

États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise

Nicolas Bonbled, Céline Romainville

Citer ce document / Cite this document :

Bonbled Nicolas, Romainville Céline. États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 24-2008, 2009. Constitution et famille(s) - Urgence, exception et Constitution. pp. 429-459;

doi : <https://doi.org/10.3406/aajc.2009.1945>

https://www.persee.fr/doc/aajc_0995-3817_2009_num_24_2008_1945

Fichier pdf généré le 05/07/2018

ÉTATS D'EXCEPTION ET CRISES HUMAINES AIGUËS : DÉBATS RÉCENTS AUTOUR DU TERRORISME ET DES NOUVELLES FORMES DE CRISE

par Nicolas BONBLED et Céline ROMAINVILLE
Aspirants du FNRS, Département de droit public, Université de Louvain (UCL)

INTRODUCTION

Il est des États dans lesquels les régimes d'exception sont permanents, et ce, depuis des décennies : on pourrait parler d'« urgence structurelle ». Tel est le cas de l'Égypte – pratiquement sans interruption depuis 1967 –, du Brunei – depuis décembre 1962 –, d'Israël – depuis l'indépendance en 1948 – et de la Syrie – depuis le coup d'état baassiste en mars 1963 –.

Plus « classiquement », on connaît aussi les états d'urgence temporaires de nature « politico-militaire » dont les illustrations sont innombrables. Si l'on se concentre sur les seules années 2007 et 2008, on peut relever au moins une dizaine de cas d'instauration d'un état d'urgence à la suite de violences postélectorales (Bangladesh, Arménie et Mongolie notamment) ou de manifestations contre le pouvoir en place (Guinée, Thaïlande, Géorgie...).

Il est cependant d'autres situations exceptionnelles qui font régulièrement l'objet de l'actualité nationale ou internationale, comme en témoignent les discours de l'urgence et les états d'exceptions proclamés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. À la différence peut-être des états d'urgence « structurels » et « politico-militaires » précités, ils concernent également les démocraties libérales européennes et nord-américaines.

Mais il y a encore ce que l'on pourrait appeler, de manière très générale l'urgence « écologique » ou « sanitaire ». Plusieurs États ou collectivités ont ainsi, au cours des dernières années, déclaré un « état d'urgence » pour répondre à certaines situations écologiques majeures, qu'il s'agisse de lutter contre de violents incendies (Portugal, Grèce et certains États américains comme la Californie), des inondations (Bolivie), une épidémie (Mexique et Paraguay) ou une calamité naturelle comme le tsunami de la fin de l'année 2004 (Sri Lanka, Indonésie et Maldives).

Les pages qui suivent entendent dès lors clarifier les contours juridiques de cette notion, mais aussi, et surtout en examiner les conséquences normatives en droit comparé. L'étude du régime juridique des états d'exception²⁶ ne peut faire l'économie d'une analyse des dispositions inscrites dans les conventions universelles et régionales protégeant les droits fondamentaux. On commencera donc, dans un premier temps, par revenir brièvement sur ses grands principes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [ci-après : PIDCP] et des Conventions européenne et américaine des droits de l'Homme (I). Dans un deuxième

²⁶ Par convention de langage, on tient, dans les pages qui suivent, les notions d'« état d'exception » ou d'« état d'urgence » pour équivalentes.

temps, on décrira les voies qu'emprunte l'encadrement des situations d'urgence en droit constitutionnel comparé, en s'essayant à un exercice de systématisation de leurs principales caractéristiques (II).

I - L'ENCADREMENT INTERNATIONAL DES ÉTATS D'EXCEPTION

Si d'aucuns soulignent que le concept d'état d'exception se retrouvait déjà en germes dans l'institution romaine du « dictateur », censé entrer en scène en cas d'attaque extérieure ou de rébellion interne²⁷, la notion contemporaine d'état d'urgence ou d'état d'exception plonge plus directement, en droit international, ses racines dans celle de nécessité. Ainsi, même si les textes internationaux protégeant les droits de l'Homme ne prévoyaient pas de régime dérogatoire, l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités impliquerait qu'un « *changement fondamental dans les circonstances* » puisse justifier une suspension en tout ou en partie de ceux-ci²⁸.

En droit international des droits de l'Homme, le concept d'état d'exception vise ainsi le régime juridique dérogatoire dont l'application est justifiée uniquement pour faire face à des situations qui constituent des dangers publics ou des situations de crise, exceptionnels et imminents, et dont le degré de sévérité est tel qu'il met en danger la vie de la nation – selon les termes du Pacte²⁹ et de la Convention européenne³⁰ [ci-après : CEDH] – ou l'indépendance et la sécurité de l'État partie – comme dans la Convention américaine³¹ –, qui doivent être notifiés à la

27 V. J. FERREJOHN et P. PASQUINO, « The law of the exception : A typology of emergency powers », *Int'l J. Const. L.*, 2004, pp. 158-173.

28 H. J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context Law Politics, Morals*, 3d edition, Oxford, OUP, 2008, p. 393.

29 Art. 4: « (1) 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. (2) La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. (3) Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations ».

30 Art. 15 : « (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 ».

31 Art. 27: « (1) En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale. (2) La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas

communauté internationale et avoir pour but la préservation du système démocratique. On distingue ainsi classiquement l'état d'exception et les dérogations aux droits fondamentaux qu'il implique, des restrictions possibles aux droits fondamentaux. Le régime des dérogations ne s'applique que lors de circonstances exceptionnelles qui rendent les dispositions existantes inadéquates pour faire face à la crise, alors que le régime des restrictions s'applique en temps ordinaire³². La dérogation implique la suspension du droit en tant qu'obligation internationale, tandis que le régime des limitations ne touche jamais à l'existence du droit³³. L'idée qui sous-tend les restrictions est qu'il doit être possible d'établir une forme d'aménagement permanent entre les intérêts individuels et collectifs, alors que l'idée centrale des dérogations est de faire face à des circonstances exceptionnelles et temporaires. Il existe toutefois indéniablement des liens entre ces deux matières : le principe de non-discrimination, comme celui de proportionnalité leur sont par exemple applicable³⁴.

Les travaux des rapporteurs N. Questiaux (1982) et L. Despouy (1997) ont permis de systématiser le contenu des normes pertinentes en une série de principes qui régissent les états d'exception³⁵. On s'en inspire largement, mais en distinguant selon qu'ils touchent aux limites matérielles ou procédurales que le droit international des droits de l'Homme apporte à l'exercice du pouvoir de dérogation. Après avoir rappelé la manière dont il convient de définir l'état d'exception au regard du droit conventionnel (1), on revient donc successivement sur les premières (2), puis sur les secondes (3).

A - La définition de l'état d'exception : le principe de menace exceptionnelle

Le Comité des droits de l'homme l'affirme : « *avant qu'un État ne décide d'invoquer l'article 4, il faut que deux conditions essentielles soient réunies : la situation doit représenter un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation et l'État partie doit avoir proclamé officiellement un état d'urgence* »³⁶. L'existence d'une situation d'urgence atteignant un certain degré de sévérité est donc assez logiquement une condition indispensable pour que l'État puisse invoquer l'urgence. Les États bénéficient toutefois d'une ample marge d'appréciation en ce qui concerne le déclenchement des états d'exception et l'évaluation des situations le justifiant :

non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés. (3) Tout État partie, qui a recours au droit de suspension, devra immédiatement informer les autres États parties à la présente Convention, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des États Américains, des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci ».

32 H. J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *op. cit.*, p. 385.

33 D. MCGOLDRICK, « The interface between public emergency power and international law », *Int'l J. Const. L.*, 2004, p. 383.

34 *Infra*, I.3.

35 V. N. QUESTIAUX, *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known As States of Siege or Emergency*, 27 juillet 1982, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15 (<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N82/117/27/pdf/N8211727.pdf>) ; L. DESPOUY, *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : droits de l'homme et états d'exception*, Dixième rapport annuel et liste d'États qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception, 23 juin 1997, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19 (<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/128/80/pdf/G9712880.pdf>).

36 Comité des droits de l'Homme, Observation générale n° 29 – Article 4, 24 juillet 2001, U.N. Doc., CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), §2. Sur la condition procédurale de proclamation de l'état d'urgence, v. *infra*, I.2.

« {Il} incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de "la vie de (sa) nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 par. 1 (art. 15-1) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation »³⁷.

Les États ne jouissent cependant pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine, puisqu'il existe un contrôle international pour déterminer s'ils n'ont pas excédé la « stricte mesure » des exigences de la crise. En exerçant ce contrôle, la Cour européenne des droits de l'Homme estime par exemple devoir « *attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé* »³⁸.

Le degré de sévérité requis concernant la situation d'urgence fondant l'état d'exception est similaire dans les trois textes internationaux³⁹, même si des différences terminologiques existent. Le Pacte adopte la formulation la plus neutre et la plus générale (« *danger public exceptionnel {qui} menace l'existence de la nation* »), celle de la Convention européenne des droits de l'homme est presque identique, si ce n'est la mention explicite de la « guerre » comme situation constitutive d'un danger public. Le texte de la Convention américaine présente une énumération un peu plus détaillée : la « guerre », le « danger public », mais également « *toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité {de l'}État* ». Comme le souligne J. Fitzpatrick, il faut se garder de déduire de cette formulation que la Convention américaine exigerait un danger moindre pour l'application des régimes d'exception. Les travaux préparatoires démentent en tout cas cette lecture du texte⁴⁰. Les expressions utilisées dans les textes internationaux méritent cependant d'être précisées, au-delà de la généralité voulant qu'une situation mettant en danger « *la vie de la nation* » doit menacer certains éléments fondamentaux de l'État ou la survie de sa population. Certains éléments de la jurisprudence de la Cour européenne et du Comité des droits de l'Homme contribuent à en éclairer le contenu.

La jurisprudence européenne et ses évolutions sont porteuses de plusieurs enseignements. Dans *l'Affaire grecque*, la Commission européenne des droits de l'Homme retenait quatre caractéristiques que devait réunir la menace visée par l'article 15 de la Convention, se concentrant notamment sur les « effets » de celle-ci : la menace doit être actuelle ou imminente ; ses effets doivent s'étendre à toute la nation ; elle doit remettre en cause l'existence organisée de la communauté ; et, enfin, la crise ou le danger doivent être exceptionnels, ce qui signifie que « *les mesures ou restrictions autorisées en période ordinaire par la Convention pour le maintien de la sécurité nationale de la santé ou de l'ordre public, sont manifestement insuffisantes* »⁴¹.

Selon les termes de la Cour européenne dans l'affaire *Lawless*, une situation qui justifie la proclamation d'un état d'urgence est une situation « *de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace*

37 Cour eur. DH, *Irlande c. Royaume Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 207.

38 V. e.a. les arrêts *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 207 ; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, § 43 ; *Aksoy c. Turquie*, 26 novembre 1996, § 68 ; *Demir et autres c. Turquie*, 23 septembre 1998, § 43.

39 J. FITZPATRICK, *Human Rights in Crisis, The International System for Protecting Rights during States of Emergency*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 55.

40 J. FITZPATRICK, *op. cit.*

41 Comm. eur. DH, *Affaire grecque*, Annuaire (1969), § 153. On retrouve ici l'opposition conceptuelle mentionnée plus haut entre clauses de restriction des droits et clauses déroatoires.

pour la vie organisée de la communauté composant l'État »⁴². La Cour a ultérieurement nuancé cette affirmation en y englobant les menaces qui ne concernent qu'une partie du territoire de l'État. À propos des mesures dérogatoires adoptées par le Gouvernement britannique en Irlande du Nord, la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour, de même que le Comité des droits de l'homme, ont estimé qu'une situation d'urgence limitée sur le plan géographique peut toucher la population dans son ensemble et constituer une menace pour l'existence de la nation. Confrontée trois décennies plus tard à la décision turque, dûment notifiée en vertu de l'article 15, de déclarer l'état d'urgence en 1990 dans le Sud-Est du pays, la Cour a jugé que « *l'ampleur et les effets particuliers de l'activité terroriste du PKK dans le Sud-Est de la Turquie ont indubitablement créé, dans la région concernée, un "danger public menaçant la vie de la nation"* »⁴³. Si une situation d'urgence localisée sur une partie du territoire peut donc présenter une menace pour l'ensemble de la population, l'état d'exception doit néanmoins être appliqué dans des conditions limitées au cadre territorial où se produisent les troubles de l'ordre public, et les mesures adoptées ne sont applicables et valables que dans ce cadre⁴⁴.

