour les citoyens. En effet, les États semblent avoir une volonté de plus en plus autoritaire par le biais des politiques toujours plus sécuritaires. Mais cette phrase sert également de mise en garde pour les personnes embrigadées dans des mouvances terroristes. C'est donc un plaidoyer pour l'éducation et la culture. L'une des causes du terrorisme c'est l'ignorance. Les personnes basculant dans le terrorisme islamique n'ont ni une grande éducation et ni une grande culture. Ils n'ont pas fait d'étude théologique. Bien au contraire, on leur fournit des affirmations et des interprétations allant dans le sens du terrorisme. Ce dernier est prôné comme une libération du système occidental. Or c'est bien un enrôlement dans un mouvement où règne une pensée unique et totalitaire, où toute réflexion personnelle est proscrite. Le droit à l'éducation et à la culture doit donc être réaffirmé. Ce dernier « ne se réduit pas, comme la doctrine semble le penser le plus souvent, à la liberté de l'enseignement, c'est-à-dire le refus du monopole de l'enseignement public. Longtemps qualifié de « droit à l'instruction », il consiste à assurer aux citoyens la garantie de la possibilité d'acquérir les connaissances nécessaires à leur insertion sociale aussi bien professionnelle que citoyenne. Ce droit est indissociable d'un droit à la culture, ne limitant pas la formation de l'individu à ce qui ne serait, par exemple, que les éléments de connaissances utiles à l'activité économique, comme le sont de plus en plus les « filières professionnelles » dans le système éducatif contemporain. La culture n'est pas non plus ce « supplément d'âme » superfétatoire pour le commun des citoyens. Elle est à la fois une source d'épanouissement de l'individu, rendu ainsi apte à être lui-même éventuellement créateur, et un facteur de promotion de la collectivité stimulée par un niveau d'exigence plus élevé »⁴⁰³.

Le conseil de l'Europe rappelle cette vérité qui doit interpeler les gouvernants et les citoyens pour « s'attaquer » aux causes du terrorisme : « Les attaques les plus graves commises sur le continent européen n'ont pas été le fait d'ennemis venus de l'extérieur, mais de personnes qui vivaient, travaillaient ou élevaient leurs enfants en Europe. C'est pourquoi, tout en s'efforçant d'intercepter et de poursuivre les terroristes et les réseaux terroristes, les gouvernements doivent être attentifs à leur société et essayer de comprendre les raisons qui entraînent certaines personnes vers l'extrémisme et le terrorisme »⁴⁰⁴. Lors de la 125^{ème} session du Comité des Ministres, dudit Conseil, le 19 mai 2015, un plan d'action a été adopté. Ce dernier met l'accent

⁴⁰¹ Nicolas HERVIEU, « Antiterrorisme : la Cour européenne est une alliée (tribune) », Libération.fr, http://www.liberation.fr/debats/2015/01/21/antiterrorisme-la-cedh-est-une-alliee-et-non-un-obstacle_1185444, 21 janvier 2015, consulté le 12 août 2015.

⁴⁰² Jean-Jacques ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, tome 2, Chez Furne libraire-éditeur, 1835, p. 460

⁴⁰³ Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Lexisnexis, 2007, p. 41.

⁴⁰⁴ Conseil de l'Europe, « Fiche d'information : le Conseil de l'Europe et la lutte contre le terrorisme », *Secrétariat général-direction de la communication*, p. 4.

sur les efforts à mettre en œuvre dans le domaine de l'éducation mais aussi celui des prisons. Ainsi, le plan d'action affirme que la meilleure façon de développer une compréhension de la culture démocratique c'est via l'éducation⁴⁰⁵. « Le désir de punir qui pèse sur le législateur préoccupé en la matière des réactions des électeurs (particulièrement ceux de droite) conduit l'État à tolérer la dégradation des établissements pénitentiaires transformés souvent en pourrissoirs »⁴⁰⁶. Les prisons deviennent ainsi le terreau d'une possible radicalisation des détenus.

