

Paris, le 7 janvier 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-001

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 5, 6 de la Convention et l'article 2 du Protocole n° 4 ;

Ayant pris connaissance des requêtes *Domenjoud c. France* (n° 34749/16 et 79607/17) devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme des mesures d'assignation à résidence prononcées sur le fondement de l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, tel que modifiée par la loi du 20 novembre 2015,

Autorisée à présenter une tierce-intervention dans la procédure,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour.

Claire HÉDON

Tierce-intervention du Défenseur des droits dans *Domenjoud c. France*
(requêtes n° 34749/16 et n° 79607/17)

Le lendemain des attentats terroristes du 13 novembre 2015, l'Etat français a déclaré l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire. Par courrier du 24 novembre 2015, il en a informé le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, en indiquant qu'il recourait à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention), certaines mesures de l'état d'urgence « [étant] susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention ». L'état d'urgence a duré près de deux années, après plusieurs prorogations législatives.

Aux termes de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, modifié par la loi du 20 novembre 2015¹, le ministre de l'Intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 de la loi et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, dans les circonscriptions territoriales mentionnées au même article 2.

Pendant la période de l'état d'urgence, 754 arrêtés d'assignation à résidence ont été adoptés sur 10 000 mesures prises au total. 350 assignations à résidence ont été prononcées durant la première phase de l'état d'urgence, du 14 novembre 2015 au 25 février 2016, dont 268 étaient encore en vigueur au 25 février 2016.²

I. La qualification de la mesure d'assignation à résidence au regard de l'article 5 de la Convention et de l'article 2 du Protocole n° 4

La Cour devra déterminer si la mesure d'assignation à résidence prévue à l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, tel que modifié par la loi du 20 novembre 2015, constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention ou une restriction à la liberté de circulation au sens de l'article 2 du Protocole n° 4.

Pour déterminer si un individu se trouve "privé de sa liberté" au sens de l'article 5 de la Convention, la Cour part de sa situation concrète et prend en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure en cause. Cela lui permet d'avoir égard au contexte et aux circonstances spécifiques entourant les restrictions à la liberté qui s'éloignent de la situation type qu'est l'incarcération.

La Cour rappelle qu'entre privation et restriction de liberté, il y a une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence.³ Elle considère que les simples restrictions à la liberté de circulation ne sont pas couvertes par l'article 5 mais par l'article 2 du Protocole n° 4.

Dans plusieurs arrêts relatifs à des mesures de prévention, telles que des mesures de surveillance spéciale avec assignation à résidence, la Cour prend en compte un ensemble de critères de manière cumulée et combinée : le contexte et les circonstances spécifiques entourant la mesure ; le lieu de l'assignation, son caractère exigü ou non, confiné ou non ; l'interdiction de sortir du domicile pendant la nuit (avec une plage horaire fixée) ; la durée de la mesure ; l'existence d'une surveillance à l'égard de l'individu et son intensité ; l'existence d'un pointage périodique obligatoire auprès des forces de sécurité et sa fréquence ; l'existence de restrictions à la liberté de circulation en dehors du lieu d'assignation et d'un contrôle ; l'existence d'autres

¹ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

² Rapport de recherche effectué dans le cadre de la convention de recherche signée avec le Défenseur des droits, CREDOF, *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, février 2018.

³ *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, §§ 92-93 ; *De Tommaso c. Italie* [GC], no 43395/09, § 80, 23 février 2017.

obligations telles que l'indication aux autorités de l'identité des personnes contactées par téléphone, d'un changement de lieu de domicile ; l'interdiction de fréquenter certaines personnes et/ou certains lieux publics ; l'imposition de sanctions en cas de non-respect des obligations ; les effets de la mesure sur la possibilité de mener une vie sociale et de nouer des contacts sociaux avec l'extérieur.

La Cour estime que l'assignation à domicile s'analyse en une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention au vu de son degré d'intensité.⁴

Dans l'affaire *Guzzardi* de 1980, si la Cour considère que la surveillance spéciale avec assignation à résidence dans une commune ne relève pas de l'article 5, elle a toutefois conclu autrement en l'espèce, ayant à l'esprit que la privation de liberté peut prendre aujourd'hui des formes différentes de la détention classique et résulter des modalités d'exécution de la mesure. Ici, le requérant était assigné sur une faible portion d'une île d'accès malaisé, entouré d'autres personnes assujetties à la même mesure. Surveillé quasiment constamment pendant plus de 16 mois, il avait l'interdiction de circuler hors de ce lieu (sauf sur autorisation) et de sortir la nuit entre 22h et 7h, ainsi que l'obligation de se présenter aux autorités deux fois par jour et d'indiquer l'identité des personnes qu'il souhaitait contacter. Il avait donc très peu de contacts sociaux. Le non-respect de ces mesures était sanctionné. C'est l'ensemble de ces mesures cumulées et combinées qui a conduit la Cour à qualifier la mesure de privation de liberté, assimilable à une « prison ouverte ».