En ce qui concerne le Pacte international, il n'y a pas eu à ce jour de tentative pour fournir un critère ou une définition abstraite de la notion d'« urgence publique »⁴⁵. Cependant, on sait que l'expression « *menacer la vie de la nation* » a été insérée afin d'éviter les abus d'appréciation de la part des États et pour restreindre l'application de l'article 4. Comme dans le cas de la Convention, la qualification que donne l'État à la situation à laquelle il fait face n'est pas déterminante pour évaluer la compatibilité de la proclamation de l'état d'urgence avec l'article 4. Le Comité se concentre plutôt sur les effets concrets de la proclamation de l'état d'exception, qu'il soit appelé état de siège, état d'alarme, état d'urgence, état de guerre ou état de nécessité nationale⁴⁶.

Bien qu'il paraisse clair que la majorité des situations de conflits armés ne posent guère de difficulté au regard du champ d'application des différentes clauses dérogatoires⁴⁷, ces situations comportent parfois elles aussi des difficultés d'appréciation par rapport à la notion d'état d'urgence. La guerre doit en tout cas représenter une menace pour la vie de la nation : le simple engagement de troupes à l'étranger dans des conflits internationaux ne suffit par conséquent pas à déclarer l'état d'urgence. La situation de guerre civile peut aussi être discutée⁴⁸.

La menace peut être « physique », mais elle peut également atteindre le fonctionnement de l'État. Pour le Comité des droits de l'homme, les situations dans lesquelles le fonctionnement des organes constitutionnels est entravé, ou l'approvisionnement en nourriture des populations empêché, constituent certainement des situations pouvant justifier le déclenchement d'un état d'exception⁴⁹. Il envisage également les manifestations de masse incluant des actes

42 Cour eur. DH, *Lawless c. Irlande*, arrêt du 1er juillet 1961, §28.

43 V. e.a. Cour eur. DH, *Aksoy c. Turquie*, arrêt du 26 novembre 1996, § 70

44 R. ERGEC, *op. cit.*, p. 142.

45 D. MCGOLDRICK, « The interface... », *op. cit.*, p. 392.

46 *Id.*, p. 394.

47 Pour l'article 4 du Pacte, voy. Comité DH, *Observation générale n° 29 – Etats d'urgence (art. 4)*, 24 juillet 2001, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), §3.

48 R. NORRIS, P. REITON, « The suspension of Guarantees: A comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties », *American University Law Review*, 30 Am, 1981, p. 195.

49 V. J. F. HARTMAN, « Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies – A critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations », 22 *Harv. Int'l. L. J.*, 1981, p. 16.

de violence ⁵⁰. Il est fait mention dans ses rapports d'un cas d'état d'urgence déclaré suite à l'évasion de soixante-dix-huit prisonniers jugés dangereux d'une prison guatémaltèque ⁵¹. Mais le même Comité rappelle que « *{t}out trouble ou toute catastrophe n'entre pas automatiquement dans la catégorie d'un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation, selon la définition du paragraphe 1 de l'article 4* » ⁵². Sans préjuger du caractère souhaitable du recours aux clauses dérogatoires dans de tels cas, il faut bien admettre que certaines situations exceptionnelles demeurent en effet moins évidentes à qualifier comme telles.

Le cas des catastrophes naturelles, sanitaires ou industrielles, d'abord, illustre la difficulté de cerner avec précision la diversité des situations qui peuvent justifier la mise en œuvre d'un régime d'exception. On peut en effet imaginer nombre de mesures dérogatoires (expropriations, réquisition, limites apportées aux libertés de circulation...) que pourraient requérir de telles menaces ⁵³. Ainsi, certains auteurs estiment qu'il est raisonnable de penser qu'une catastrophe écologique peut justifier la proclamation d'un état d'exception ⁵⁴, tandis que d'autres estiment que cette possibilité est très difficilement envisageable au regard du principe de proportionnalité : un état d'exception ne serait pas strictement nécessaire lors d'une catastrophe écologique ⁵⁵. Des législations nationales prévoient certes le déclenchement d'un « état d'urgence » en cas de catastrophes naturelles ou industrielles, mais celles-ci ne prévoient pas spécialement de dérogations aux droits fondamentaux. On note tout de même que le Comité semble avoir confirmé la validité d'un état d'urgence proclamé lors des incendies qui ont ravagé le territoire de la province du Manitoba, au Canada : à tout le moins estime-t-il que les mesures prises l'ont été en conformité avec les exigences du Pacte ⁵⁶. Selon L. Boisson de Chazournes et R. Desgagne, le Pacte international reconnaîtrait également que les calamités naturelles peuvent justifier un état d'exception ⁵⁷. Et le Comité semble confirmer ce point de vue ⁵⁸.

Les situations de crises économiques, ensuite, sont également délicates à traiter sous l'angle de l'état d'exception. En tant que telles, ces crises ne peuvent, selon le Comité des droits de l'Homme, justifier un état d'exception au sens du droit international, mais leurs conséquences peuvent entraîner une situation nécessitant la proclamation d'un état d'exception ⁵⁹.

50 Comité DH, *Observation générale* n° 29, § 5.

51 UN Doc/ A/56/40, § 34.

52 Comité DH, *Observation générale* n° 29, § 3.

53 V. M. B. GERRARD, « Emergency Exemption from Environmental Laws After Disasters », *Nat. Resources & Env't*, 2005-2006, pp. 10-14.

54 J.F. HARTMAN, « Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies », 22 *Harv. J. Int'l L.*, 1981, p. 16.

55 L. BOISSON DE CHAZOURNES et R. DESGAGNE, « Le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement à l'épreuve des catastrophes écologiques : une alliance nécessaire », *Rev. dr. ULB*, 1995, p. 50.

56 U.N. Doc. A/46/40, § 59. Nous n'avons pas connaissance de l'existence de notifications au Secrétaire-Général du Conseil de l'Europe ou d'affaires introduites devant la Cour européenne des droits de l'Homme dans laquelle un État se serait appuyé sur l'article 15 de la Convention pour justifier la suspension de certains droits fondamentaux pour faire face à ces événements de ce type.

57 L. BOISSON DE CHAZOURNES et R. DESGAGNE, « Le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement... », *op. cit.*, p. 47.

58 Comité DH, *Observation générale* n° 29, § 5 : « *{l'}État partie qui entend invoquer le droit de déroger au Pacte, lors, par exemple, d'une catastrophe naturelle {...} ou d'un accident industriel majeur, doit pouvoir justifier que cette situation représente une menace pour l'existence de la nation {...}* ».

59 V. Rapport du Comité des droits de l'Homme, vol. I, cinquante-sixième session, 1^{er} janvier 2001, U.N. Doc. A/56/40, § 33. Au cours de la période examinée dans ce rapport, le gouvernement équatorien

Enfin, en ce qui concerne la menace – potentiellement permanente – du terrorisme, le Comité a rendu plusieurs décisions intéressantes. Il a ainsi regretté qu'un décret syrien proclamant l'état d'urgence, pour des raisons de lutte contre le terrorisme, soit resté en vigueur pendant un long laps de temps⁶⁰. Les nombreuses législations antiterroristes adoptées après les événements du 11 septembre doivent être évaluées à la lumière de l'article 4 selon le Comité. Celui-ci a ainsi exprimé ses inquiétudes au sujet de plusieurs législations nationales, notamment en ce qui concerne la définition de l'infraction terroriste⁶¹.

La qualification du terrorisme comme « danger public » au sens du droit international ne va cependant pas de soi, comme en témoigne un arrêt, divisé sur cette question, de la Chambre des Lords. Le Royaume-Uni est le seul État de l'Union européenne à avoir déclaré recourir aux articles 15 CEDH et 4 PIDCP dans ce contexte⁶². Il l'a fait le 18 décembre 2001, en raison de l'adoption du *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, qui conférait des pouvoirs élargis aux forces de police pour l'arrestation et la détention d'étrangers ne pouvant être extradés, en contradiction probable avec l'article 5 de la Convention et 9 du Pacte. Dans le cas de la Convention, il entendait plus précisément déroger à l'article 5, § 1^{er}, en permettant la détention de personnes de nationalité étrangère considérées comme constituant un risque pour la sécurité nationale – les « *personnes soupçonnées de terrorisme international* » – mais dont l'éloignement était impossible – le renvoi vers le pays d'origine ou vers l'État qui demande son extradition ne pouvant avoir lieu en raison d'une impossibilité matérielle ou un obstacle juridique – et qui ne font pas l'objet d'une accusation pénale. Or, si l'article 5, § 1^{er}, f), de la Convention permet la détention d'une personne en vue de son éloignement, il n'admet sa prolongation que dans la stricte mesure où celle-ci est requise par le déroulement de la procédure d'expulsion. Si l'éloignement est impossible à réaliser cette disposition « *ne fournit plus la base requise à la privation de liberté* »⁶³. Le texte de la déclaration britannique se référait aux attaques du 11 septembre, aux résolutions du Conseil sécurité reconnaissant ces attaques comme des menaces contre la paix et la sécurité internationale, ainsi qu'à la menace terroriste à l'égard du Royaume-Uni. Devant la Chambre des Communes, la sous-secrétaire d'État à la sécurité intérieure estima que les actes de terrorisme commis en dehors du territoire britannique pouvaient très bien mettre en danger la vie de la nation « *en menaçant notre économie et notre bien-être* ». D'aucuns estimaient cela douteux, mais soulignaient que si des attentats devaient être pressentis sur le territoire britannique, alors la menace pourrait bien être qualifiée de « danger public ». La question de la compatibilité de ce recours avec les limites des pouvoirs de dérogation fut portée jusqu'à la Chambre des Lords. La disposition critiquée échoua à franchir le test de proportionnalité, notamment en

avait informé les autres États par l'intermédiaire du Secrétaire général qu'il avait déclaré l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire, par un décret exécutif daté du 2 février 2001. La mesure avait été prise à cause de l'agitation interne grave causée par la crise économique qui frappait le pays. Les dispositions du Pacte auxquelles il était dérogé étaient les articles 12, 17 et 21. L'état d'urgence fut levé une semaine plus tard.

60 *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, vol. I, cinquante-sixième session, 1^{er} janvier 2001, U.N. Doc. A/56/40, § 81.

61 D. MCGOLDRICK, p. 427. Le Comité a également prôné l'établissement de programmes éducatif qui lutteraient contre la naissance des stéréotypes concernant les populations arabes ou musulmanes (UN Doc. CCPR/CO/74/SWE, § 12).

62 *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, vol. I, cinquante-septième session, 1^{er} octobre 2002, U.N. Doc A/57/40, § 33.

63 O. DE SCHUTTER, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », *RUDH*, 2001, p. 200.

ce qu'il n'avait pas été démontré par le Gouvernement pourquoi les mesures de détention indéfinie devaient être exclusivement dirigées à l'égard des étrangers. C'est néanmoins un autre élément de cette décision qui retient plus spécialement notre attention. Les appelantes contestaient en effet que le péril auquel le terrorisme expose les démocraties occidentales puisse menacer « la vie de la nation » : elles soutenaient que le danger pour le Royaume-Uni n'était pas suffisamment imminent, que l'urgence déclarée n'était pas de nature temporaire et que la pratique des autres États à l'égard des mêmes circonstances plaidait fortement pour l'inadéquation d'un tel qualificatif.

Dans un arrêt rendu quelques semaines avant les attentats de Londres, la majorité des Lords estima cependant que l'on se trouvait bien face à une situation d'urgence au sens du droit conventionnel, pour trois raisons principales. Premièrement, il n'est pas démontré que les juridictions inférieures, qui ont eu accès à certaines informations confidentielles, se soient trompées sur cette question. Deuxièmement, dans l'affaire *Lawless*, les autorités ne se trouvaient pas face à un cas de nombreuses pertes humaines causées par un corps armé, et la Cour européenne a pourtant reconnu l'application de l'article 15. Le Gouvernement britannique n'a donc pas commis de faute en concluant en ce sens, au vu de la situation bien plus dangereuse qui découlerait des suites des attentats de New-York. Enfin, la décision du Gouvernement résulte d'un jugement politique que seul lui peut formuler de la manière la plus informée. Lord Hoffman, dissident sur cette question, estima par contre, dans un attendu souvent cité depuis : « *{The U.K.} is a nation that has been tested in adversity, which has survived physical destruction and catastrophic loss life. I do not underestimate the ability of fanatical groups of terrorists to kill and destroy, but they do not threaten the life of the nation. Whether we would survive Hitler hung in the balance, but there is no doubt that we shall survive Al-Qaeda. The Spanish people have not said what happened in Madrid, hideous crime as it was, threatened the life of their nation. Their legendary pride would not allow it. Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community. {...}* »

The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. {...} » ⁶⁴.