L'écrivain portugais et prix Nobel de littérature 1998, José Saramago, fait ce constat amer qui pourrait être le point de départ d'une réflexion en profondeur de notre modèle : « la prétendue démocratie occidentale est entrée dans une étape de transformation rétrograde qu'elle est incapable d'arrêter, et dont les conséquences prévisibles seront sa propre négation. Nul besoin que quiconque prenne la responsabilité de la liquider, elle-même se suicide tous les jours »⁴⁰⁷. La crise que traversent nos démocraties, notamment via la menace terroriste, doit nous permettre, via le droit, de réaffirmer nos valeurs et notre civilisation avec force. Robert Charvin et Jean-Jacques Sueur concluent justement leur ouvrage par un plaidoyer pour une refonte de la démocratie : « Aussi, s'agit-il peut-être de la réinventer, par une diffusion plus équitable de l'avoir, du savoir et du pouvoir, afin de ne pas perdre ne serait-ce que l'espoir de voir un jour les droits humains si souvent proclamés devenir pleinement effectifs et le discours juridique plus ou moins savant quitter le monde de la métaphysique »⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Comité of Ministers, « Living Together as Equals in Culturally Diverse and Democratic Societies: Setting Out Competences Required for Democratic Culture and Intercultural Dialogue », The fight against violent extremism and radicalisation leading to terrorism, 19 mai 2015 : « The best way to develop an understanding of “democratic culture” is through education. The Council of Europe is currently developing key competences for democratic citizenship for use in school curricula across Europe. The starting point for this project is the assertion that preparation for life as active citizens in democratic societies is one of the major purposes of education. To make this a reality, European education systems need to be able to specify what students at different levels of formal education should know, understand and be able to do in this respect, and what attitudes they should develop. The project will aim to describe the main competences citizens require in order to participate effectively in democratic society and in intercultural dialogue. The competences and their descriptors (i.e. indicators) are intended as guidelines, a competence framework or reference point for member States, which will be able to use and adapt them in their own education system, at all levels of education, as they see fit. [...] The objective will be to ensure that young people acquire values, knowledge, understanding and the ability to act as responsible citizens. Upon the instruction of the Secretary General, this work has been given a high priority in order for it to be completed by the end of this year ».

⁴⁰⁶ Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *op. cit.*, p. 274.

⁴⁰⁷ José SARAMANGO, « Que reste-il de la démocratie ? », *le Monde diplomatique*, août 2004, p. 20.

⁴⁰⁸ Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *op. cit.*, p. 284.

Bibliographie

I. Doctrine

§1. Ouvrages

Alain BAUER et Christophe SOULLEZ, *Terrorismes*, Dalloz, 2015, 160 p.

Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris Sirey, 13^{ème} édition, 2014, 953 p.

Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Lexisnexis, 2007, 291 p.

Emmanuel DREYER, *Droit Pénal Spécial*, Ellipses Edition, 2008, 704 p.

Hugues FULCHIRON (dir), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, L.G.D.J, 1999, 385 p.

Henry LAURENS et Mireille DELMAS-MARTY, *Terrorismes : histoire et droit*, CNRS Edition, Paris, 2010, 337 p.

Athanasia PETROPOULOU, *Liberté et sécurité : les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions A. Pedone, 2014, 574 p.

Louis-Edmond PETTITI, *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, 1225 p.

Benoit PLESSIX et Nathalie DEFFAINS, *Fichiers informatiques et sécurité publique*, PUN-éditions universitaires de Lorraine, 2013, 244 p.

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, tome 2, Chez Furne libraire-éditeur, 1835, 2051 p.

Jean-Luc SAURON et Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino Lextenso éditions, 2014, 480 p.

Jean SERVIER, *Le terrorisme*, Que-sais-je ?, PUF Paris, 1992, 128 p.

Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, 967 p.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF 2003, 6^{ème} édition, 976 p.

Frédérique Vallon, *De l'utilité d'un droit international en matière de terrorisme nucléaire maritime*, Publibook, 2012, 356 p.

Michèle-Laure RASSAT, *Droit Pénal spécial*, précis Dalloz, 6^{ème} édition, 2011, 1295 p. Sandrine WATTHEE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme, la protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Anthemis, 2014, 516 p.