Depuis l'affaire *Guzzardi*, la Cour a en revanche examiné sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 4, plusieurs affaires de surveillance spéciale avec assignation à résidence accompagnées de restrictions similaires telles que l'interdiction de sortir pendant la nuit, de s'éloigner du lieu de résidence, de fréquenter certains lieux publics et individus et de participer à des réunions publiques.⁵

Il semble ressortir des arrêts qui ont suivi l'affaire *Guzzardi* qu'en présence d'une mesure de surveillance avec assignation à résidence, la Cour attache de l'importance au caractère exigü du lieu d'assignation, à la possibilité de sortir pendant la journée et de mener une vie sociale avec l'extérieur.

Dans les présentes affaires, l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 permet aux autorités de soumettre une personne à une assignation à résidence dans un lieu qu'elles fixent (qui doit se situer dans une agglomération ou en proximité immédiate d'une agglomération) et lui imposer d'autres obligations telles que : l'interdiction de sortir du domicile pendant une plage horaire qui ne peut dépasser 12 heures, l'obligation de se présenter périodiquement aux forces de sécurité, dans la limite de trois présentations par jour, la remise à celles-ci du passeport ou de tout document justificatif de son identité, l'interdiction de se trouver en relation, directement ou indirectement, avec certaines personnes nommément désignées. Le non-respect de ces obligations est pénalement sanctionné (article 13 de la loi). La loi permet également le placement sous surveillance électronique mobile pour une catégorie de personnes, avec leur accord.

Si le Conseil constitutionnel a qualifié cette mesure de restriction de liberté à la lumière de sa jurisprudence, rappelons que la notion de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention doit s'interpréter de manière autonome⁶ et qu'il appartiendra à la Cour d'analyser *in concreto* la mesure dont elle est saisie, ses modalités d'exécution, les autres obligations l'accompagnant, ainsi que leurs effets cumulés et combinés sur la situation du requérant, pour apprécier le degré de privation de liberté.

⁴ *De Tommaso, op. cit.*, § 87.

⁵ *De Tommaso, op. cit.*, §§ 88-89. Voir également *Timofeyev et Postupkin c. Russie*, nos 45431/14 et 22769/15, §§ 123-125, 19 janvier 2021.

⁶ *Buzadji c. République de Moldova* [GC], no 23755/07, § 103, 5 juillet 2016. Voir Conseil constitutionnel, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015.

En tout état de cause, il est fondamental que soit assurée la compensation du caractère exorbitant des pouvoirs de l'administration en termes de restriction des droits et libertés dans le cadre de l'état d'urgence, régime d'exception, par l'existence dans la loi de garanties suffisantes afin d'éviter tout risque d'abus et d'arbitraire de la part de l'administration ; garanties exigées tant par l'article 5 que l'article 2 du Protocole n° 4. L'existence d'un contrôle juridictionnel approfondi des mesures en fait partie, comme on le verra plus loin.

II. Les insuffisances de la loi au regard des exigences posées par la Convention et la jurisprudence de la Cour

Selon une jurisprudence constante de la Cour, une mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à tous les articles de celle-ci. Plus particulièrement, cela irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé aux autorités compétentes ne connaissait pas de limites. La loi doit donc définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire et une sécurité juridique.⁷

La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler que, même dans le cadre d'un état d'urgence qui conduit les autorités à invoquer l'article 15 de la Convention, le principe fondamental de la prééminence du droit doit prévaloir.⁸ Ce que rappelle également l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) dans sa résolution 2209/2018 du 24 avril 2018.⁹

La Cour pose des exigences quant à la qualité de la loi qui pourrait porter atteinte à l'un des droits protégés par la Convention. L'une d'entre elles est la prévisibilité de la loi. Une norme est prévisible lorsqu'elle offre une certaine garantie contre les atteintes arbitraires de la puissance publique.

Pour répondre aux exigences de la Convention, la loi doit être énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé.¹⁰

La loi du 20 novembre 2015 a modifié substantiellement l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, notamment en substituant la notion de comportement à celle d'« *activité dangereuse* »¹¹.

Aux termes de l'article 6, « *le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics dans les circonscriptions territoriales mentionnées au même article 2 (...)* » [nous soulignons] et imposer d'autres obligations.

Bien qu'ils n'aient pas été censurés par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, les termes « *raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* » manquent de clarté et de précision et ne répondent pas aux exigences de qualité de la loi requises par la Convention, en particulier aux exigences de légalité et de prévisibilité.

Ainsi formulé, cet article ne permet pas à un citoyen de savoir avec précision les circonstances qui seraient susceptibles de constituer une menace pour la sécurité et l'ordre publics et qui

⁷ Voir notamment *Selahattin Demirtaş c. Turquie* (no 2) [GC], no 14305/17, § 249, 22 décembre 2020.