B - Les limites procédurales de l'état d'exception

Sous le concept de limites procédurales à l'état d'exception, on rassemble les obligations internationales de l'État relatives à la proclamation (1) et à la notification (2) de l'urgence. Si l'on distingue celles-ci des limites « matérielles » que l'on examine ensuite, il ne faudrait pas perdre de vue que les premières sont inextricablement liées aux secondes, en ce qu'elles représentent en principe une condition préalable pour que l'État puisse se prévaloir des clauses dérogatoires.

1) Le principe de proclamation

Afin d'éviter l'écueil des situations « de fait » et partant, le contournement du cadre international, la mise en œuvre de l'état d'exception doit nécessairement être précédée d'une mesure de publicité sous forme d'une déclaration officielle. La population concernée doit être informée de manière exacte de la portée territoriale,

⁶⁴ House of Lords, *A (FC) and others (FC) v. Sec. of State for the Home Department*, 16 December 2004, [2004] UKHL 56, §§ 95-97

matérielle et temporelle des mesures d'urgence et de leurs effets sur les droits fondamentaux.

2) Le principe de notification

Si la proclamation est une mesure de publicité destinée à informer les personnes présentes sur son territoire, la notification s'adresse elle à la communauté internationale, aux autres États parties, qui doivent être informés de l'impossibilité temporaire pour un État de respecter certaines de ses obligations. La notification doit être effectuée « sans retard » – cette condition figure d'ailleurs expressément dans le Pacte et la Convention américaine – et doit viser les dispositions auxquelles il est dérogé et les motifs qui justifient cette dérogation. Le parallélisme des formes commande que la levée de l'état d'exception soit également notifiée ⁶⁵.

Les organes de Strasbourg ont jugé qu'à défaut de notification, l'État ne peut se prévaloir de l'article 15 de la Convention européenne ⁶⁶. Par ailleurs, la portée territoriale de la clause ne peut être étendue au-delà de la portion de territoire expressément mentionnée dans la notification ⁶⁷.

Dans sa décision *Silva v. Uruguay*, le Comité des droits de l'homme a rappelé l'importance de la proclamation et de la notification en cas d'état d'urgence pour en permettre un contrôle effectif ⁶⁸. Le Comité a également émis des considérations au sujet de l'organe qui avait compétence pour décider de l'état d'urgence. S'il n'a jamais posé d'exigence claire comme une préférence pour le pouvoir législatif ou exécutif, il a exprimé son inquiétude lorsque le pouvoir de déclarer l'état d'urgence était concentré dans les mains d'une seule personne, ou dans les mains d'un seul organe du gouvernement, ou dans les mains du seul organe constitutionnel ⁶⁹.

⁶⁵ V. Comité DH, Observation générale n° 29, § 17 : « Au paragraphe 3 de l'article 4, les États parties s'engagent à observer un système de notification internationale quand ils usent du droit de dérogation prévu à l'article 4. L'État partie qui se prévaut du droit de dérogation est tenu d'informer immédiatement les autres États parties, par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des dispositions auxquelles il a dérogé, et des motifs justifiant cette dérogation. {...}. Étant donné le caractère lapidaire des notifications qu'il a reçues à ce jour, le Comité tient à souligner que devraient figurer dans toute notification des renseignements pertinents sur les mesures prises ainsi que des explications claires sur les motifs qui ont amené l'État partie à les prendre, accompagnés de l'intégralité des documents relatifs aux dispositions juridiques. Des notifications supplémentaires seront requises dans la mesure où l'État partie prend des mesures ultérieures en application de l'article 4, par exemple en prolongeant l'état d'urgence. L'obligation de notifier immédiatement aux autres États parties s'applique également quand la dérogation prend fin ».

⁶⁶ Comm. Eur. D. H., *Chypre c. Turquie*, rapport du 4 octobre 1983, § 67.

⁶⁷ Cour. eur. DH, *Sakik c. Turquie*, arrêt du 26 novembre 1997, § 39 : « Il échet de relever cependant que l'article 15 n'autorise les dérogations aux obligations découlant de la Convention que 'dans la stricte mesure où la situation l'exige'. En l'espèce, la Cour irait à l'encontre du but et de l'objet de cette disposition si, appelée à apprécier la portée territoriale de la dérogation dont il s'agit, elle en étendait les effets à une partie du territoire turc non explicitement couverte par la notification. Il en résulte que la dérogation en question est inapplicable ratione loci aux faits de la cause ».

⁶⁸ V. Comité DH, *Silva c. Uruguay*, Communication No. R.8/34, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) (1981), 8.2-3. Il est cependant arrivé que le Comité examine d'office une situation sous l'angle de l'article 4, sans pour autant que le pays n'ait envisagé cet argument (v. Comité DH, *Ramirez c. Uruguay*, UN Doc. A/35/40.121). Selon MCGOLDRICK, il ressort de l'affaire *Silva c. Uruguay* que lorsque l'État peut justifier les dérogations instaurées dans le cadre de l'article 4, 1° et 2° du Pacte, alors le simple fait que l'État n'a pas rempli son obligation de proclamation prévue à l'article 4, 3° n'empêche pas l'État de développer une argumentation basée sur l'article 4 du Pacte. Ainsi, même si l'importance de la déclaration-notification est sans cesse rappelé, le Comité n'a jamais suggérer de manière explicite qu'une dérogation sur la base de l'article 4 serait invalide uniquement parce qu'elle n'aurait pas été notifiée. V. D. MCGOLDRICK, « The interface... », *op. cit.*, p. 397).

⁶⁹ D. MCGOLDRICK, « The interface... », p. 397.

C - Les limites matérielles de l'état d'exception

Les limites internationales « matérielles » aux réactions des États face à une situation d'exception peuvent être rassemblées en cinq principes distincts, sur lesquels on revient brièvement. Il s'agit respectivement des principes de temporalité (1), de proportionnalité (2), de compatibilité avec le droit international (3), de non-discrimination (4) et d'intangibilité de certains droits (5).

1) Le principe de temporalité

Le principe de temporalité est consubstantiel aux états d'exception : non sans verser la tautologie, on souligne généralement que cette nécessaire limitation dans le temps a pour objet d'éviter qu'il ne se perpétue indûment et indéfiniment. Ce principe est expressément consacré à l'article 27 de la Convention américaine qui prévoit que les mesures doivent être prises « *strictement en fonction des exigences du moment* ». Les autorités compétentes ont donc l'obligation de mettre fin à l'état d'exception si les circonstances qui étaient à l'origine de la proclamation ont cessé d'exister ou si la menace a renoué avec des proportions permettant un retour à la normalité.

2) Le principe de proportionnalité

Dans le contexte du régime juridique des états d'exception, le principe de proportionnalité vise l'adéquation qui doit nécessairement exister entre les mesures adoptées et la gravité de la crise : les limitations ou suspensions des droits imposées ne peuvent l'être que « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». Cet impératif est énoncé en des termes analogues dans le Pacte, la Convention européenne et la Convention américaine. Il porte sur la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de l'ensemble des dérogations appliquées du fait de celui-ci ⁷⁰.

Le Comité a adopté pour critère général que le principe de proportionnalité ne devait être apprécié ni *in abstracto* ni globalement, mais dérogation par dérogation. Le principe de proportionnalité suppose enfin la possibilité d'un contrôle périodique de l'état d'exception et des mesures prises par les organes nationaux compétents.

3) Le principe de compatibilité avec les autres règles de droit international

Le principe de compatibilité (« *sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles...* ») ⁷¹ vise à renforcer la protection des droits fondamentaux dans les

70 Comité DH, Observation générale § 4. V. égal. le § 5 : « Cette condition fait obligation aux États parties de justifier précisément non seulement leur décision de proclamer un état d'exception, mais aussi toute mesure concrète découlant de cette proclamation. L'État partie qui entend invoquer le droit de déroger au Pacte, lors, par exemple, d'une catastrophe naturelle, d'une manifestation massive comportant des actes de violence ou d'un accident industriel majeur, doit pouvoir justifier que cette situation représente une menace pour l'existence de la nation mais aussi que toutes les mesures qu'il a prises et qui dérogent au Pacte sont strictement exigées par la situation. De l'avis du Comité, la possibilité de limiter l'exercice de certains droits garantis dans le Pacte, par exemple la liberté de mouvement (art. 12) ou la liberté de réunion (art. 21) suffit généralement dans ce genre de situation et une dérogation aux dispositions en question ne serait pas justifiée par ce qu'exige la situation ».

71 Art. 4, § 1^{er}, *in fine*, du Pacte. Selon le Comité des droits de l'Homme, « [c]e principe est reflété également au paragraphe 2 de l'article 5, en vertu duquel il ne peut être admise aucune restriction

situations de crise grâce à l'application concordante et complémentaire de l'ensemble de règles établies en vue de protéger ces droits en cas d'état d'exception. Ce principe peut également être lu comme consacrant une forme de « subsidiarité » implicite, préservant la primauté des règles internationales plus favorables.

L'expression « *autres obligations imposées par le droit international* » utilisée dans les traités englobe aussi bien le *ius cogens*, le droit international coutumier que le droit des traités⁷² et le droit international humanitaire⁷³. Le renvoi au droit des traités introduit ouvre naturellement la porte à des régimes juridiques différenciés selon les États concernés, en fonction des instruments qu'ils ont ratifiés non seulement au niveau universel, mais aussi sur le plan régional⁷⁴.

4) *Le principe de non-discrimination*

L'article 27 de la Convention américaine, de même que l'article 4 du Pacte, prévoient que les dérogations aux droits fondamentaux ne doivent entraîner aucune discrimination qui soit fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale. La liste des motifs de distinctions suspectes est donc bien plus courte que celle généralement comprise dans les dispositions de ces conventions consacrant le droit à l'égalité. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une clause « ouverte » mais bien d'une liste fermée de critères suspects. Il semble que la raison serait que leurs rédacteurs estimaient que, dans certaines situations d'exceptions, des limitations sur base d'autres motifs traditionnellement exclus puissent s'avérer nécessaires. Durant le processus d'élaboration du Pacte, il avait été proposé de faire figurer le droit à l'égalité et à la non-discrimination dans la liste des droits indérogeables, mais une fois encore cette option fut rejetée au motif que certaines situations pourraient nécessiter de telles distinctions. Il est vrai que rien que durant la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis et le Canada ont par exemple interné des milliers d'étrangers et même des nationaux d'origine japonaise, craignant quelque collusion avec l'ennemi. Une des décisions de justice bien connue des constitutionnalistes américains est d'ailleurs

ou dérogation aux droits fondamentaux reconnus dans d'autres instruments, sous prétexte que le Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré » (*Observation générale*, § 9, *in fine*).

72 Doivent ainsi notamment être prises en compte les conventions suivantes, sans préjudice de la possibilité qu'elles incluent certaines normes de droit coutumier : la Charte des Nations Unies la Convention pour la prévention du crime de génocide (1948), les quatre Conventions de Genève (1949) et leurs deux protocoles de 1977), la Convention « race » (1966), celle sur le crime d'apartheid (1973), la convention « torture » (1984), la Convention des droits de l'enfant (1989) et le Protocole sur leur implication dans les conflits armés (2000), ainsi qu'à l'avenir la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006 – non encore entrée en vigueur). V. e.a. l'art. 1(2) de la Convention sur les disparitions forcées : « {a}ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée ».

73 Pour le Comité, « {l}es États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence » (*Observation générale* n° 29, § 11).

74 Pour un exemple éloquent, v. l'exemple donné plus bas à propos de l'interdiction d'appliquer la peine de mort (*infra*, notes 54-55).

l'arrêt *Korematsu*, dans lequel une Cour suprême divisée n'aperçut pas d'inconstitutionnalité dans ces traitements ⁷⁵.

L'article 15 de la Convention européenne ne contient pas de prescription de ce type. Pour certains auteurs, elle est implicitement contenue ⁷⁶ ou explicitement prévue ⁷⁷ à l'article 14 de la Convention qui a une portée générale et interdit toute forme de discrimination quant à l'exercice des droits reconnus par la Convention.

5) *Le principe d'intangibilité de certains droits*

La question de l'intangibilité de certains droits fondamentaux, même dans l'hypothèse d'une guerre ou d'un danger public avéré, fait l'objet d'une ample littérature à laquelle on se permet de renvoyer ⁷⁸. On se limite à quelques rappels d'ordre très général sur la portée des clauses conventionnelles qui confèrent ce statut à certaines garanties.

La Convention européenne énumère quatre droits indérogeables : le droit à la vie ⁷⁹ – « *sauf pour les actes de décès résultant d'actes licites de guerre* » –, l'interdiction de la torture, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et le principe de légalité des délits et des peines. Le Pacte international en retient trois supplémentaires ⁸⁰ : la prohibition de l'emprisonnement pour dettes, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique et l'interdiction de la mort civile, ainsi que la liberté de pensée, de conscience et de religion. Enfin, l'article 27 de la Convention américaine est de loin le plus généreux, puisqu'il n'immunise pas moins de onze droits de toute mesure dérogatoire : outre ceux précités, on retrouve encore dans cette liste la protection de la famille, le droit à un nom, les droits de l'enfant, le droit à une nationalité et les droits politiques. Son deuxième paragraphe ajoute par ailleurs que la disposition « *n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés* ».