§2. Thèses

Henri FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres : l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, L.G.D.J, 1996, 376 p.

Karine ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2012, 524 p.

§3. Articles

Cécile BARGUES, « Les acteurs juridiques et les normes constitutionnelles reconnaissant les droits de l'homme en France », *La Revue des droits de l'homme*, 2 juin 2015.

Nicolas BOURGOIN, « Justice prédictive et surveillance globale : demain tous suspects ? », *Worldpress*, 2015.

Olivier CAHN, « Contrôle de l'élaboration et de la mise en œuvre de la législation antiterroriste », *RDLF*, 2016, chron. N°08.

Mireille DELMAS-MARTY, « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », *Revue Projet* 2011/5, 2011.

Thérèse DELPECH, « Le terrorisme international et l'Europe », *Cahier de Chahiot* n° 56.

Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », *Conseil constitutionnel.fr*, 13 février 2009.

Philippe FRUMER, « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe, Commentaire de l'arrêt Mamatkulov et Askarov c. Turquie du 4 février 2005 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 64/2005.

Gérard GONZALEZ, « L'état d'urgence au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *centre de recherche des droits fondamentaux et les évolutions du droit*, université de Caen.

- « Apologétique du juge européen des droits de l'homme en l'année 2015 – à propos du rapport 2015 de la Cour EDH », *La semaine juridique édition générale* n° 8, 22 février 2016.

Steven GREER, « La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 17, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000.

Nicolas HERVIEU, « Expulsion d'Italie vers la Tunisie d'une personne accusée de terrorisme (CEDH, 24 février 2009, Ben Khemas c. Italie), *Combats pour les droits de l'homme* (CPDH), 26 février 2009.

- « Rejet de la demande de renvoi en Grande Chambre dans la sensible affaire Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni » in Lettre « *Actualités Droits-Libertés* » du CREDOF, 13 mai 2012.
- « Signalement au « SIS » : faiblesse de la protection conventionnelle », *Combats pour les droits de l'homme* (CPDH), 2010.
- « État d'urgence et CEDH : de la résilience des droits de l'homme », *le droit en débat*, Dalloz.fr, 2016.

Fehima ISSA, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2014) », *Journal du droit international* (Clunet) n°4, octobre 2015.

Marc JACQUEMAIN, « Terrorisme, terroriste », *Quaderni* n°63, *Nouveaux mots du pouvoir : fragments d'un abécédaire*, printemps 2007.

Alexandre-Charles KISS et Phédon VEGLERIS, « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, volume 17, 1971.

Thiery-Serge RENOUX, « Juger le terrorisme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°14 (Dossier : La justice dans la Constitution), mai 2003.

Anaïs LAMBERT et Laetitia BRACONNIER, « La marge de manœuvre 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*, 2016.

Olivier LE BOT, « La loi relative au renseignement devant le Conseil constitutionnel », *Dalloz Constitutions*, 2015.

Madeleine LOBE LOBAS, « Conventionalité des mesures de lutte contre le terrorisme », *RISEO*, 2015.

Roseline LETTERON, « Extradition : La Belgique condamnée pour n'avoir pas su résister aux pressions américaines », *Veille juridique sur les droits de l'homme et les libertés publiques*, contreponts.org, 11 septembre 2014.

Jean-Pierre MARGUENAUD, « Droits de l'homme, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (article 3) », *RSC*, 2008.

Pierre MERTENS, « L'affaire Irlande contre le Royaume-Uni devant la Commission européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 1977, pp. 10-29.

Hanspeter MOCK, « Guerre contre le terrorisme et droits de l'homme, réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme intitulé « l'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », *RTDH* n° 65, janvier 2006.

Virginie PELETIER, « Extradition et peine perpétuelle incompressible », *Droit pénal* n° 11, LexisNexis, 2014.

René PELLOUX, « L'Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lawless (fond) », *AFDI*, 1961.

Sylvie PERROU-PISTOULEY, « L'affaire Marper c/ Royaume-Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, 2009.