⁸ *Pişkin c. Turquie*, no 33399/18, § 153, 15 décembre 2020.

⁹ APCE, Résolution 2209(2018) État d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁰ *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 49.

¹¹ « *Le ministre de l'intérieur dans tous les cas peut prononcer l'assignation à résidence (...) de toute personne (...) dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics (...)* ».

conduiraient à ce qu'il puisse faire l'objet d'une mesure d'assignation à résidence. En effet, la mesure ne repose pas sur des éléments matériels, des faits objectifs, précis et circonstanciés, mais sur des allégations, des supputations, ou encore des suspicions de l'administration, des services de renseignement en particulier, qui prêteraient à la personne des fréquentations, des opinions, des propos, une appartenance à un mouvement¹². Le champ d'application de l'article est de ce fait extrêmement large et peut viser un grand nombre de personnes et de comportements imprécis.

Les insuffisances de la loi ont été également pointées du doigt par la doctrine.

Ainsi que le relèvent O. Beaud et C. Guérin-Bargues, la loi du 20 novembre 2015 substitue la notion de « comportement » à celle d'activité au sein du texte initial de 1955 : « *La première qui renvoie à une manière d'être est évidemment beaucoup plus floue que la notion d'activité* ». Ils ajoutent : « *[p]récédée de surcroît par l'expression "il existe des raisons sérieuses de penser", elle ouvre la voie à des assignations fondées sur des éléments d'appréciation d'une rare subjectivité (...)* ».¹³

Pour G. Eveillard également, les motifs justificatifs de l'assignation à résidence sont des plus vagues, « *le simple soupçon permet désormais de fonder une assignation à résidence* ».¹⁴ E. Daoud et M. Pugliese relèvent que « *les critères en vertu desquelles les mesures administratives peuvent être mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence laissent place à un certain nombre de dérives puisqu'il n'en existe aucune définition rigoureuse et objective. Il est en effet impossible d'établir avec précision ce que recouvrent les notions de "raisons sérieuses" ou de "menace pour la sécurité et l'ordre publics". Les critères posés sont si vagues qu'ils donnent en pratique toute latitude aux forces de police pour user de leurs pouvoirs qui sont étendus dans des proportions spectaculaires.* »¹⁵

De même, le rapport « *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence* » de 2018 souligne que les modifications législatives rendent le profil de l'assigné potentiel imprécis : « *Si l'activité d'une personne permettait d'apprécier le degré de menace contre l'ordre public, celle-ci est dorénavant remplacée par le « comportement » censé jauger la dangerosité du profil de l'individu. Or, si l'activité est un élément éminemment objectif, il n'en est rien pour le comportement, dont l'entière appréciation est laissée à l'administration.* »¹⁶. M. Chambon relève le manque de rigueur des termes « *aux raisons sérieuses de penser* » : « *avec ce standard, le comportement individuel est réputé constituer une menace à l'ordre public, laquelle sera présumée et donc seulement virtuelle (...)* ».¹⁷

En outre, les dispositions de l'article 6 sont silencieuses sur l'exigence de lien entre les motifs justifiant l'assignation à résidence et ceux qui ont justifié l'état d'urgence et la durée maximale de la mesure qui, en application de l'article 14, ne cesse qu'au moment de la fin de l'état d'urgence, lequel n'a cessé d'être prorogé jusqu'au 30 octobre 2017. A cet égard, on relève que le législateur est intervenu en décembre 2016 pour fixer une durée maximale.¹⁸

¹² Ce que confirme l'étude d'impact du projet de loi, les termes « *permettent d'inclure dans le champ des personnes qui ont appelé l'attention des services de police ou de renseignement par leur comportement ou leurs fréquentations, propos ou projets* ».

¹³ O. Beaud et C. Guérin-Bargues, L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique, LGDJ, 2018. Voir aussi S. Degirmenci, Une validation sinueuse de l'assignation à résidence en état d'urgence doublée d'un appel renforcé au contrôle du juge administratif, RDH, 2015 ; Lutte contre le terrorisme - L'état d'urgence, la justice et les avocats – Enquête, JCP G, n° 6, 8 février 2016, 147.

¹⁴ G. Eveillard, État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel, Droit Administratif n° 4, Avril 2016.

¹⁵ E. Daoud et M. Pugliese, État d'urgence : quel état des libertés ? Revues des Juristes de Sciences Po n° 11, mars 2016, 121.

¹⁶ Rapport Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, *op. cit.*

¹⁷ *Ibid.*, p.63 ; G. Eveillard, *op. cit.* ; CNCDH, Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures antiterroristes de la loi du 21 juillet 2016. Voir également Concl. X. Domino sur CE, sect., 11 décembre 2015, n° 394989.