Trois remarques peuvent encore être faites. Premièrement, au vu de la hiérarchie entre les droits qu'induisent logiquement ces listes de droits indérogeables, on peut légitimement s'interroger sur les motifs qui ont présidé à leur sélection. Pour le Comité des droits de l'Homme, s'agissant du paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte, cet élément doit être :

75 V. USSC, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), spec. 223-224. Pour des réflexions et analyses contemporaines au départ de cet arrêt, v. M. TUSHNET, « *Defending Korematsu ? Reflections on Civil Liberties in Wartime* », *Wis. L. R.*, 2003, pp. 273-307.

76 V. e.a. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, *op. cit.*

77 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., PUF, 2008.

78 V. e.a. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987 ; D. PRÉMONT, *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

79 Quarante et un États sur les quarante-sept que compte le Conseil de l'Europe ont cependant ratifié le Protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (v. ses art. 2 et 3 prohibant toute réserve et dérogation). Les six autres États ont cependant ratifié – comme tous les autres – le Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort, dont l'article 3 interdit toute dérogation au titre de l'article 15 de la Convention.

80 Pour les soixante-six États qui ont ratifié le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte, l'abolition de la peine de mort figure au rang des droits indérogeables. V. art. 6, § 2, du Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort : « *le droit garanti au paragraphe 1 de l'article premier du présent Protocole ne peut faire l'objet d'aucune des dérogations visées à l'article 4 du Pacte* », sauf pour les États qui, lors de la ratification, ont formulé une réserve « *prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre* » (art. 2, § 1^{er}).

« interprété en partie comme une constatation du caractère {de normes impératives du droit international} de quelques droits fondamentaux garantis par traité dans le Pacte (par exemple les articles 6 et 7). Il est évident toutefois que d'autres dispositions du Pacte ont été incluses dans la liste de celles auxquelles il ne peut être dérogé parce qu'elles portent sur des droits dont la dérogation ne peut jamais être rendue nécessaire par la proclamation d'un état d'exception (par exemple, art. 11 et 18) »⁸¹.

Deuxièmement, que faut-il déduire de cette hiérarchie lorsque les régimes dérogatoires s'appliquent aux droits ne figurant pas dans ces listes ? Le Comité estime que l'on ne peut conclure de leur absence l'existence d'un blanc-seing quant aux conditions de leur suspension :

« {l}'obligation juridique de limiter toutes les dérogations au strict minimum nécessaire pour faire face aux exigences de la situation implique à la fois pour les États partis et pour le Comité le devoir de procéder à une analyse minutieuse en se fondant sur chaque article du Pacte et sur une évaluation objective de la situation en question »⁸²

Enfin, à la lumière du principe de compatibilité avec les autres règles de droit international, on peut se demander avec le Comité des droits de l'Homme s'il n'existe pas d'autres droits indérogeables ou limites matérielles à l'exercice du pouvoir de dérogation. Le Comité des droits de l'Homme a ainsi établi des liens avec les crimes internationaux les plus graves, mais aussi d'autres éléments de protection des droits fondamentaux.

Les crimes internationaux, d'abord : « {p}our déterminer quelles sont les limites au-delà desquelles aucune dérogation aux dispositions du Pacte ne saurait être légitime, un des critères possibles se trouve dans la définition de certaines violations des droits de l'homme en tant que crimes contre l'humanité » ou crimes de génocide⁸³. Le Comité renvoie à la définition de ces crimes telle qu'établie par les articles 6 et 7, qui limiteraient donc, par ricochet, l'ampleur des dérogations possibles (v. OG, § 12) :

« Si un grand nombre d'actes spécifiques énumérés à l'article 7 du Statut {de Rome de la Cour pénale internationale} se rapportent directement à des violations des droits fondamentaux considérés comme intangibles en vertu du paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte, la catégorie des crimes contre l'humanité, telle qu'elle est définie dans l'article 7 du Statut, vise aussi la violation de dispositions du Pacte qui ne figurent pas dans l'article 4. Par exemple, certaines violations graves de l'article 27 {droits des minorités} peuvent constituer un génocide au sens de l'article 6 du Statut de Rome et, de son côté, l'article 7 du Statut vise des pratiques qui se rapportent non seulement aux articles 6 à 8 du Pacte, mais également aux articles 9 {droit à la liberté et à la sécurité}, 12 {liberté de circulation et d'établissement}, 26 {non-discrimination} et 27 »⁸⁴.

Le Comité met toutefois en exergue d'autres normes de droit international venant limiter la marge de manœuvre des États qui auraient décrété l'état d'urgence sur leur territoire. Il évoque ainsi l'interdiction de la prise d'otages, des enlèvements ou des détentions non reconnues, qui fait partie du droit international général. Il souligne également que toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

Il souligne l'importance décisive de plusieurs obligations de nature procédurale. Les droits reconnus comme indérogeables doivent être accompagnés de

81 Comité DH, *Observation générale* n° 29, § 11

82 *Id.*, § 6.

83 *Id.*, §§ 12-13.

84 *Id.*, § 12. Sont également constitutifs d'un crime contre l'humanité déportation ou le transfert forcé de population, « entendus comme le fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motif admis en droit international » (OG 29, § 13).

garanties de procédure, souvent judiciaires. Le Comité qualifie en outre d'« *obligation inhérente* » au Pacte l'existence des recours internes utiles contre toute violation de ses dispositions. Par ailleurs, certains éléments du droit à un procès équitable sont expressément garantis par le droit international humanitaire en cas de conflit armé : compétence des cours et tribunaux, présomption d'innocence... Qu'il s'agisse ou non de droits susceptibles de dérogation, le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte ⁸⁵.

Le Comité insiste enfin sur le fait que la protection internationale des droits des personnes appartenant à des minorités comporte des aspects qui doivent être respectés en toutes circonstances ⁸⁶. De manière générale, dans le contexte des états d'urgence, l'une des réponses fréquentes des autorités peut consister en la détention de certaines personnes, notamment des membres de certains groupes minoritaires, perçus comme une menace pour l'ordre public ou pour les intérêts de la sécurité nationale. Cette affirmation a sans aucun doute une résonance toute particulière dans le contexte postérieur au 11 septembre 2001 et l'attention que reçoivent depuis lors les mouvances islamistes du terrorisme international. Certaines personnes ont d'ailleurs semble-t-il bien perçu ce risque, puisque la section 102 du *US Patriot Act* condamne tout acte de violence à l'encontre d'américains « arabes » ou de confession musulmane et souligne que les droits fondamentaux « *de tous les américains, en ce compris les américains-arabes, américains musulmans et américains originaires d'Asie du Sud, doivent être protégés et tout effort pour préserver leur sécurité doit être entrepris* ». Dans le même ordre d'idées, relevons enfin que, eu égard notamment aux articles 20 du Pacte et au principe de non-discrimination, la proclamation d'un état d'exception ne peut jamais être invoquée pour justifier que les autorités se livrent à de la propagande en faveur de la guerre ou à des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitueraient une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ⁸⁷.

II - L'ENCADREMENT CONSTITUTIONNEL DE L'ÉTAT D'EXCEPTION

L'étude des Constitutions des États membres de l'Union européenne, ainsi que d'autres présentant un intérêt particulier pour les états d'urgence et d'exception (États-Unis, Canada, Turquie, Afrique du Sud et États d'Europe centrale et orientale), permet de dégager certains traits caractéristiques des régimes constitutionnels d'exception et de les mettre en parallèle avec les obligations internationales en cette matière, étudiées dans la première partie.

On commence par mentionner le cas des Constitutions qui interdisent toute suspension de leur contenu (A) et de celles qui n'envisagent que certaines conséquences de l'état d'exception, sans toutefois prévoir un régime systématique (B). Après avoir quelque peu discuté la nécessité de clauses constitutionnelles réglant

85 V. égal. Cour interaméricaine DH, *Judicial guarantees in States of Emergency*, Advisory Opinion OC-9/87, 6 octobre 1987.

86 Comité DH, *Observation générale n° 29*, § 13 : « {c}ela est reflété dans l'interdiction du génocide en droit international, dans l'inclusion d'une clause interdisant la discrimination dans l'article 4 lui-même (par. 1) ainsi que par l'interdiction de déroger à l'article 18 ».

87 Sur ces différentes questions v. S. DARCY, « The Rights of Minorities in States of Emergency », *Int'l. J. on Minority & Groups Rts.*, 2002, pp. 345-269.

les conditions d'exercice des pouvoirs dérogatoires (C), on décrit les traits les plus saillants des régimes constitutionnels de l'état d'exception (D).

A - Les Constitutions optimistes

Une partie des Constitutions analysées ne prévoient pas explicitement un régime d'exception et n'encadrent pas systématiquement les pouvoirs de dérogation. Ces textes, que l'on qualifiera d'« optimistes », reposent sur « *un postulat de confiance* »⁸⁸ et sur une conception de la Constitution faite pour des peuples vivants en temps de paix. Ces Constitutions interdisent ainsi toute suspension de leur contenu.

Le cas de la Belgique est assurément exemplaire de cette première catégorie. L'article 187 de la Constitution belge prévoit seulement que celle-ci « *ne peut être suspendue en tout ni en partie* »⁸⁹. Dans le même sens, la Constitution luxembourgeoise prévoit dans son article 113 qu'aucune de ses dispositions ne peut être suspendue, mais, dans son article 32, qu'en cas de crises internationales le Grand Duc peut prendre des règlements d'urgence pouvant déroger aux lois⁹⁰. Par le passé, le législateur a adopté, en des temps de crises économiques et sociales, des habilitations législatives permettant à l'exécutif de réglementer certains domaines qui ne sont pas considérés comme relevant du domaine exclusif de la loi. Dans de telles situations, l'exécutif lui-même peut adopter des décrets-lois en invoquant l'état de nécessité pour justifier leur validité. Le Conseil d'État luxembourgeois a rappelé à de nombreuses reprises qu'une loi d'habilitation aussi précise que possible était nécessaire pour que l'exécutif dispose d'un tel pouvoir, qui est de nature exceptionnelle⁹¹.

B - Les Constitutions envisageant certaines conséquences de l'état d'exception

Certaines Constitutions comportent des dispositions destinées à régir certaines conséquences de la situation d'urgence, mais ne systématisent pas le régime juridique applicable à ces situations.

88 F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, « Belgique Table Ronde : Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », *AJIC*, XVIII-2002, pp. 91-110.

89 Art. 187, Const. belge du 14 février 1994.

90 Art. 113, Const. du Grand Duché du Luxembourg du 17 octobre 1868.

91 Conseil d'État du Grand Duché du Luxembourg, avis du 8 décembre 1998 relatif au projet de loi N° 4488 portant habilitation pour le Grand-Duc de réglementer certaines matières, (Doc. parl. N° 44881, p.1-2) : « *Le Conseil d'État voudrait toutefois revenir dans le cadre de l'examen du présent projet de loi sur les principes qui régissent le pouvoir réglementaire du Grand-Duc qui dans sa portée est déterminé par les articles 36, 37, alinéa 4 et 32, alinéa 3 de la Constitution. Il tient à rappeler dans ce contexte qu'en matière d'exécution des lois le pouvoir réglementaire du Grand-Duc a deux sources : la première est de droit commun, à savoir l'exécution des actes de souveraineté, lois et traités internationaux : cette source est créée par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution qui donnent au Grand-Duc un pouvoir général de prendre les règlements nécessaires pour l'exécution des lois et des traités. Ce pouvoir conféré directement et expressément, et dont l'exercice est subordonné à l'existence préalable des lois à exécuter, est le pouvoir réglementaire d'exécution. La seconde source du pouvoir réglementaire a un caractère exceptionnel. Le projet de loi sous avis tombe dans cette catégorie. Ce sont les habilitations législatives fondées sur l'article 32, alinéa 3 de la Constitution qui dispose que le Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent la Constitution et les lois et qui permettent ainsi au législateur de conférer certaines attributions réglementaires au Grand-Duc. Ce pouvoir, dont l'exercice requiert l'existence préalable d'une loi d'habilitation, est un pouvoir réglementaire d'attribution* ».

Plusieurs d'entre elles envisagent ainsi les situations dans lesquelles le Parlement est dans l'impossibilité de se réunir. La Constitution suédoise aborde ainsi le cas de la guerre, en prévoyant qu'un Parlement « miniature » exerce les pouvoirs du Parlement, ou le Gouvernement si la Délégation de guerre ne peut se réunir. Cependant, aucune mesure ne permet de déroger à la loi fondamentale et aux dispositions concernant le Parlement ⁹². La Constitution danoise prévoit également le cas de l'impossibilité pour le parlement de se réunir, mais précise que les normes temporaires adoptées par le gouvernement ne peuvent déroger à la Constitution et devront être ultérieurement approuvées par le Parlement ⁹³.