Joanna PETIN, « Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme, Réseau universitaire européen », *ELSJ*, 23 avril 2013.

Pierrette PONCELA, « Le placement à l'isolement des détenus, en marge de l'arrêt de Grande Chambre *Ramirez Sanchez c. France* du 4 juillet 2006 de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* n° 69, 2007.

Aisling REIDY, « L'interdiction de la torture », *précis sur les droits de l'homme* n° 6, Conseil de l'Europe, 2003

Patrice SPINOSI, « Une nouvelle loi pour lutter contre le terrorisme : la France prise dans la spirale de l'exception », *JCP G.*, 24 novembre 2014, n° 48.

Frédéric SUDRE, Chronique, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 3, 14 janvier 2013.

- « Complicité de la Pologne dans la pratique de la torture de la CIA », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 37, 8 septembre 2014.
- Chronique, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 30, 23 juillet 2008.
- « Le mystère des apparences dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2009.
- « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme » in *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, LGDJ, 1999.

Patrick Wachsmann, «Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, n° 5, décembre 2010.

II. Presse

AFP, « Algérien extradé de Slovaquie « inacceptable » pour le Conseil de l'Europe », *Algeria-Watch.org*, 30 avril 2010.

Robert BADINTER, « L'Etat de droit n'est pas l'Etat de faiblesse », *Les Inrocks*, 17 novembre 2015.

Paule GONZALES, « La Cour européenne des droits de l'homme dans la ligne de mire de la droite », *Le Figaro.fr*, 15 janvier 2015.

Nicolas HERVIEU, « Antiterrorisme : la Cour européenne est une alliée (tribune) », *Libération.fr*, 21 janvier 2015.

Franck JOHANNES, « La loi renseignement attaquée par des journalistes devant la Cour européenne », LeMonde.fr, 3 octobre 2015.

« La loi renseignement attaquée par l'ordre des avocats de Paris », LeMonde.fr, 9 octobre 2015.

« « New surveillance laws : new cases », Internet Polyci Review, 12 mai 2016.

Marc REES, « Le Conseil national des barreaux attaque la loi Renseignement devant la CEDH », Nextinpact.com, le 28 décembre 2015.

José SARAMANGO, « Que reste-il de la démocratie ? », Le Monde diplomatique, aout 2004.

III. Jurisprudence

A. Jurisprudence internationale

§1. Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 19 février 2009, *A et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, [GC]

Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, [plénière]

Cour EDH, 12 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93

Cour EDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11

Cour EDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498

Cour EDH, 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12

Cour EDH, 10 avril 2012, *Babar et autres c. Royaume Uni*, n° 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09

Cour EDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie*, n° 246/07

Cour EDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, n° 14553/89 et 14554/89

Cour EDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, [plénière]

Cour EDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 2414/93, [GC]

Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, n° 13134/87

Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, n° 15576/89, [plénière]

Cour EDH, 2 février 2010, *Daléa c. France*, n°967/07

Cour EDH, 23 septembre 1998, *Demir et autres c. Turquie*, n° 71/1997/855/1062-1064

Cour EDH, 10 février 2011, *Dimitrov-Kazakov c. Bulgarie*, n° 11379/03

Cour EDH, 13 décembre 2012, *El-Masri c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09

Cour EDH, 1^{er} juin 2010, *Gägfén c. Allemagne*, n° 22978/05, [GC]

Cour EDH, 29 avril 1997, *H.L.R c. France*, n° 24573/94

Cour EDH, 6 mars 2001, *Hilal c. Royaume-Uni*, n° 45276/99

Cour EDH, 24 juillet 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13

Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, [plénière]