¹⁸ Loi du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi relative à l'état d'urgence.

Par ailleurs, plusieurs arrêtés d'assignation à résidence fondés sur l'article 6, modifié par la loi du 20 novembre 2015, sont intervenus les jours suivants l'entrée en vigueur de la loi, les tribunaux n'ont donc pu clarifier l'interprétation qui devait être faite des dispositions.¹⁹

Dès le 20 janvier 2016, le Défenseur des droits recommandait d'encadrer davantage les mesures de l'état d'urgence en posant des limites matérielles et temporelles et d'exiger un lien de causalité strict entre les motifs de la mesure prise et ceux de l'état d'urgence.²⁰ Il s'est dit également préoccupé par le glissement vers une logique de suspicion, une justice préventive et prédictive, tendant à remonter de plus en plus en amont de l'acte criminel, sans que l'on offre les garanties judiciaires requises existant en procédure pénale. Ces mesures permettent désormais aux autorités administratives de prendre des mesures restrictives de liberté à l'égard d'individus sur la base de simples soupçons, de comportements, d'attitudes, de propos – fondés le plus souvent sur du renseignement -, en l'absence d'acte pénalement répréhensible. Le Défenseur des droits a réitéré ses inquiétudes lorsque ces mesures ont été intégrées dans le droit commun avec la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme du 30 octobre 2017.²¹

Dans sa résolution 2209(2018) "État d'urgence : questions de proportionnalité relatives à la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme", l'APCE a également critiqué les insuffisances de la loi du 3 avril 1955 : « *L'Assemblée observe avec préoccupation les diverses critiques formulées à l'égard de l'état d'urgence en France, notamment son recours à des termes subjectifs et insuffisamment précis pour déterminer l'étendue de son application (...)* ». Elle a recommandé à la France de revoir la loi « *à la lumière des critiques (...) en examinant en particulier les préoccupations liées aux définitions utilisées dans certaines dispositions* ».²²

Plusieurs experts des Nations Unies ont également relevé les insuffisances de la loi : « *soulignant le manque de définition de l'expression « raisons sérieuses », ainsi que le manque de clarté et de précision des circonstances susceptibles de constituer une menace pour la « sécurité » et « l'ordre publics », ces notions étant très vagues et vastes. Les dispositions de cette loi permettent d'assigner à résidence un grand nombre de personnes, au-delà d'une application strictement liée à la lutte contre le terrorisme. Dans ce sens, les experts indépendants se sont montrés particulièrement alarmés par les allégations qui indiquent que des militants écologistes aient pu faire l'objet de perquisitions et d'assignations à résidence, en application des mesures relatives à l'état d'urgence, pour prévenir des manifestations pacifiques liées à la Conférence COP 21 ou d'autres rassemblements.* »²³ Ils ont adressé au Gouvernement français une série de questions concernant la loi relative à l'état d'urgence.

En conclusion, l'article 6 ne répond pas aux exigences de clarté et de prévisibilité de la loi, posées par la Convention, quant à son champ d'application, notamment quant aux catégories de personnes susceptibles d'être visées par la mesure d'assignation à résidence.

La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la prévisibilité de normes prévoyant des mesures de prévention, comme celle prévue à l'article 6.

Dans l'affaire *Timofeyev et Postupkin c. Russie*, la Cour a considéré la loi permettant une surveillance administrative comme suffisamment prévisible après avoir relevé, d'une part, qu'elle

¹⁹ Dans *Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], la Cour rappelle que la fonction de décision confiée aux tribunaux sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, compte tenu des évolutions de la pratique quotidienne.

²⁰ Défenseur des droits, Audition par la Commission des lois du Sénat sur le suivi de l'état d'urgence, 20 janvier 2016 ; Avis 16-03 du 25 janvier 2016.

²¹ Voir notamment l'avis 17-05.

²² APCE, résolution précitée.

²³ Déclaration publique sur la loi relative à l'état d'urgence et sur la loi relative à la surveillance des communications électroniques internationales, 19 octobre 2016.

décrivait en détail les catégories de personnes visées par la mesure et qu'elle se basait sur des critères objectifs, soulignant qu'aucun des critères ne laissait place à une appréciation discrétionnaire des juridictions nationales quant aux destinataires des mesures de prévention, d'autre part, qu'elle précisait sa portée temporelle.²⁴ *A contrario*, dans *De Tommaso c. Italie*,²⁵ la Cour a estimé que la loi manquait de prévisibilité car la catégorie de personnes visée était insuffisamment définie, relevant que « *nonobstant le fait que la Cour constitutionnelle soit intervenue à plusieurs reprises afin de préciser les critères à employer pour apprécier la nécessité des mesures de prévention, l'application de celles-ci reste liée à une appréciation prospective par les juridictions internes, étant donné que ni la loi ni la Cour constitutionnelle²⁶ n'ont identifié clairement les « éléments factuels » ou les comportements spécifiques qui doivent être pris en compte pour évaluer la dangerosité sociale de l'individu et qui peuvent donner lieu à l'application de telles mesures.* » La Cour a conclu à la violation de l'article 2 du Protocole n° 4, relevant les termes imprécis et généraux de la loi qui pouvaient se prêter à diverses interprétations.