D'autres Constitutions prévoient l'une ou l'autre mesure d'exception, sans organiser cependant un régime systématique. La Constitution des États-Unis d'Amérique contient ainsi une disposition autorisant le Congrès à prendre des mesures pour restaurer l'ordre, à suspendre l'habeas corpus et à déclarer la loi martiale ⁹⁴. Cette disposition, bien que fondamentale, n'est pas accompagnée de précisions délimitant les pouvoirs, les compétences, les contrôles et la durée des régimes dérogatoires qui s'instaurent lors de situations d'urgences. Certains expliquent ce silence par le fait que la conception américaine – et canadienne – des régimes d'exception rattachait ceux-ci davantage à la *Common Law* qu'aux fonctions constitutionnelles ⁹⁵. La Constitution italienne prévoit également certains mécanismes en cas d'urgence, sans toutefois encadrer systématiquement les situations exceptionnelles. Ainsi l'article 78 de la Constitution, prévoit qu'en cas de guerre les Chambres assigneront les pouvoirs nécessaires au Gouvernement. Son article 77 envisage le cas des Décrets-lois, c'est-à-dire des décrets pris par le gouvernement dans des situations exceptionnelles d'urgence et de nécessité, et qui ont valeur de loi. Ces décrets doivent être soumis à l'approbation des Chambres dans les cinq jours.

C - La nécessité d'un régime constitutionnel de l'état d'exception

La nécessité d'une consécration constitutionnelle des régimes d'état d'exception peut s'autoriser de trois constats : les difficultés et contournements auxquels ont donné lieu les Constitutions rejetant toute hypothèse de dérogation, d'abord (1), les risques qui découlent de la régulation exclusivement législative des états d'exception ensuite (2), et enfin l'efficacité au moins partielle des régimes constitutionnels réglant les états d'exception (3).

Le but de toutes les clauses concernant les états d'exception est d'éviter que nos dirigeants « exploitent les paniques à venir » ⁹⁶, en fixant les principes applicables dans ces situations. Il semble que seul un régime constitutionnel de l'état d'exception permet de remplir cette fonction.

1) Les apories des Constitutions optimistes

Les Constitutions « optimistes » sont souvent critiquées pour leur « naïveté ». Dans les faits, elles posent problème lorsqu'une situation exceptionnelle

92 Chapitre 3, War and Danger of War, The Instrument of Government of Sweden, 1974.

93 V. les paragraphes 19 et 23, Part III, de la Const. du Danemark, 5 juin 1953.

94 Art. 1, Section 9, al. 2, Const. des États-Unis : « *The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it* »

95 K. L. SCHEPPELE, « North American Emergencies : the Use of emergency powers in Canada and in the United States », 4 *Int'l J Con Law*, 2006, p. 214.

96 B. ACKERMAN, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, août-septembre 2006.

se produit. Pour faire face à l'absence d'indication constitutionnelle, trois réactions sont possibles. Soit une doctrine parallèle à la Constitution organise la situation d'exception. Soit la doctrine et la jurisprudence tentent de justifier *a posteriori* les dérogations survenues en contradiction avec le texte constitutionnel. Soit une loi vient pallier la Constitution sur ce point. Dans les trois cas de figure, les risques sont accrus puisque le fondement des pouvoirs exceptionnels exercés par quelques personnes n'est pas régulé autrement que par leur propre appréciation et celle, *a posteriori*, des juges qui tenteront de justifier les comportements commis.

Doctrine et jurisprudence échafaudent dans plusieurs pays des théories permettant de justifier les dérogations effectuées. « *Excessivement idéaliste et optimiste* »⁹⁷, la Constitution belge constitue un exemple significatif de ces tentatives de justifications élaborées pour adapter le texte à la réalité. Adopté en 1831, l'article 187, qui prévoit que « *la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie* », a, quelques mois après son adoption, été mis entre parenthèses. En effet, lorsque les Hollandais ont envahi le pays fraîchement indépendant, et que le Roi a dû faire appel à l'armée française il a méconnu les articles 185 et 187 de la Constitution⁹⁸. Les deux guerres mondiales ont elles aussi impliqué d'amples dérogations inconstitutionnelles, non seulement au regard du principe de séparation des pouvoirs, puisque les arrêtés-lois de guerre méconnaissent les dispositions de la Constitution relatives au pouvoir législatif, mais également au niveau des droits fondamentaux, puisque les arrêtés-lois du 11 octobre 1916 et du 12 octobre 1918 entraînent des dérogations manifestes aux droits et libertés garantis par la Constitution, comme la liberté d'expression et le secret de la correspondance.

Ces contradictions entre le texte constitutionnel et la réalité ont conduit la doctrine et la jurisprudence à élaborer des interprétations permettant de justifier les incompatibilités apparentes. L'article 187 a été interprété dans un premier temps comme ne concernant pas l'hypothèse de la force majeure, quand des raisons objectives rendent impossible le respect de la Constitution⁹⁹. Ensuite, parce que cette interprétation n'était pas satisfaisante en ce qui concerne les dérogations aux droits et libertés, qui ne pouvaient être entièrement expliquées par la force majeure, ce sont les principes généraux d'ordre constitutionnel qui ont servi de base pour asseoir la compatibilité des dérogations avec la Constitution, combiné avec le caractère supranational du décret proclamant l'indépendance de la Belgique¹⁰⁰. Force est de constater que les différents arguments avancés pour défendre la constitutionnalité des normes dérogatoires sont peu convaincants et que le décalage entre le droit constitutionnel écrit et la pratique reste à tout le moins étonnant. Comme le rappellent J. Velaers et S. Van Drooghenbroeck, « *{c}'est précisément parce que la tentative de justification de l'état d'exception, que rend possible l'arrêté loi du 11 octobre 1916, est, d'un point de vue constitutionnel, plutôt bancal et contestable, que plusieurs auteurs ont déjà plaidé, par le passé, pour que l'on insère, dans la Constitution, une disposition permettant, en temps de guerre ou dans d'autres états d'urgence, de déroger à une*

97 S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution », *RBDC*, 2006, p. 293.

98 R. ERGEC, « L'État de nécessité en droit constitutionnel belge », in *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 145 et s.

99 S. VAN DROOGHENBROECK, *op.cit.*, p. 295.

100 S. VAN DROOGHENBROECK, *Ibid.* V. également la confirmation de la justification basée sur le principe supra constitutionnel de l'indépendance du pays : avis du Conseil d'État, section de législation, 9 juin 1952 sur un projet de loi relatif à l'attribution au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre, Doc. parl., Chambre, sess. 1952-53, 172.

série de dispositions constitutionnelles, pas seulement celles qui concernent l'exercice du pouvoir, mais également celles qui sont relatives aux droits et libertés» ¹⁰¹.

2) Les « modèles constitutionnels » et les « modèles législatifs »

À défaut de régime constitutionnel systématique, ce sont des lois qui cadrent et régissent l'état d'exception ou d'urgence, avec les risques que le processus législatif peut entraîner. Il arrive également qu'une loi soit adoptée afin de faire face à de nouvelles formes d'urgence. Afin de faire face à l'urgence terroriste, le Congrès américain et le gouvernement ont ainsi adopté de nombreuses dispositions d'exception ¹⁰². En Belgique et au Luxembourg, des lois d'habilitations dotent les gouvernements de pouvoirs quasi législatifs, et leur permettent de prendre des mesures exceptionnelles.

La tendance à encadrer les états d'urgences avec des lois est relativement neuve, et trouve notamment ses sources dans les contournements qu'ont pu générer les régimes constitutionnels de l'état d'urgence. Elle repose sur l'idée qu'il est plus efficace et plus démocratique de confier au législateur le pouvoir de déclarer l'état d'urgence, d'adopter les lois qui délèguent des pouvoirs spéciaux pour faire face à la crise et de contrôler l'exécutif. Il s'agit de lois « ordinaires » mais elles sont exceptionnelles puisqu'elles ne sont censées exister que pour faire face à la crise. Ce système repose sur l'idée que les lois ou les lois spéciales sont mieux à même de supporter la crise au moment même, notamment par rapport aux menaces modernes ¹⁰³. En effet, face aux nouvelles urgences, le modèle législatif semble être plus adapté, mais les risques qu'il entraîne sont réels, notamment dans le cadre de la guerre contre le terrorisme ¹⁰⁴.

Le modèle constitutionnel encadre l'action de l'exécutif dans les situations d'urgence afin de protéger les droits fondamentaux et de protéger le système démocratique. L'aspect fondamentalement conservateur du modèle constitutionnel des états d'urgence comporte des avantages incontestables. En distinguant *ab initio* les régimes d'exception des temps ordinaires, seul ce modèle constitutionnel permet réellement de remplir la fonction conservatoire que doivent impérativement comporter les régimes d'exception, dont le but est de préserver l'Etat de droit en y autorisant des dérogations temporaires. Ensuite, il convient de souligner que la régulation *a priori* dans la Constitution permet un meilleur contrôle des états d'exception puisque l'attention des citoyens et des organes constitutionnels a été attirée originellement sur la dévolution de pouvoirs importants à l'exécutif ¹⁰⁵.

Le modèle législatif, qui donne plus de pouvoirs au Parlement, est plus flexible puisqu'il permet une définition de la crise au moment où celle-ci se produit. Mais la loi ne peut garantir ce qu'offre le système constitutionnel par sa nature : une définition *ex ante* de ce qui constitue véritablement un état d'urgence au regard de

101 J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Note relative à l'insertion d'une clause transversale relative aux dérogations aux droits et libertés », *Les clauses transversales en matière de droits et libertés, Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par Mme H. Claes et M. J.-J. Visser*, Doc. parl., Chambre, Doc 51-2304/001, p. 73.

102 Le plus connu étant le PATRIOT (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*) Act du 26 octobre 2001, H.R.3162, *Public Law* 107-56, 115-STAT, pp. 272-402.

103 J. FERREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of exception : A typology of emergency powers », *Int'l J. Const. L.*, 2004, pp. 211-221.

104 J. FERREJOHN, P. PASQUINO, « The Law of exception... », *op.cit.*, pp. 228-230.

105 *Id.*, pp. 230-233.

l'ordre constitutionnel, la garantie du respect de la fonction conservatrice des états d'exceptions, notamment en ce qui concerne le Parlement, l'automatisme de la fin de l'état d'exception lorsque l'urgence s'éteint et enfin une répartition des tâches définie *a priori* entre les trois corps, sans que l'un des corps ne puisse, pour des motifs électoralistes, abuser de l'état d'exception. Dans un modèle législatif, le risque de voir l'urgence perdurer est grand à partir du moment où le Parlement détient tous les rôles, de contrôleur et d'initiateur, et que le seul contrôle possible est un contrôle *a posteriori* ¹⁰⁶.

3) L'efficacité des clauses constitutionnelles

L'efficacité des clauses constitutionnelles réglant l'état d'urgence pour la protection des droits fondamentaux a récemment été démontrée. Deux chercheurs américains ont entrepris une recherche portant sur l'efficacité des clauses constitutionnelles réglementant les états d'urgence par rapport au respect du droit à la protection de l'intégrité physique, c'est-à-dire par rapport à l'interdiction de la torture, de l'assassinat, de l'emprisonnement arbitraire et des disparitions ¹⁰⁷. Leurs hypothèses se basent sur les recommandations de l'*International Commission of Jurists* ¹⁰⁸ et de l'*International Law Association*, qui sont déposées dans les « *Paris Minimum Standards* » ¹⁰⁹. Il ressort de leur étude que les clauses constitutionnelles encadrant les états d'exception ont un impact sur la protection des droits fondamentaux même si l'effet des clauses dépend fondamentalement du degré de sévérité de la situation qui menace l'État. Plus celle-ci est sérieuse, moins les clauses agiront dans le sens d'une limitation des abus. Au rang des clauses ayant toujours un impact positif sur la protection des droits humains, on compte l'instauration d'une procédure associant le pouvoir du législatif dans la déclaration de l'état d'urgence ressort dans tous les cas, et son effet est toujours positif pour la protection des droits fondamentaux. Par contre, l'instauration d'une liste de droits indérogeables conduit à des effets paradoxaux puisque, si elle permet de diminuer les violations aux droits humains en cas de guerre civile, son effet est négatif en cas de menace de niveau moyen sur le pays. En effet, dans certains cas, ce type de clause permet à certains régimes de justifier les limitations aux autres droits ¹¹⁰.