Cour EDH, 12 décembre 2008, *Kafkaris c. Chypre*, n° 21906/04, [GC]
Cour EDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05
Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, [plénière]
Cour EDH, 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, n° 13/1997/797/100
Cour EDH, 6 mai 1978, *Kotalla c. Pays-Bas*, n° 7994/77
Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, n° 11801/85 et 11105/84
Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96
Cour EDH, 15 mai 2012, *Labsi c. Slovaquie*, n° 33809/08
Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. République d'Irlande*, n° 332/57
Cour EDH, 23 mars 1987, *Leander c. Suède*, n° 9248/81
Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79, [plénière]
Cour EDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, [GC]
Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, [GC]
Cour EDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09
Cour EDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09
Cour EDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, n° 28341/95
Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, [GC]
Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06
Cour EDH, 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 9450/00, [GC]
Cour EDH, 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04
Cour EDH, 24 avril 1998, *Selçuk et Asker c. Turquie*, n° 23184/94 et 23185/94
Cour EDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25893/94
Cour EDH, 6 juin 2006, *Segersted-Wiberg et autres c. Suède*, n°62332/00
Cour EDH, 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09
Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Allemagne*, n° 14038/88, [GC]
Cour EDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14
Cour EDH, 7 mars 2000, *T.I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98
Cour EDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, n° 140/10
Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72
Cour EDH, 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, n° 24888/94, [GC]
Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vil Varajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87
Cour EDH, 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, [GC]
Cour EDH, 22 mai 1990, *Weber et Saravia c. Allemagne*, n° 11034/84
Cour EDH, 4 décembre 2015, *Zakharov c. Russie*, n° 47143/06, [GC]

§2. Commission européenne des droits de l'homme

CommEDH [rapport], 27 janvier 1968, *Affaire grecque, Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce*, n° 3321/67, 3322/67 et 3344/67
CommEDH, 4 octobre 1983, *Chypre contre Turquie*, n° 8007/77
CommEDH, 26 septembre 1958, *Grèce contre Royaume-Uni*, n° 176/56

B. Jurisprudence nationale

§1. France

CC, 16 juillet 1971, n°74-44 DC, *Liberté d'association*

CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC

CC, 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC

IV. Documents

Amnesty International, « Slovaquie : l'extradition vers l'Algérie ferait courir à Mustapha Labsi le risque d'être torturé ou maltraité », déclaration publique, EUR 72/011/2007, 28 novembre 2007.

Kofi ANNAN, Discours au sommet mondial de 2005, ONU.org

Aharon BARAK, « les droits de l'homme en temps de terreur : un point de vue judiciaire », Ouverture de l'année judiciaire (2016)-Séminaire-Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier 2016.

« Biométrie : des dispositifs sensibles soumis à autorisation de la CNIL », CNIL.fr.

Jean-Charles BRISARD, « compte rendu de l'audition de la commission d'enquête sur la surveillance des filières et des individus djihadistes », le 12 février 2015.

CNIL, « Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement ».

Commission nationale consultative des droits de l'homme, « Avis sur le projet de loi relatif au renseignement : communiqué de presse », 16 avril 2015.

Conseil de L'Europe, « Fiche d'information : le Conseil de l'Europe et la lutte contre le terrorisme », Secrétariat général-direction de la communication.

- Communiqué de presse, « Commission de Venise : la loi russe sur la Cour constitutionnelle est incompatible avec les obligations internationales et doit être modifiée », 11 mars 2016.

Cour européenne des droits de l'homme, « Qu'est-ce qu'une mesure provisoire ? », Unité de presse-Fiche thématique, avril 2016.

- Communiqué de presse, « Les assurances spéciales obtenues sur les conditions de détention sont suffisantes pour permettre l'extradition d'un présumé terroriste devant être jugé aux États-Unis », 29 janvier 2015.
- « Sécurité nationale et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Division de la recherche, 2013.

Dick MARTY, « Allégation de détentions secrètes et de transferts illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe », Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 7 juin 2006

Assemblée Nationale, « Proposition de résolution invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme », 18 février 2015

Manfred NOWAK, « Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture », Commission des droits de l'homme, 23 décembre 2005.

- Rapport, « Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement », Conseil des droits de l'homme, 14 juin 2009.