III. Des mesures qui doivent être strictement nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi

Par lettre du 24 novembre 2015, le Gouvernement a informé le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la déclaration de l'état d'urgence sur le territoire en raison des attentats terroristes du 13 novembre 2015 et du recours à l'article 15 de la Convention, indiquant - sans les préciser – que certaines mesures prises à ce titre « *sont susceptibles d'impliquer une dérogation aux obligations résultant de la Convention* ». Outre que l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention n'est pas concerné par l'article 15, ce dernier ne confère pas aux Etats « *un pouvoir illimité* » s'agissant des droits et libertés sujets à dérogations, tels que l'article 5 et l'article 6 de la Convention.²⁷

Si la Cour accorde une ample marge d'appréciation aux Etats dans la détermination de la nature et de la portée des mesures dérogatoires qui leur semblent nécessaires pour conjurer le danger invoqué, il lui appartient cependant, en dernier ressort, d'examiner si les mesures prises sont « *strictement exigées* » par la situation, en opérant un contrôle de nécessité et de proportionnalité.²⁸

Dès lors, les requérants peuvent se prévaloir de l'ensemble des droits protégés par la Convention devant la Cour bien qu'ils fassent l'objet d'une dérogation au titre de l'article 15, afin que la Cour puisse effectuer son contrôle habituel. D'ailleurs, il ressort de la jurisprudence que le juge administratif n'a pas refusé de statuer sur les moyens fondés sur la violation alléguée d'articles de la Convention.²⁹

Dans le type d'affaires présentement devant la Cour, on peut tout d'abord se demander si le principe de nécessité a été respecté eu égard aux dispositions de l'article 6 et de l'interprétation qui en est faite ;³⁰ aucun lien n'est en effet exigé entre la nature de la menace pour la sécurité et l'ordre publics justifiant l'assignation à résidence d'un individu et le « *péril imminent* » à l'origine de la mise en place de l'état d'urgence, à savoir la menace terroriste.

²⁴ *Timofeyev et Postupkin*, précité, §§ 129-130.

²⁵ *De Tommaso*, précité, §§ 116-117.

²⁶ La Cour constitutionnelle italienne avait jugé que la simple appartenance à l'une des catégories de sujets visées à l'article 1 de la loi ne suffisait pas à justifier l'application d'une mesure de prévention et qu'il fallait au contraire établir l'existence d'un comportement spécifique de l'intéressé démontrant la réalité de sa dangerosité, laquelle ne pouvait être seulement théorique. Elle a indiqué que les mesures de prévention ne pouvaient donc pas être adoptées sur la base de simples soupçons, mais devaient reposer sur une appréciation objective des « éléments factuels » qui fasse ressortir la conduite habituelle et le niveau de vie de la personne, ou des manifestations concrètes de sa propension à la délinquance, § 116.

²⁷ *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, § 59.

²⁸ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A no 25.

²⁹ A. Vandenderiessche, Le contrôle du Conseil d'Etat sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence, AJDA, 23/2018 ; G. Eveillard, *op. cit.*

³⁰ CE, sect., 11 décembre 2015, n° 394989.

Alors que l'exposé des motifs du projet de loi précisait que l'assignation à résidence viserait des personnes évoluant dans la mouvance terroriste³¹, il a permis l'assignation à résidence de plusieurs personnes militants écologistes et altermondialistes durant la conférence COP21, qui ne constituaient pas une menace terroriste.³²

Ainsi que le relèvent les députés chargés du contrôle parlementaire de l'état d'urgence, d'autres mesures fondées sur l'état d'urgence ont également été prises pour le maintien de l'ordre, motif étranger à celui qui a conduit à l'état d'urgence, pour limiter dans certaines circonstances, la circulation des personnes comme à l'occasion des manifestations contre la loi de réforme du code du travail³³ ou encore du démantèlement de la lande de Calais. Les députés ont à juste titre relevé que ces mesures n'entretenaient pas de lien direct avec les éléments ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence : « *S'il s'agit de l'ordre public en général, pourquoi fonder de telles décisions sur la loi relative à l'état d'urgence ? Ne serait-il pas préférable de réserver ce dispositif exceptionnel aux cas qui présentent un lien indéniable avec la menace ou le risque ayant conduit à sa déclaration ?* ». Les rapporteurs concluaient que l'état d'urgence, en raison de la gravité des atteintes qu'il porte aux libertés individuelles et à la vie privée, ne doit pas pouvoir être utilisé pour prévenir toutes les atteintes les plus banales à l'ordre ou à la sécurité. Ils recommandaient de limiter les mesures susceptibles d'être prises en application de la loi du 3 avril 1955 afin qu'elles ne puissent être prononcées que pour les motifs ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence.³⁴ Dès lors, la Cour devra se demander si les mesures dérogatoires prises au titre de la loi du 3 avril 1955 en l'espèce constituaient une véritable réponse à l'état d'urgence, qu'elles se justifiaient pleinement au regard des circonstances spéciales de la situation et qu'il existait des garanties contre les abus.³⁵ Selon sa jurisprudence, les mesures doivent être utilisées pour le but aux fins duquel elles ont été adoptées.