C - Les Constitutions réglant l'état d'exception

La plupart des Constitutions étudiées déploient des efforts considérables pour circonscrire les situations dans lesquelles l'état d'urgence peut être proclamé et les principes et les dispositions juridiques applicables en l'espèce. La Commission de

106 *Id.*, pp. 233-239..

107 L. C. KEITH, S. C. POE, « Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective ? An Empirical Exploration », *HRQ*, 2004, pp. 1071-1097.

108 Leurs recommandations : une liste de droits indérogeables, une définition *a priori* des situations d'exception, un contrôle *a priori* du contrôle législatif sur la déclaration de l'état d'exception et un contrôle périodique de celui-ci.

109 V. e.a. : R. B. LILICH, « The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency » *The American Journal of International Law*, Vol. 79, n° 4 (oct., 1985), pp. 1072-1081 et S. ROY CHOWDHURY, *Rule of Law in a State of Emergency : The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, New York, St. Martin's Press, 1989. La nécessité d'un accord du Parlement pour toute prolongation de l'état d'urgence est notamment recommandée, ainsi que l'instauration d'une interdiction des organes constitutionnels comme le Parlement. Il est également conseillé de prévoir un contrôle juridictionnel sur les états d'exception.

110 L. C. KEITH, S. C. POE, « Are Constitutional States of Emergency... », *op. cit.*, pp. 1071-1097.

Venise a émis des recommandations à ce sujet, pour éviter que ces clauses, qui visent à protéger l'ordre démocratique de menaces exceptionnelles, ne deviennent des armes que l'on retourne contre les citoyens. Elle encourage les États à élaborer des régimes constitutionnels de l'état d'urgence qui consacrent le principe de la prééminence du droit, la préservation de l'ordre démocratique et des institutions qui le gardent. Il est intéressant de constater que certains d'éléments des régimes constitutionnels de l'état d'urgence traversent l'ensemble des Constitutions européennes et que de nombreux pays intègrent dans leur Constitution les recommandations de la Commission ¹¹¹.

L'étude est structurée autour de sept questions transversales. On commence par envisager la définition des états d'exception (1). L'existence d'éventuelles obligations constitutionnelles de « déclarer » l'état d'exception (2) et de limites temporelles du recours aux mesures d'exception (3). On se concentre ensuite sur les dispositions encadrant deux conséquences majeures des états d'exception : le transfert de certains pouvoirs (4) et les dérogations aux droits fondamentaux (5). On termine en abordant les mécanismes de contrôle de l'état d'exception, tant parlementaires (6) que juridictionnels (7).

1) La définition de l'état d'exception

La situation d'exception qui fonde l'état d'exception est souvent décrite dans les Constitutions. La Commission de Venise recommande de définir clairement et de délimiter explicitement les situations d'urgence capables de donner lieu à la proclamation d'un régime d'exception dans la Constitution. Pour ce faire, il convient de garder à l'esprit la notion retenue dans ce cadre par l'article 4 PIDCP et 15 CEDH.

Certaines Constitutions n'envisagent qu'une seule notion générique de la situation d'exception, dessinant ainsi une notion plus abstraite de la situation justifiant l'état d'exception ¹¹².

La majorité des Constitutions étudiées envisagent deux régimes d'état d'exception, correspondant souvent à deux types de situations exceptionnelles : la situation de siège – ou de guerre – et la situation d'urgence – ou d'exception ¹¹³. Dans ces Constitutions, il existe une différence de degré entre les deux régimes d'exception prévus. Les définitions que donnent les Constitutions aux différentes notions sont très variables.

111 E. ÖZBUDUN, M. MEHMET TURHAN, Commission de Venise, *Les pouvoirs d'exception*, Strasbourg, Sciences de la Démocratie, CDL-STD(1995)012, 1995, <http://www.venice.coe.int>.

112 Ainsi, l'article 33 de la Constitution chypriote et l'article 62 de la Constitution lettone parlent d'état d'urgence, l'article 47 de la Constitution maltaise de « période d'urgence publique », l'article 101 de la Constitution du Liechtenstein de « urgent cases ». Peu de détails sont fournis, sauf pour ce qui concerne la Lettonie, sur les événements qui peuvent constituer une crise exceptionnelle justifiant l'état d'urgence. L'on peut également rapprocher de cette catégorie la législation britannique qui concerne les « crises civiles » et la législation italienne sur ce point.

113 Envisagent l'état de guerre et l'état d'urgence, la Constitution sud africaine, la Constitution bulgare, la constitution estonienne, la constitution de Lituanie, la Constitution irlandaise, de Grèce, la Constitution de Macédoine, la Constitution néerlandaise, la Constitution portugaise, la Constitution de Lituanie, de Roumanie, de Finlande, de Russie, de Slovaquie et de Slovénie. L'on peut aussi rattacher à cette catégorie les articles peu explicites de la Constitution italienne, qui distingue entre l'état de guerre et les situations d'urgence qui permettent au gouvernement de légiférer.

Si l'état de guerre est globalement défini comme l'attaque actuelle armée du pays ¹¹⁴, la notion diffère considérablement en fonction des extensions que les Constitutions apportent à l'état de guerre. Ainsi, l'article 100 de la Constitution bulgare prévoit que, constitue un état de guerre, l'attaque armée contre un pays allié, tout comme l'article 102 de la Constitution slovaque. La Constitution irlandaise étend la notion de « temps de guerre » aux situations dans lesquelles un conflit armé auquel ne prend pas part l'Irlande, mais implique un état d'urgence en Irlande. Les temps de rébellions armées sont aussi envisagés. L'imminence de la guerre est envisagée dans la Constitution grecque, la Constitution de Macédoine et la Constitution finlandaise, qui distinguent entre état de défense et état de préparation. La notion d'état de siège comprend plus de situations que l'état de guerre, notamment les situations de « grand danger d'ordre général qui menace l'existence de l'État » ¹¹⁵. Ainsi, l'état de siège au Portugal peut être déclaré lorsque tout ou une partie du territoire a fait, ou va faire, l'objet d'une attaque par des forces étrangères, ou lorsqu'il existe une menace sérieuse ou une perturbation sérieuse de l'ordre constitutionnel, ou une calamité publique ¹¹⁶. La Constitution roumaine charge la loi de définir l'état de siège ¹¹⁷.

L'état d'urgence est une notion qui se retrouve dans de nombreuses Constitutions, sans être toujours définie ¹¹⁸. La notion vise les situations dans lesquelles « la vie de la nation » ¹¹⁹, « l'ordre constitutionnel » ¹²⁰ ou le « système constitutionnel » ¹²¹ est menacé « par la guerre, par une insurrection générale, par le désordre, par une catastrophe naturelle ou une autre urgence publique » ¹²², par des « catastrophes naturelles ou d'autres catastrophes, comme d'épidémie de maladies infectieuses » ¹²³, ou par des situations de désastre naturel ou d'épidémies ¹²⁴. L'état d'urgence est parfois uniquement décrit par rapport à sa gravité. Ainsi, la Constitution portugaise prévoit que l'état d'urgence au Portugal est déclaré lorsque les circonstances sont telles qu'elles sont moins graves que pour un état de siège. En Italie, l'urgence est définie comme « *les cas extraordinaires de nécessité et d'urgence* ». Dans la loi de 1992, sont envisagées les catastrophes naturelles, mais aussi tous les événements qui requièrent des moyens ou pouvoirs extraordinaires.

Quant à l'état d'exception, il semble qu'il concerne des situations proches de l'état d'urgence ¹²⁵. La Constitution grecque prévoit le recours à l'état d'exception dans des « *cas exceptionnels d'une nécessité extrêmement urgente et imprévue* » ¹²⁶.

114 V. e.a. art. 100 Const. de la Bulgarie du 12 juillet 1991 ; art. 78 Const. de l'Estonie du 12 juin 1992 ; art. 48 Const. Grèce du 27 mai 2008 ; art. 28 Const. de l'Irlande de 1937 ; art. 203 Const. de l'Afrique du Sud du 4 décembre 1996 ; art. 124 Const. de la République de Macédoine du 8 septembre 1991 ; art. 19, 2° Const. du Portugal du 2 avril 1976 ; art. 102 Const. de la Slovaquie du 1^{er} septembre 1992.

115 Art. 92 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991.

116 Art. 19 Const. de la République du Portugal du 2 avril 1976.

117 Art. 92 Const. de la Roumanie du 8 décembre 1991.

118 Art. 100 Const. de la Bulgarie du 12 juillet 1991 ; art. 102 Const. de la Slovaquie du 1^{er} septembre 1992.

119 Art. 37, Const. de l'Afrique Sud du 4 décembre 1996.

120 Art. 129 Const. de l'Estonie du 12 juin 1992.

121 Art. 144 Const. Lituanie du 25 octobre 1992.

122 Art. 37, Const. de l'Afrique du Sud du 4 décembre 1996.

123 Art. 87 Const. de l'Estonie du 12 juin 1992.

124 Art. 125 Const. de la République de Macédoine du 8 septembre 1991.

125 E. ÖZBUDUN et M. MEHMET TURHAN, *op.cit.*, p. 6.

126 Art. 44 Const. de la Grèce. L'art. 48 vise quant à lui les « *cas de guerre, de mobilisation en raison de dangers extérieurs ou d'une menace imminente pour la sûreté nationale, ainsi que dans le cas où un mouvement armé tendant au renversement du régime démocratique* ». V. égal. art. 22 : « *Toute forme de travail*

Il reste à souligner que certaines Constitutions sont plus précises. Elles envisagent plusieurs régimes d'exception s'appliquant aux différentes situations distinguées dans le texte constitutionnel. La Loi fondamentale allemande est un modèle du genre. L'article 91 envisage « l'état d'exception interne » et couvre les situations de danger imminent pour l'existence de l'ordre démocratique et libre de la Fédération ou d'un *Länder* comme les catastrophes naturelles, les accidents graves, les dangers graves pour la sécurité publique et l'ordre public. L'article 80a envisage les situations d'« état de tension », c'est-à-dire la situation précédant l'état de défense, qui se rapproche en fait de la guerre civile ou d'une situation de préparation à la guerre internationale. Le chapitre Xa règle l'« état de défense », qui vise les situations dans lesquelles le territoire fédéral est attaqué par une force armée ou est menacé de manière imminente par cette attaque. Les Constitutions hongroise¹²⁷, espagnole¹²⁸ et polonaise¹²⁹ détaillent également trois régimes d'exception distincts. La Constitution turque envisage quant à elle le cas des catastrophes naturelles, des épidémies dangereuses et des crises économiques graves, celui des menaces de destruction de l'ordre démocratique et enfin la loi martiale¹³⁰.

La France connaît deux états d'exception : l'état de siège et l'état d'exception. L'article 16 de la Constitution prévoit un régime d'exception « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». L'article 36 règle l'état de siège, qui se caractérise essentiellement par l'attribution de pouvoirs de police exceptionnels aux autorités militaires. Il est décrété en conseil des ministres, mais sa prorogation au-delà de douze jours doit être autorisée par le Parlement. Cependant, la loi du 3 avril 1955 prévoit un troisième cas de figure : l'état d'urgence. Ce régime très particulier a été invoqué en 2005 et 2006 lors des émeutes dans les banlieues de certaines villes¹³¹. La loi du 3 avril 1955 prévoit que

obligatoire est interdite. Des lois spéciales règlent la réquisition de services personnels en cas de guerre ou de mobilisation ou pour faire face soit aux besoins de la défense du pays soit à un besoin social urgent provoqué par une calamité ou pouvant mettre en péril la santé publique ».

127 La Constitution hongroise détaille trois types d'état d'exception : l'état de guerre, l'état de crise nationale et l'état d'urgence. Art. 19/1-19/E, Const. de la République d'Hongrie de 1949.

128 L'article 116 de la Constitution espagnole du 27 août 1992 prévoit également trois états d'exception. L'article 116 de la Constitution prévoit trois dispositifs pour faire face aux situations de crise : l'état d'alerte, l'état d'exception et l'état d'urgence (ou de siège). La loi organique 4/181 du 1^{er} juin 1981 sur les états d'alerte, d'exception et d'urgence précise le régime des situations d'exceptions. L'application de la loi est subordonnée à la « survenance d'événements extraordinaires qui empêchent les pouvoirs publics de maintenir une situation normale par le seul recours à leurs pouvoirs ordinaires ». L'état d'alerte permet de faire face aux catastrophes naturelles, crises sanitaires, paralysie des services publics essentiels et au défaut d'approvisionnement en produits de première nécessité. L'état d'exception constitue une réponse pour les perturbations de l'ordre public qui empêchent le fonctionnement normal des institutions démocratiques et des services publics. L'état de siège concerne les situations de menace ont la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale ou le régime constitutionnel de l'Espagne. Il est aussi appelé état d'urgence.

