

## **Istanbul September 10, 2018**

International conference law : Dark side of the moon, the normalization of the state of emergency and the situation of judiciary in Turkey

*2<sup>nd</sup> Section: ECHR and Constitutional Court Under State of emergency in Turkey*

### **Intervention Florian BORG**

**Lawyer, member of the Lille Bar association**

**General secretary of European democratic lawyers AED/EDL**

## **Yalnız Değilsin**

At the first colloquium in Ankara in January 2017, France was also under the state of emergency. This in fact allowed the Turkish leaders to show that among the Council of Europe countries and under the European Court of Human Rights, they were not alone in using this provision.

For a year the state of emergency has no longer been applied in France. This which allows us to analyse the workings of constitutional and European convention guarantees.

First of all, I would like to point out that It is not a question of comparing the French situation with the Turkish situation: I was president of the French CHD during the state of emergency, I may have been on wire, but I have never been an endangered lawyer and never been incarcerated.

**On the other hand, I believe that the French situation showed us that if tomorrow a totalitarian leader took power in France, in the image of Turkey, Hungary, Poland and perhaps Italy, everything is set for us to follow the same path as Turkey.**

**In reality, Turkey is indeed the first of us in its category and shows the wrong way for some of politicians in European society.**

Let me begin by recalling what was the state of emergency in France:

Following the terrorist attacks of November 2015, the Government established a state of emergency, subsequently validated by Parliament. The state of emergency mainly allows the government to take "administrative police measures" more easily than in a normal situation. Some of these measures of restriction of liberty are, out of a state of emergency, possible only by judicial decision. Others are very restrictive of freedom but without prior control of judge such as residence assignments which limit the movement of a person to a single city, to force him to stay at his house from 7pm to 7 in the morning and sign three times a day at the police office for the duration of the emergency.

As these are administrative police measures, there is no prior judicial authorisation. The person concerned has to request the administrative judge to contest the measure. The difference is judicial judge is independent, guaranteed by the Constitution and alone competent for deprivation of liberty. The administrative judge is competent to control the act of administration excepting deprivation of liberty. Administrative police measures under state of emergency are not deprivative, only restrictive.

France, like Turkey, has decided to apply article 15 of the Convention, which allows derogation from certain rights and freedoms guaranteed by the Convention.

What has and has not worked in the French situation?

## **1/Constitutional guarantees**

They are two orders: one from the power of Parliament and the other from the Constitutional Council.

### *1.1 The role of Parliament*

The Constitution of France expressly provides for separation of powers between legislative and executive.

The State of Emergency Act provides that the state of emergency shall be decided by the executive but may be extended beyond 12 days only if Parliament authorizes. In addition, Parliament must be informed of all Measures taken by the Government in the context of the state of emergency. Finally, Parliament has an autonomous power of inquiry into the government's actions in the case of a state of emergency.

Although Parliament has been informed and has produced several reports on the control of the government's actions on the state of emergency, it has not allowed the measures of the state of emergency to be eased. Indeed, and this is not a surprise, the parliamentarians adopted all the texts proposed by the Government and when they proposed amendments, it was to grow the security measures and reduce the guarantees of rights. At the time of the adoption of the first state of emergency law, less than 20 members on 577 had not adopted. We called this in France "the state of stunning" which makes the reason of politics disappear behind fear.

**Moreover, the executives still find majorities when they use the real or supposed terrorist threat to enact restrictive laws of freedom.**

The state of emergency revealed in France what we already knew: the separation of powers between the legislative and the executive is very small and even fictitious, and it is the executive that has the power to write the laws and to have them adopted.

### *1.2 The contribution of the Constitutional Council*

With regard to constitutional guarantees, two elements are to be taken into account in order to fully understand the situation:

- The control of constitutionality does not stop "at the only text" of the organization of powers since it incorporates a "block of constitutionality" including the declaration of Human and citizen rights resulting from the French Revolution of 1789. The Constitutional Council has thus recently defined the "Fraternity" (one of the components of France's motto: Liberty, equality, fraternity) as a principle to dismiss criminal proceedings against those who help migrants by Solidarity
- For ten years, any litigant could request the Constitutional Council for a preliminary ruling asking to check the constitutionality of a law – which was not allowed before. This has been done for state of emergency laws.