Par ailleurs, bien que le juge des référés ait, au fil de ses décisions, consacré une présomption d'urgence et mis en place un contrôle de proportionnalité, le rapport « *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence* » relève qu'il est parfois difficile de déterminer l'intensité du contrôle effectivement exercé par le juge et si celui-ci s'est livré systématiquement au « *triple test* » de proportionnalité (contrôle du caractère nécessaire, adapté et proportionné de la mesure) : « *[le contentieux de l'état d'urgence] prend souvent les allures d'un contrôle des faits allégués par l'administration [plutôt que] celui d'un contrôle de l'éventuelle atteinte aux droits des requérants. En effet, c'est rarement au motif qu'elles porteraient une atteinte disproportionnée à un droit fondamental (liberté d'aller et venir, respect de la vie privée et familiale...) que les censures sont prononcées ; lorsque c'est le cas, c'est plutôt parce que les faits sur lesquels s'appuie l'administration ne sont pas suffisamment étayés.* ».³⁶

Le Défenseur des droits a été fortement mobilisé pendant l'état d'urgence et a traité plus de 100 réclamations individuelles. Elles concernaient des perquisitions administratives, des assignations à résidence et des mesures ou situations relevant indirectement de l'état d'urgence (exemples : interdiction de sortie de territoire, refus d'accès à un commissariat, licenciement pour port de barbe d'agents de sécurité privée, ...).

Sur les assignations à résidence, le Défenseur des droits a constaté que les arrêtés suivaient la plupart du temps une perquisition administrative et étaient quelquefois assortis d'une interdiction de quitter le territoire lorsque les personnes visées étaient suspectées de vouloir rejoindre un

³¹ Voir également l'étude d'impact du projet de loi, p.9.

³² Voir notamment Réflexions sur les décisions du Conseil d'Etat du 11 décembre 2015 Domenjoud et autres, blog droit administratif, 5 janvier 2016 ; P. Cossalter, Le contrôle par le juge des référés de la légalité des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, Revue générale du droit on line, 2015, numéro 23098.

³³ Il y aurait eu une centaine d'arrêtés pris pour interdire à des militants de la mouvance autonome antifasciste de se rendre dans les cortèges contre la loi Travail, voir A. Vandenderiessche, *Op. cit.*

³⁴ Assemblée nationale, Rapport d'information précité.

³⁵ Voir *Lawless c. Irlande* (no 3), 1er juillet 1961, § 38 ; *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 184.

³⁶ Rapport *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, *op. cit.*

théâtre d'opérations djihadistes. Les arrêtés d'assignation apparaissaient motivés de façon circonstanciée, certains éléments de faits et de dates étant précisés. Il était indiqué que l'assignation durait le temps de l'état d'urgence.

Sur la typologie des réclamations reçues, elles portaient sur la fausseté alléguée des éléments mentionnés mettant en cause ces personnes comme appartenant à la mouvance djihadiste ou les modalités de l'assignation à résidence. Dans les cas où les réclamants alléguaient que les soupçons fondant l'assignation à résidence étaient sans fondement sérieux, les services du Défenseur des droits se sont bornés à prendre acte de leurs déclarations et ont informé les réclamants de leurs droits et des voies de recours.

Par ailleurs, eu égard aux contraintes posées par les arrêtés d'assignation à résidence, ils imposaient souvent une interdiction de quitter la commune ainsi qu'une obligation de pointage au commissariat de secteur ou à la brigade de gendarmerie locale à raison de trois fois par jour (matin, midi et soir). Or, dans un certain nombre de cas, ce dispositif induisait des contraintes particulièrement pénalisantes pour les personnes concernées, alors qu'elles ne sont pas, pour leur très grande majorité, mises en cause dans une procédure pénale. D'une façon générale, les assignés à résidence faisaient état de difficultés à poursuivre une activité professionnelle ou leur scolarité.

Le Défenseur des droits est intervenu auprès des autorités au soutien des demandes des réclamants, afin de faire aménager la mesure eu égard à leur situation personnelle et professionnelle et leur état de santé. Des exemples concrets sont présentés dans les avis au Parlement n° 16-03 et 16-06 des 25 janvier et 26 février 2016.