129 La Pologne, dans le Titre 11 de sa Constitution consacré aux mesures d'exception, distingue trois régimes d'exception : l'état de siège (de menace extérieure de l'État, d'agression armée contre la République de Pologne ou lorsque les traités engagent à une défense commune contre une agression), l'état d'urgence (Si le régime constitutionnel de l'État, la sécurité des citoyens ou l'ordre public sont menacés) et l'état de calamité (des catastrophes naturelles ou des accidents technologiques ayant le caractère de calamités). Const. de la Pologne du 17 octobre 1992.

130 Art. 78 et Art. 119 à 121 Const. de la République de Turquie.

131 L'état d'urgence a été déclaré à partir du 9 novembre 2005 en application des décrets n° 2005-1386 et 2005-1387 du 8 novembre 2005. Il a été prorogé par la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005, puis levé à partir du 4 janvier 2006 par le décret n° 2006-2 du 3 janvier 2006.

l'état d'urgence peut être déclenché « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». La situation est similaire à celle connue au Canada, où l'article 33 de la Charte canadienne des droits et des libertés prévoit pour les provinces une large capacité de dérogation. Par ailleurs, l'*Emergencies Act*, tout en établissant une définition générique de l'état d'urgence¹³², distingue trois situations d'urgence autorisant trois régimes différents : la situation de « sinistre »¹³³, la situation d'urgence¹³⁴ et la situation d'état de crise internationale¹³⁵.

Malgré les différences notables dans l'approche de la problématique, il y existe de grandes similitudes entre les Constitutions sur l'appréhension de la situation justifiant un état d'urgence. Toutes requièrent un degré de sévérité important à la situation en question. Les adjectifs *exceptionnel*, *grave* mettant *sérieusement* en danger la vie de la nation, sont autant d'indice de cette exigence. Certaines dispositions sont encore plus claires sur ce point, lorsqu'elles précisent que les situations doivent être d'une gravité telle que les lois ordinaires ne peuvent suffire. Lorsque les Constitutions distinguent entre plusieurs régimes d'exception, l'exigence de sévérité croît à mesure que le régime d'exception est « *exceptionnel* ». Globalement, la situation doit faire courir un grave danger à la « *vie de la nation* », à l'ordre constitutionnel, à la souveraineté de l'État ou à la vie de sa population.

En ce qui concerne les catastrophes naturelles ou industrielles, les situations de conflit interne et les crises économiques, les Constitutions divergent quant au régime à appliquer.

Par rapport au terrorisme, force est de constater que peu de pays ont constitutionnalisé la notion et qu'il existe encore moins de pays qui y attachent des conséquences particulières¹³⁶.

2) La déclaration de l'état d'exception

L'importance de l'organe compétent pour déclarer l'état d'urgence n'a pas échappé aux Constituants. Sur ce point, la Commission de Venise plaide pour une officialisation de l'état d'urgence, et estime qu'il est préférable que celui-ci soit

132 L'urgence nationale est « *une situation de crise nationale résulte d'un concours de circonstances critiques à caractère d'urgence et de nature temporaire, auquel il n'est pas possible de faire face adéquatement sous le régime des lois du Canada et qui, selon le cas : met gravement en danger la vie, la santé ou la sécurité des Canadiens et échappe à la capacité ou aux pouvoirs d'intervention des provinces et qui menace gravement la capacité du gouvernement du Canada de garantir la souveraineté, la sécurité et l'intégrité territoriale du pays* ». Art. 3, *Emergencies Act* (1985), E-4.5, sanctionné le 21 juillet 1988, ch. 22.

133 « *Situation de crise comportant le risque de pertes humaines et matérielles, de bouleversements sociaux ou d'une interruption de l'acheminement des denrées, ressources et services essentiels d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale, causée par les événements suivants ou par l'imminence de ceux-ci a) incendies, inondations, sécheresse, tempêtes, tremblements de terre ou autres phénomènes naturels b) maladies affectant les humains, les animaux ou les végétaux ; c) accidents ou pollution* ». Art. 5, *Emergencies Act* (1985).

134 « *Situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada (au sens de l'article 2 de la loi sur le service canadien du renseignement de sécurité) d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale* » Art. 16, *Emergencies Act* de 1985, *Ibid.*

135 « *Une situation de crise à laquelle sont mêlés le Canada et un ou plusieurs autres pays à la suite d'actes d'intimidation ou de coercition ou de l'usage, effectif ou imminent, de force ou de violence grave et qui est suffisamment grave pour constituer une situation de crise nationale* » Art. 28 *Emergencies Act* (1985), *Ibid.*

136 Le Brésil par exemple mentionne le terrorisme comme un phénomène à combattre, mais aucun régime juridique particulier ne s'attache à ce phénomène. V. sur cette thématique X. PHILIPPE, « *Constitution et terrorisme en Afrique du Sud* », *AJIC*, XIX-2003, p. 11.

dûment proclamé. Les Constitutions prévoient généralement une publication de la proclamation de l'état d'exception.

La majorité des dispositions constitutionnelles prévoient donc une association d'au moins deux pouvoirs (l'exécutif et le législatif) dans la déclaration d'état d'urgence¹³⁷. Certaines prévoient également des exigences de majorités qualifiées¹³⁸. La plupart de ces Constitutions envisagent le cas où le Parlement est dans l'impossibilité de se réunir. Les solutions adoptées sont alors diverses : la Loi fondamentale prévoit que c'est un autre organe composé, pour un tiers de membres du *Bundesrat*, et pour deux tiers de membres du Bundestag, qui déclarera l'état d'urgence¹³⁹. La plupart des Constitutions prévoient que l'exécutif déclare l'état d'urgence, en réunissant au plus vite le Parlement, qui doit confirmer la déclaration dans un délai fixé¹⁴⁰. Certaines Constitutions prévoient également qu'en cas d'attaque effective du territoire, l'exécutif prend la décision de déclarer un état d'exception¹⁴¹.

Des exceptions au principe d'une décision associant les corps législatifs et exécutifs existent. Les Constitutions de l'Espagne¹⁴², de la France¹⁴³, de la Lituanie¹⁴⁴, de Malte¹⁴⁵ et de la Turquie¹⁴⁶ prévoient que, dans des cas déterminés, l'exécutif prendra seul la décision de proclamer l'état d'exception, avec les dangers que l'on peut imaginer. Le dispositif de la Constitution hongroise accorde une place prépondérante au Parlement¹⁴⁷. En vertu de l'article 19 de la Constitution, c'est le Parlement qui doit déclarer l'état de crise nationale, et qui doit établir le conseil national de défense, ou l'état d'urgence¹⁴⁸. De plus, et c'est exceptionnel, la Constitution hongroise, en prévoyant un palliatif pour le cas d'une impossibilité de réunion pour le Parlement, établit une notion constitutionnelle de l'impossibilité de décision pour le Parlement, détaille ce qu'il faut entendre par

137 Art. 84-100 Const. de la Bulgarie du 12 juillet 1991 ; art. 50 Const. de la République de Chypre, juillet 1960 ; art. 65, 128, et 129 Const. de l'Estonie du 18 juin 1992 ; Art. 93 Const. de la Finlande du 11 juin 1999 ; art. 28 Const. de l'Irlande de 1937 ; art. 43, 44 et 92 Const. de la Lettonie ; art. 124 Const. du Portugal du 2 avril 1976 ; art. 65-93 Const. de la Roumanie du 8 décembre 1991, art. 92 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991, art. 55-1^{er} et 116 Const. espagnole du 31 octobre 1978 ; art. 37-203 Const. de l'Afrique du Sud de 1996 ; art. 123 Const. de la République du Portugal du 2 avril 1976.

138 Art. 80 a et 115a, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 124, Const. de la République de Macédoine du 8 septembre 1991.

139 Art. 80 et 115 a, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949

140 Art. 48, 2^o Const. de la Grèce, 2001 ; art. 124, 3^o Const. de la République de Macédoine du 8 septembre 1991 ; art. 116 Const. de la Roumanie du 8 décembre 1991 ; art. 92 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991 ;

141 Art. 28 Const. Irlande de 1937 ; art. 44 Const. Lettonie.

142 La Constitution espagnole prévoit que la déclaration d'état d'alerte et d'exception (et pas de l'état d'urgence ou de siège, qui est déclaré à la majorité absolue des membres du Congrès) est faite par le biais d'un décret pris en conseil des ministres, seulement « communiqué » au Parlement.

143 La Constitution française, en ce qui concerne l'article 36, prévoit que le Conseil des ministres décide seul de l'état de siège (le Parlement doit autoriser sa prorogation), c'est toujours lui qui décide de la déclaration de l'état d'urgence (art. 2 loi), dont la durée au delà de 12 jours doit être autorisée par le Parlement, et l'article 16 ne prévoit qu'une « consultation »

144 Art. 144 Const. Lituanie du 25 octobre 1992 en ce qui concerne la loi martiale.

145 Art. 47 Const. de Malte qui prévoit qu'à la fois le parlement et le président ont le pouvoir de déclarer l'état d'urgence.

146 Le conseil des ministres y proclame l'état d'urgence, réuni sous la présidence du président de la république, l'assemblée pouvant révoquer cette déclaration. Art. 119 et 120 Const. de la République de Turquie, du 9 novembre 1982.

147 Il en va de même, en cas d'état d'urgence ou d'exception, en Lituanie et en Pologne : V. Art. 144, Const. de la Lituanie du 25 octobre 1992 et art. 116, Const. de la Pologne du 2 avril 1997.

148 Art. 19, 3^o, h), i) et j) Const. de la Hongrie de 1949.

« impossibilité de décision »¹⁴⁹, et détermine que seuls ont le pouvoir de décider, quand le Parlement se trouve dans une impossibilité de décider, le *Speaker* du Parlement, le Président de la Cour constitutionnelle et le Premier ministre.

3) *La limitation temporelle de l'état d'exception*

Afin de limiter les impacts possibles qu'une situation d'exception pourrait impliquer sur l'État de droit, certaines Constitutions fixent un délai maximal au régime d'état d'urgence¹⁵⁰. Ainsi, la Constitution estonienne prévoit que la durée totale des états d'urgence ne peut excéder 3 mois¹⁵¹ ; un délai également prévu dans la Constitution sud-africaine¹⁵².

4) *L'encadrement des transferts de compétences*

Face aux états d'urgence ou d'exception, les Constitutions prévoient une série de dérogations en ce qui concerne la répartition des compétences et des pouvoirs. Dans les États fédéraux, les dérogations impliquent parfois des transferts de compétence entre les différentes collectivités. Dans la plupart des États, ces dérogations profitent à l'exécutif, qui voit ses compétences augmenter significativement. Afin de limiter l'impact néfaste sur l'ordre constitutionnel que ces dérogations pourraient générer, les Constituants ont également prévu des clauses de sauvegarde de l'ordre constitutionnel.

Dans les États fédéraux, il arrive que les Constitutions prévoient des transferts de compétences en cas d'état d'exception. Ainsi, l'article 91 de la Loi fondamentale allemande implique un transfert spécifique de compétence dans le cas d'un état d'exception interne. Il est prévu que d'autres *Länder* puissent aider le *Land*, et que le gouvernement fédéral a la compétence de prendre des mesures. L'article 115 prévoit en outre qu'en cas d'état de défense, les organes législatifs de la Fédération pourront légiférer même dans les matières qui relèvent de la compétence des *Länder*. Le *Bundestag* pourra également réguler l'administration et les finances des *Länder* et établir des dérogations aux droits. Le Gouvernement fédéral peut également prendre des mesures et s'il en est incapable, les *Länder* peuvent désigner un représentant qui le remplacera¹⁵³.

149 Art. 19 A, 2°, Const. de la Hongrie de 1949 : lorsque le parlement n'est pas en session et que le réunir entraînerait une perte de temps qui rendrait impossible la gestion de la crise.

150 Art. 23, 34 et 43 *Emergency Management Act* 2007 : les prolongations des états d'urgence ne peuvent durer que 30 jours pour le *public order emergency*, 60 jours pour un état de *international emergency*, et 120 jours pour une *war emergency* (<http://www.publicsafety.gc.ca>) ; art. 19 C, 4°, Const. de la Hongrie de 1949 : il est prévu, dans le cas où le Parlement ne savait se réunir, que : « *Emergency measures introduced by decree shall remain in force for a period of thirty days, unless the Parliament or, should the Parliament be obstructed, the Parliamentary Defense Committee extends their validity.* » ; art. 144 Const. de la Lituanie du 25 octobre 1992 : durée maximale de 6 mois ; art. 101, 2°, Const. Liechtenstein du 5 octobre 1921 : « (...) *Emergency decrees shall cease to apply six months after they have been issued.* » ; art. 230 et 232 Const. de la Pologne du 2 avril 1997 : durée prévue pour l'état d'urgence de 90 jours avec 60 jours de prolongation possible décidé par le Parlement, pour l'état de calamité la durée maximale est de 30 jours avec des possibilités de prolongations et il n'y a pas de limite maximale à l'état de siège ; art. 119-120 Const. de la République de Turquie du 9 novembre 1982 : l'état d'urgence ne peut dépasser 6 mois ;

151 Art. 129 Const. de l'Estonie du 18 juin 1992

152 Art. 37, 2, b, Const. de l'Afrique du Sud de 1996.

153 L'*Emergency Management Act* du Canada prévoit que le gouvernement fédéral, en cas d'urgence, peut prendre des mesures qui relèvent normalement de la compétence des provinces.