The Constitutional Council has made 9 decisions on the state of emergency and partially or totally declared unconstitutional parts of the law seven times. The Court has forced the Government and Parliament to amend the law. Even on the merits of the files, the Constitutional Council could be viewed as partial, it can be considered that control has been effective.

But the Constitution of the French Republic is not the best text for effective procedural guarantee and it is towards the European Convention that we must look to find the guarantees in this matter.

## **2. The conventional guarantees**

The European court was not approached about the state of emergency in France.

There are at least two reasons for this:

- The French cultural arrogance, the legal community considers that it is France that has inspired fundamental rights and that its own guarantees are sufficient to itself without using European law. As we say as a gimmick "le pays des droits de l'Homme »
- And, if it is necessary to refer to the Convention, they are of direct application in national system of rules and the national courts are guarantors of the conventional texts.

Another reason is exhaustion of domestic remedies takes too much time and that the state of emergency was over before it is possible to file a complaint to the European court.

However, there were elements which had to be interpreted in the light of European law:

- The State of Emergency act provides that measures may be taken against persons in respect of which there are serious reasons for believing that her or his comportment constitutes a risk to public security and order.

It is not a case of proven facts as in criminal cases but of behaviour, leaving the administration with a great deal of discretion. We are close to predictive administrative decisions that have been used against environmental activists and massively against Muslims who had radical practices, confusing radicality with terrorism.

Persons are encountered with restrictions of freedom and invasions of privacy and family life without the intervention of a prior judge.

These measures have not been cancelled by the Council of State.

- In most cases, the behaviours charged to people are based on notes of unsubstantiated secret services (no dates, no details of what is being criticized, for example, one accuses a person of having relations with another person suspected of terrorist acts, without specifying the nature of these relations).

The administrative judge considers that the administration is presumed in good faith in its charges, and if the administration is wrong, it is up to the person in question to prove otherwise.

This reversal of the burden of proof and the impossible evidence are elements that could be challenged in the light of the rules of fair trial of the European Convention.

National courts haven't applied European Convention rules in French procedures so that the question of their effectiveness is still open

I would like to underline finally that the rules of the state of emergency have been incorporated into the common law by a law of November 2017.

Finally, I learned one important thing from this experience:

The manner in which the executive power has taken full control of a frozen legislative power, the definitions of the law that restricted the margin of appreciation of the administrative judge and that same judge has sometimes restricted himself his capacity to check the power of the government, (that) make me think that if tomorrow in France, an authoritarian political man or woman took over, we would not have many more guarantees than people in Turkey today.

**Paper guarantees are not sufficient if there is no mobilization to enforce it and effectively apply. This fight is a perpetual struggle and sometimes we are the only ones to support it. And we come to Turkey today to show you are not alone in this fight!**

---

**Intervention de Florian BORG**  
**Avocat au Barreau de Lille**  
**Secrétaire general de l'association des avocats européens démocrates**  
**AED/EDL**

### Yalnız Değilsin

Lors du premier colloque à Ankara en janvier 2017, la France était également sous le régime de l'état d'urgence ce qui permettait d'ailleurs aux dirigeants turcs de montrer que, parmi les pays du Conseil de l'Europe et relevant de la Cour européenne des droits de l'Homme, ils n'étaient pas seuls à utiliser cette disposition.

La France n'applique plus l'état d'urgence depuis un an, ce qui permet de voir ce qui a fonctionné ou non dans les garanties constitutionnelles et conventionnelles.

Avant tout, je voudrais préciser qu'il n'est pas question de comparer la situation française à la situation turque : J'ai été président du CHD français (le Syndicat des avocats de France) durant l'état d'urgence, j'ai peut-être été sur écoute, mais je n'ai jamais été menacé dans ma liberté de parole et de critique ni jamais été incarcéré.