IV. Le recours aux « notes blanches » et le respect de l'égalité des armes

Le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes sont des éléments fondamentaux du procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Ils exigent un juste équilibre entre les parties, ce qui signifie que chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires.³⁷

Il ressort du contentieux relatif à l'état d'urgence que les autorités se sont souvent fondées sur des « notes blanches » pour justifier les mesures administratives, y compris les assignations à résidence prévues à l'article 6 de la loi du 3 avril 1955.

Or, ces notes blanches sont des traitements de texte ni datés, ni signés, expurgés des sources, réunissant des informations sur une personne et émanant des services de renseignement, dont les activités sont susceptibles de relever du secret de la défense nationale. Aux termes d'une circulaire de 2016, les autorités précisent que ces notes se bornent à relater des faits sans pouvoir toujours les établir.³⁸

La production de notes blanches comme élément de preuve justifiant une mesure d'assignation à résidence peut être problématique au regard des principes et des droits protégés à l'article 6 de la Convention.

Tout d'abord, les garanties relatives au respect du principe du contradictoire et au contrôle juridictionnel en amont de l'adoption de la mesure administrative n'ont pas été prévues dans le régime de l'état d'urgence. Les personnes visées par une assignation à résidence ne sont pas entendues avant la décision et n'ont accès aux éléments du dossier, notamment aux notes

³⁷ *Avotiņš c. Lettonie* [GC], no 17502/07, § 119 et autres références, CEDH 2016.

³⁸ Circulaire du 5 novembre 2016 relative à l'articulation des mesures administratives et des mesures judiciaires en matière de lutte contre le terrorisme et la prévention de la radicalisation, NOR:JUSD1633563C.

blanches, qu'en engageant une action contentieuse, le plus souvent la procédure d'urgence du référé-liberté.

Le juge administratif – compétent sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence³⁹ - admet les notes blanches comme moyen de preuve ainsi que leur force probante, estimant « *qu'aucune disposition législative, ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les "notes blanches" produites par le ministre, qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif* ». ⁴⁰ Il ressort de la jurisprudence que la valeur probante des notes blanches dépendra donc de trois éléments : leur versement au débat contradictoire, leur caractère précis et circonstancié⁴¹ et l'absence de contestation sérieuse par le requérant.

- *Le constat d'un déséquilibre au détriment de l'assigné à résidence...*

Aux termes d'une analyse du contentieux relatif aux mesures prises au titre de l'état d'urgence, le rapport « *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence* » relève que la procédure de référé n'assure pas au justiciable une protection juridictionnelle effective : « *l'utilisation [des notes blanches] contribue à créer une situation de déséquilibre entre l'administration et les individus faisant l'objet de ces mesures. La contestation de l'exactitude des faits évoqués par ces notes constitue une réelle difficulté probatoire de par l'imprécision des informations qui y sont contenues et leur caractère non-circonstancié. En effet, le statut même de la note blanche fait peser la charge de la preuve uniquement sur l'administré. Il est alors ici évident que le requérant se trouve dans une position de désavantage vis-à-vis de l'administration puisqu'il lui est difficile d'apporter la preuve de l'inexactitude de la note blanche du fait de son indigence* ». Le rapport l'a constaté à travers des mesures reposant sur des notes dressant le profil d'une personne pratiquant un « islam radical », fondé sur des éléments parfois vagues et imprécis.⁴²

Les députés en charge du contrôle parlementaire de la mise en œuvre de l'état d'urgence concèdent également que la contestation des « notes blanches » par le requérant reste difficile, soulignant que les décisions de certains tribunaux administratifs semblent faire peser la charge de la preuve sur la personne assignée : à elle d'infirmer les éléments transmis par le ministère de l'Intérieur.⁴³ Des auteurs ont également constaté un inversement de la charge de la preuve pesant sur le requérant lié à une présomption de vérité dont bénéficieraient ces documents.⁴⁴

Un magistrat administratif relevait également cet équilibre précaire « *qui résulte de ce mode d'administration de la preuve entre les impératifs de la sécurité publique, qui imposent que le requérant ne soit pas informé de l'ensemble des éléments propres à sa situation qu'a recueilli l'administration, et le principe fondamental du contradictoire. L'équilibre est d'ailleurs fondamentalement inégalitaire dès lors que l'administré est, le plus souvent, dans l'impossibilité matérielle de contester sérieusement, autrement que par des dénégations d'ordre général et peu circonstanciées, les éléments, fussent-ils peu étayés, de la « note blanche.* »⁴⁵

Si le Conseil d'État souligne dans son étude annuelle de 2021 « *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes* », que le juge n'accorde qu'une valeur relative aux notes blanches, simples preuves parmi d'autres, il concède que l'asymétrie des règles de preuve devant le juge suscite encore des controverses.⁴⁶

³⁹ Article 14-1 de la loi du 3 avril 1955 tel que modifiée par la loi du 20 novembre 2015 ; Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*, cons. 5.