Table des matières

Remerciements	3
Engagement de non plagiat.....	4
Sommaire	5
Introduction	1
Section 1 : La notion de terrorisme à l'épreuve de l'universalité	1
§1. Les instruments classiques insuffisants pour appréhender le phénomène terroriste.....	1
§2. La nécessité d'instruments d'exceptions pour répondre à un acte d'exception	4
§3. La complexité de la notion de terrorisme	5
§4. La difficulté d'une définition internationale	7
Section 2 : L'échelon européen comme rempart supranational démocratique	13
§1. Le consensus européen sur la définition du terrorisme.....	13
§2. La « grande Europe » pour protéger les droits fondamentaux.....	15
§3. La lutte contre le terrorisme et les droits fondamentaux ?	16
§4. La tolérance excessive du Conseil constitutionnel légitimant la place du juge européen.....	17
Titre 1 : La Cour européenne des droits de l'homme face aux actions préventives anti-terroristes intra-étatiques	21
Chapitre 1 : Des mesures dérogatoires limitées à une nécessaire proportionnalité	22
Section 1 : Une dérogation permise en cas de guerre ou en cas de danger public menaçant la vie de la nation	23
§1. L'exigence d'une situation exceptionnelle	23
§2. Des mesures dérogeant dans la stricte mesure où la situation l'exige	29
§3. La nécessaire compatibilité avec les obligations internationales	34
Section 2 : Une dérogation souple au formalisme exigé.....	35
§1. L'obligation d'un acte formel pour informer le Secrétaire Général.....	35
§2. La nécessité d'informer régulièrement le Conseil de l'Europe	36
§3. L'obligation d'indiquer l'arrêt des mesures potentiellement liberticides.....	38
Section 3 : Un contrôle de proportionnalité fluctuant face aux droits indérogables	38
§1. L'existence d'une hiérarchie entre les droits garantis par la Convention.....	39
§2. Une tolérance excessive vis-à-vis d'actions injustifiables de la part du Royaume-Uni.....	40
§3. L'absence de contrôle de la situation exceptionnelle	42
Chapitre 2 : Le difficile respect des données à caractère personnel face à la menace terroriste	46
Section 1 : L'interprétation souple de l'article 8 par la Cour	47

§1. L'élargissement du spectre de victime pour un contrôle efficace	48
§2. La flexibilité du contrôle de la Cour par rapport à la prévisibilité de l'ingérence	51
§3. L'absence de remise en question de la pertinence du but légitime poursuivi	56
Section 2 : Le contrôle de proportionnalité de la CEDH face à l'enjeu sécuritaire	58
§1. Le contrôle « Janus » des garanties en cas de collecte ou de mémorisation.....	58
§2. La fermeté des juges européens face au traitement des données biométriques	64
§3. Les nouvelles mesures de surveillance bientôt devant la Cour	67
Titre II : La protection préventive des atteintes à la dignité humaine dans les cas d'éloignement des étrangers pour des raisons sécuritaires	71
Chapitre 1 : la lecture dynamique de l'article 3 par la Cour.....	73
Section 1 : l'interprétation de l'article 3 par les juges européens	73
§1. La définition des termes de l'article retenue par la Cour.....	73
§2. La protection par ricochet et le problème de l'État de destination	78
§3. Les particularités du déclenchement de la protection de l'article 3 en cas d'extradition	82
Section 2 : l'élargissement de la portée de l'article 3	85
§1. La négation de la peine de mort via l'article 3	85
§2. Le problème des peines à perpétuité.....	88
§3. L'isolement carcéral et la compréhension du juge européen.....	91
Chapitre 2 : La grande fermeté de la Cour malgré une résistance étatique.....	94
Section 1 : Le rejet de toute mise en balance de l'article 3 pour des raisons sécuritaires	94
§1. Le cas particulier des opérations de « remises » secrètes	94
§2. L'accentuation du caractère absolu de l'article 3 malgré la pression étatique	99
§3. Le contrôle rigoureux des assurances diplomatiques	103
Section 2 : La pratique audacieuse des mesures provisoires.....	106
§1. L'affirmation du caractère obligatoire des mesures provisoires.....	107
§2. La mise en œuvre par la Cour.....	110
§3. La « rébellion » étatique pour cause de lutte antiterroriste.....	111
L'État de droit n'est pas l'État de faiblesse	116
Bibliographie	121