**En revanche, je crois que la situation française nous a montré que si demain un dirigeant totalitaire prenait le pouvoir en France, à l'image de la Turquie, de la Hongrie, de la Pologne et peut-être de l'Italie, tout est prêt pour que nous suivions le même chemin que la Turquie.**

**En réalité, la Turquie est bien le premier d'entre de nous dans sa catégorie et montre une voie à certains de nos femmes et hommes politiques dans nos sociétés occidentales.**

Je commencerai d'abord par rappeler ce qu'a été l'état d'urgence en France :

A la suite des attentats terroristes de novembre 2015, le gouvernement a instauré l'état d'urgence, validé ensuite par le parlement. L'état d'urgence permet principalement au Gouvernement de prendre des mesures de police administrative plus facilement que dans une situation normale. Certaines de ces mesures de restriction de liberté ne sont, hors d'état d'urgence possibles que par décision judiciaire, comme les perquisitions. D'autres sont très restrictives de liberté mais sans contrôle du juge judiciaire telles les assignations à résidence qui permettent de limiter les déplacements d'une personne à une seule ville, de l'obliger à rester chez lui de 7h le soir à 7h le matin et de signer 3 fois par jours au commissariat de police, pour la durée de l'état d'urgence.

Comme il s'agit de mesures de police administrative, elles ne sont pas vérifiées par un juge judiciaire. La personne mise en cause peut saisir à posteriori un juge administratif du contrôle de la mesure de police. La différence est que le juge judiciaire est reconnu indépendant par les dispositions constitutionnelle et seul compétent en matière de privation de libertés. Le juge administratif est pour sa part compétent pour contrôler les actes de l'administration excepté lorsqu'il s'agit de privation de libertés. Les mesures de police administrative de l'état d'urgence ne sont pas privatives mais restrictives de libertés.

La France a, comme la Turquie, décidé de faire application de l'article 15 de la Convention qui permet de déroger à certains droits et libertés garantis par la Convention.

Qu'est-ce qui a et n'a pas fonctionné dans la situation française ?

## **1/ Les garanties constitutionnelles**

Elles sont de deux ordres : l'une relevant du pouvoir du parlement et l'autre de celui du Conseil constitutionnel.

### *1.1 Le rôle du parlement*

La Constitution de la France prévoit expressément cette séparation des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif.

La loi sur l'état d'urgence prévoit pour sa part que l'état d'urgence est décidé par l'exécutif mais ne peut être prorogé au-delà de 12 jours que si le parlement l'autorise. En outre, le parlement doit être informé de toutes les mesures prises par le gouvernement dans le cadre de l'état d'urgence. Enfin, le Parlement dispose d'un pouvoir d'enquête autonome sur les actes du Gouvernement pris dans le cas de l'état d'urgence.

Si le parlement a bien été informé et a produit plusieurs rapports de contrôle des actes pris par le gouvernement sur l'état d'urgence, cela n'a en revanche pas permis d'assouplissement des mesures de l'état d'urgence. En effet et ce n'est pas une surprise, les parlementaires ont adopté tous les textes proposés par le gouvernement et lorsqu'ils proposaient des modifications, il s'agissait de durcir les mesures sécuritaires et réduire les garanties des droits. Lors de l'adoption de la première loi sur l'état d'urgence, moins de 20 députés sur 577 ne l'ont pas voté. Nous avons appelé cela en France « l'état de sidération » qui fait que la raison des politiques s'efface derrière la peur.

**D'ailleurs, les exécutifs trouvent toujours des majorités lorsqu'ils utilisent la menace terroriste, vraie ou supposée, pour adopter des lois restrictives de liberté.**

L'état d'urgence a ainsi révélé en France ce que nous savions déjà : la séparation des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif est très faible voire fictive et c'est bien l'exécutif qui détient le pouvoir d'écrire les lois et de les faire adopter.