⁴⁰ CE, Section, 11 décembre 2015, n° 395009, considérant 28. Voir également CE, 3 mars 2003, n°238662.

⁴¹ CE, 22 janvier 2016, n° 396116.

⁴² Rapport précité, pp.203-205.

⁴³ Assemblée nationale, Rapport d'information précité.

⁴⁴ G. Eveillard, *Op. cit.* ; Rapport, *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, *op. cit.*, p.211 ; C. Alonso, Les contours de l'office du juge du référé-liberté durant l'état d'urgence, AJDA 23/2016 ; B.-L. Combrade, Que faire des notes blanches des services de renseignement ?, AJDA 3/2021.

⁴⁵ Réflexions sur les décisions du Conseil d'Etat du 11 décembre 2015 Domenjoud et autres, *op. cit.*

⁴⁶ CE, Etude Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes, 2021.

En présence d'un tel déséquilibre procédural, on peut s'interroger sur les garanties existantes et l'effectivité du contrôle du juge qui devraient venir le compenser.

- *Un déséquilibre qui n'est pas compensé par des garanties suffisantes*

Si la Cour admet des limitations aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes et au droit à la divulgation des preuves pour des raisons de sécurité nationale, elles doivent être suffisamment compensées par des garanties procédurales, afin qu'il ne soit pas porté atteinte à la substance même du droit à un procès équitable.⁴⁷

La Cour considère que l'article 6 est respecté lorsque les juridictions internes disposent de la pleine juridiction pour statuer sur le litige et ont accès à l'ensemble des informations classifiées ayant motivé la décision, leur permettant ainsi, d'une part, de vérifier le caractère confidentiel desdites informations ainsi que les motifs de refus de communication de ces informations, et d'ordonner, le cas échéant, leur communication au requérant, d'autre part, de vérifier les circonstances justifiant la mesure, sa légalité, sa nécessité et sa proportionnalité.⁴⁸ En outre, lorsque le réclamant et son représentant n'ont pas accès aux informations confidentielles, la Cour considère que le recours à des avocats spéciaux, habilités au secret défense, à agir au nom du requérant, à examiner tous les éléments de preuve, tant secrets que non confidentiels, à plaider la cause du réclamant – hors sa présence et celle de son représentant – est susceptible de compenser l'absence d'une véritable audience, publique et contradictoire, à condition que le réclamant se voie communiquer un résumé exhaustif des griefs contre lui afin qu'il puisse contester utilement les allégations formulées contre lui.⁴⁹

Si le juge des référés a le pouvoir de demander des compléments d'instruction pour procéder à des vérifications, ce pouvoir – qui peut être certes déterminant pour la protection des droits des réclamants - demeure limité et ne lui permet pas de vérifier précisément les allégations de l'administration fondées sur les notes blanches.⁵⁰ En effet, le juge n'est pas habilité à exercer des qualités au secret de la défense nationale, comme l'est la formation spécialisée du Conseil d'Etat dans les contentieux relatifs aux techniques de renseignement et aux fichiers informatiques intéressant la sûreté de l'Etat depuis la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement⁵¹.

La loi ne prévoit donc pas de modalités procédurales de mise en œuvre du contradictoire sur les éléments de preuve confidentiels tels que les données des services du renseignement, permettant de compenser les limitations portées au respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, comme l'exige l'article 6 de la Convention.⁵²

Le Défenseur des droits a formulé des recommandations à cet égard dans des avis au Parlement et est intervenu devant le juge administratif pour rappeler la jurisprudence de la Cour.⁵³

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance et soumettre à l'appréciation de la Cour.

Claire HÉDON

⁴⁷ *Regner c. République tchèque* [GC], no 35289/11, §§ 146-149, 19 septembre 2017 ; *A. et autres c. Royaume-Uni* précité, § 205.

⁴⁸ *Regner, op. cit.*, §§ 148-149, 19 septembre 2017 ; *Aleksandar Sabev c. Bulgarie*, no 43503/08, § 58, 19 juillet 2018 ; *Aydoğan et Dara Radyo Televizyon Yayıncılık Anonim Şirketi c. Turquie*, no 12261/06, §§ 44 et 51-52, 13 février 2018.

⁴⁹ Voir notamment *A. et autres c. Royaume-Uni*, précité.

⁵⁰ Rapport ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, *op. cit.*

⁵¹ L. 773-2 du code de justice administrative.

⁵² Voir notamment B.-L. Combrade, *op. cit.*

⁵³ Défenseur des droits, avis 21-07 et 17-07 et décision 2019-149.