*1.2 L'apport du Conseil constitutionnel*

Concernant les garanties constitutionnelles, deux éléments sont à prendre en compte pour bien comprendre la situation :

- Le contrôle de constitutionnalité ne s'arrête pas au seul texte de l'organisation des pouvoirs puisqu'il intègre un « bloc de constitutionnalité » comprenant la déclaration des droits de l'homme et du citoyen issue de la révolution française de 1789. Le Conseil constitutionnel a ainsi tout récemment défini la « fraternité » (une des composantes de la devise de la France : Liberté, égalité, fraternité) comme principe permettant d'écarter les poursuites pénales contre les personnes qui aident les migrants par solidarité
- Tout justiciable peut depuis 10 ans poser une question préjudicielle au Conseil constitutionnel pour demander de vérifier la constitutionnalité d'une loi – ce qui n'était pas autorisé avant. Cela a été fait pour les lois sur l'état d'urgence

Le Conseil constitutionnel a 9 décisions sur l'état d'urgence et censuré partiellement ou totalement à 7 reprises. Il a contraint le gouvernement et le parlement à modifier la loi. Au delà du fond des dossiers contrôlés par le Conseil, et si le Conseil peut être considéré comme partial, on peut toutefois admettre que son contrôle a été effectif.

Mais la Constitution de la République française n'est pas le meilleur texte en matière de garantie de procédure et c'est vers la Convention européenne qu'il faut regarder pour trouver les garanties en la matière.

**2. Les garanties conventionnelles**

La Cour européenne n'a pas été saisie sur l'état d'urgence en France.

Il y a au moins deux raisons qui permettent de l'expliquer :

- Arrogance culturelle française, la communauté juridique considère que c'est la France qui a inspiré les droits fondamentaux et que ses propres garanties se suffisent à elle-même sans utiliser le droit européen. Nous le répétons comme un gimmick « le pays des droits de l'Homme »

- Et, s'il est besoin de se référer à ces textes, ils sont d'application directe dans le droit interne et les juridictions nationales sont garantes des textes conventionnels.

Une autre raison est aussi que les délais de procédures internes en France étant longs (au fond) et l'état d'urgence était terminé avant de déposer une requête devant la Cour européenne.

Il y avait pourtant des éléments qui devaient être interprétés au regard du droit européen :

- La loi sur l'état d'urgence prévoit que les mesures peuvent être prise à l'encontre de personnes 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.

Il ne s'agit pas comme en matière pénale de faits avérés mais bien de comportement, ce qui laisse à l'administration une grande marge d'appréciation. Nous sommes assez proche de décisions administratives prédictives qui ont été utilisées contre des militants écologistes et massivement contre des musulmans qui avaient des pratiques radicales, sans pour autant qu'il faille confondre radicalité et terrorisme.

Les personnes se voient ainsi appliquées des restrictions de liberté et des atteintes à la vie privée et familiale sans intervention d'un juge préalable.

Ces mesures n'ont pas été censurées par le Conseil d'Etat.

- Le plus souvent, les comportements reprochés aux personnes reposent sur des notes des services secrets peu circonstanciées (pas de dates, pas de détails sur ce qui est reproché, par exemple on reproche à une personne d'avoir des relations avec une autre personne suspectée d'actes terroristes, sans préciser la nature de ces relations).

Or, le juge administratif considère que l'administration est présumée de bonne foi dans ce qu'elle écrit, et si ce que rapporte l'administration est faux, c'est à la personne mise en cause de le démontrer.

Ce renversement de la charge de la preuve et la preuve impossible sont des éléments qui pouvaient être contestés au regard des règles du procès équitable de la Convention.

Les règles de la Convention n'ont ainsi pas été utilisées dans les procédures françaises de sorte que l'on peut se poser la question de leur effectivité.

Je voudrais préciser enfin que les principales règles de l'état d'urgence ont été intégrées dans le droit commun par une loi de novembre 2017.

Pour conclure, je retiens une chose importante de cette expérience :

La manière dont l'exécutif a pris totalement la main sur un législatif tétanisé, les définitions de la loi qui restreignait le pouvoir d'interprétation du juge administratif et ce même juge qui a parfois été frileux pour sortir de ce cadre retreint me font penser que si demain en France, un homme ou une femme politique autoritaire devaient prendre le pouvoir, nous n'aurions pas beaucoup plus de garanties que ce qui se passe aujourd'hui en Turquie.

**Les garanties de papier ne sont pas suffisantes s'il n'y a pas la mobilisation des femmes et des hommes pour les appliquer et les faire respecter. Ce combat est un combat perpétuel et nous sommes parfois bien seuls à le porter. Mais si nous sommes venus aujourd'hui en Turquie c'est aussi pour vous montrer que vous n'êtes pas seuls dans ce combat !**