Le transfert de pouvoirs législatifs vers l'exécutif est une clause classique des états d'exception. L'exécutif, réputé plus rapide et plus efficace, est considéré comme étant mieux à même de gérer la situation de crise. Souvent, la Constitution autorise l'exécutif à adopter des normes de valeur législative¹⁵⁴. Ainsi, en Allemagne, les articles 115f et 115 d permettent au Gouvernement fédéral d'agir dans les *Länder* et de passer des lois urgentes en cas d'état de défense. Parfois ces transferts sont limités aux cas où le Parlement ne peut se réunir¹⁵⁵. Certains Constituants ont préféré déléguer les compétences d'urgence, non pas au gouvernement, mais à un organe spécifique, composé de manière originale et ayant des compétences limitées¹⁵⁶. Certaines Constitutions délèguent quant à elle les pouvoirs d'exception aux forces militaires. Les transferts de compétences aux militaires, que ce soit par le biais de la création de tribunaux ou par des transferts de compétences, ont été monnaie courante par le passé. Souvent, l'état d'exception s'est accompagné d'un renforcement des pouvoirs des forces armées sur le sol du pays. Certaines Constitutions ont réagi et prohibent explicitement ces cas de figure. Ainsi, l'article 101 de la Constitution allemande interdit le transfert de pouvoirs aux forces de police et aux militaires. Les Constitutions estonienne, finlandaise, néerlandaise, macédonienne, sud-africaine et belge interdisent la création de tribunaux militaires ou de tribunaux d'exception. D'autres Constitutions autorisent la création de juridictions militaires et leur saisine dans des cas d'état d'exception¹⁵⁷, comme la Grèce (tribunaux d'exception en cas de siège), la Lettonie (cours militaires) ou encore la Pologne.

Enfin, certaines Constitutions limitent explicitement les pouvoirs des autorités d'exception. Ainsi, de nombreuses Constitutions interdisent que l'on ne modifie la Constitution dans les périodes d'état d'exception (Allemagne, Estonie, France, Hongrie, Irlande, Lituanie, Liechtenstein, Pologne, Portugal, Roumanie). Cette interdiction s'étend dans d'autres pays à d'autres législations réputées fondamentales (lois sur les élections, lois sur la Cour constitutionnelle...). Ainsi, en Allemagne, il est interdit de modifier le statut et les lois relatives à la Cour constitutionnelle, sauf pour permettre à celle-ci de fonctionner, et à condition de réunir le consentement de la majorité des membres de la Cour¹⁵⁸. Pragmatiques, la plupart des Constitutions prévoient qu'en cas d'état d'exception, les organes exécutifs, législatifs, voire judiciaires, voient leur mandat se prolonger jusqu'à la fin de l'état d'exception¹⁵⁹ (Bulgarie, Canada, Estonie, Grèce, Macédoine, Lituanie,

154 Art. 144 Const. de la Lituanie du 25 octobre 1992 ; art. 48 Const. de la Grèce de 2001 ; art. 19, B, 3 Const. de la République de Hongrie de 1949 ; art. 24 Const. de l'Irlande de 1937 ; art. 101, 1^o Const. du Liechtenstein du 2 avril 1921 ; art. 126 et 127 Const. de la Macédoine du 8 septembre 1991 ; art. 234 Const. de la Pologne du 17 octobre 1997 ; art. 19, 8^o Const. du Portugal du 2 avril 1976 ; art. 115 Const. de la Roumanie du 8 décembre 1991 ; art. 108 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991. Certaines Constitutions prévoient que le législateur peut habiliter l'exécutif à adopter des normes de valeur législative dans certains cas : Art. 105 Const. de la Belgique du 14 février 1994 ; art. 77 Const. de l'Italie du 22 décembre 1947 ; art. 91 et 121 Const. de la République de Turquie du 9 novembre 1982.

155 V. Const. de la Pologne du 17 octobre 1997 ; Const. de la Lituanie du 25 octobre 1992 ; Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991.

156 V. le « Conseil de Défense Nationale » prévu dans la Constitution hongroise, dont les compétences sont déterminées par l'article 19, B, 3^o Const. de la République de Hongrie de 1949.

157 Art. 12 et 14 Loi française n^o 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* du 7 avril 1955 ; art. 48 Const. Grèce de 2001 ; art. 82-86 Const. de la Lettonie 15 février 1992 ; art. 38 Const. de l'Irlande du 1^{er} juillet 1937 ; art. 175 Const. de la Pologne de 1997.

158 Art. 115 g.

159 Art. 115, h Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 64 Const. de la Bulgarie du 12 juillet 1991 ; art. 4 Charte canadienne des droits et des libertés. Loi constitutionnelle de 1982, art. 53, 3^o Const. de l'Estonie du 18 juin 1992 ; art. 53, 3^o et 30

Malte, Roumanie). Beaucoup d'entre elles prévoient une interdiction de dissolution de ces mêmes organes ¹⁶⁰ (France, Hongrie, Irlande, Pologne, Roumanie, et Slovénie).

5) Les dérogations aux droits fondamentaux

Une fois proclamé, l'état d'exception entraîne des transferts de compétences vers l'exécutif et la possibilité de lois dérogatoires à la Constitution et aux lois existantes. Par le passé, ces lois ont souvent gravement porté atteinte aux droits fondamentaux. La plupart des Constitutions prévoient désormais un encadrement des mesures dérogatoires en ce qui concerne les droits fondamentaux. La Commission de Venise recommande de définir clairement les dérogations susceptibles d'être invoquées dans les situations d'urgence et de veiller au caractère proportionnel des mesures adoptées par rapport à la crise ¹⁶¹.

Dans ce cadre, certaines Constitutions se réfèrent aux obligations internationales en matière de droit de l'homme. Ainsi, l'article 37 de la Constitution d'Afrique du Sud prévoit que la législation qui régit l'état d'urgence doit être en accord avec les obligations de l'Afrique du Sud qui découlent du droit international des états d'urgence. Le préambule de la Charte canadienne des droits et libertés fait référence explicitement à la liste des droits indérogeables du pacte international sur les droits civils et politiques, auquel il faut prêter une attention particulière. La Constitution finlandaise n'autorise de dérogations aux droits et libertés que si elles sont compatibles avec les obligations internationales de l'État Finlande en la matière. La Turquie, dans son article 15, n'autorise de dérogations que si elles ne violent pas le droit international. D'autres Constitutions prévoient explicitement la prééminence du droit international sur le droit interne ¹⁶².

Afin de protéger les droits des citoyens, certaines Constitutions prévoient une liste de droits indérogeables. Les constituants ont ainsi interdit toute dérogation à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants ¹⁶³, au droit à un procès équitable ¹⁶⁴, aux droits de la personnalité ¹⁶⁵ au principe d'*habeas corpus* ¹⁶⁶. Certaines spécificités méritent d'être soulignées : la Constitution estonienne exclut toute dérogation dans le droit de communiquer dans

Const. de la Grèce de 1991 ; art. 63 et 128 Const. de la République de Macédoine du 8 septembre 1991 (respectivement pour l'assemblée et pour les juges constitutionnels) ; art. 143 Const. de la Lituanie du 25 octobre 1992 ; Section 76 et art. 47, (3) a, Const. de Malte du 21 septembre 1964 ; art. 63 et 83 Const. de la Roumanie du 21 décembre 1991.

¹⁶⁰ Art. 16 Const. de la République française du 4 octobre 1954 ; art. 115 h Loi fondamentale pour la république fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 28 h Const. de la Hongrie du 20 août 1949 ; art. 228 Const. de la Pologne de 1997 ; art. 89 Const. de la Roumanie du 21 décembre 1991 ; art. 81 Const. de la Slovénie du 23 décembre 1991.

¹⁶¹ E. ÖZBUDUN, M. TURHAN, *op.cit.*, p. 25.

¹⁶² Art. 11 Const. de la République de Slovaquie du 1er septembre 1992 ; art. 10 Const. de la Tchèque du 16 décembre 1992 ; art. 94 Const. des Pays Bas du 17 février 1983, art. 28 Const. de la Grèce de 2001.

¹⁶³ V. par exemple : art. 101, 2°, Const. du Liechtenstein ; art. 54 Const. de la République de Macédoine du 8 septembre 1991 ; art. 16 et art. 19 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991.

¹⁶⁴ V. par exemple : art. 130 Const. Estonie du 18 juin 1992 ; art. 8 Const. de la Hongrie du 20 août 1949 ; art. 19 Const. du Portugal du 2 avril 1976 ; art. 16 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991.

¹⁶⁵ V. art. 130 Const. de l'Estonie du 18 juin 1992 ; art. 8 Const. de la Hongrie du 20 août 1949 ; art. 19 Const. du Portugal du 2 avril 1976.

¹⁶⁶ Art. 130 Const. de l'Estonie du 18 juin 1992 ; art. 8 Const. de la Hongrie du 20 août 1949 ; art. 16 Const. de la République de Slovénie du 23 décembre 1991.

l'administration publique en estonien, la Hongrie garantit le droit à la sécurité sociale sans dérogation possible, ainsi que les droits des minorités et des enfants, l'Espagne enfin accorde une attention particulière à la liberté syndicale. La méthodologie constitutionnelle sud-africaine a conduit à l'élaboration d'un tableau, qui indique le degré d'indérogeabilité des droits consacrés dans la Constitution en cas de situation d'exception, tout en précisant le cadre des dérogations autorisées

D'autres Constitutions optent au contraire pour l'établissement d'une liste de droits auxquels il est possible de déroger. Dans plusieurs Constitutions, le droit à la vie privée ou des aspects de ce droit sont cités dans la liste des droits « dérogeables »¹⁶⁷, ainsi que l'interdiction du travail forcé¹⁶⁸, les libertés de réunion, d'association et de circulation¹⁶⁹ et certains droits sociaux¹⁷⁰.

Certaines clauses spécifiques prohibent toute restriction qui porterait atteinte au noyau dur des droits fondamentaux¹⁷¹. La question qui se pose alors est de savoir si une telle interdiction est valable pour les dérogations aux droits, et non pas seulement pour les restrictions. En écho aux obligations internationales de l'État, il est intéressant de relever également que certaines Constitutions interdisent toute discrimination dans la mise en œuvre des mesures d'exception¹⁷².

6) Les contrôles législatifs

Les Constitutions qui contiennent un régime systématique de l'état d'exception accordent généralement une attention particulière aux formes de contrôles, législatif et juridictionnel, qui s'exercent sur la déclaration, sur la prolongation et sur les mesures prises lors de l'état d'exception ou de l'état d'urgence.

Toutes ces Constitutions prévoient un contrôle du parlement sur les prolongations de l'état d'urgence, voire une possibilité pour celui-ci de déclarer la fin des états d'exception quand il le désire. De la même manière, si le parlement n'entérine pas la décision de l'exécutif de proroger, la plupart des Constitutions prévoient la fin de l'état d'urgence de plein droit dans un certain délai¹⁷³.

167 Art. 48 Const. de la Grèce de 1975 en ce qui concerne le secret des lettres ; art. 103 Const. des Pays Bas, du 17 février 1983 ; art. 10 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 55-1. Const. de l'Espagne de 1978.

168 Art. 33 Const. de la République de Chypre de 1969 ; art. 106 Const. de la Lettonie du 15 février 1922 ; art. 44 Const. du Liechtenstein du 5 octobre 1921 ; Section 35 Const. de la République de Malte du 21 septembre 1964 ; art. 233 Const. de la Pologne du 2 avril 1997 ; art. 18 Const. de la Slovaquie du 1^{er} septembre 1992 ; art. 18 Const. de la République de Turquie de 1982.

169 Art. 48 Const. de la Grèce de 1975 ; art. 34 Const. de la République de Malte du 21 septembre 1964 ; art. 10 Const. des Pays Bas, du 17 février 1983 ; art. 233 Const. de la Pologne du 2 avril 1997 ; art. 11

170 Art. 48 Const. de la Grèce de 1975 ; art. 233 Const. de la Pologne du 2 avril 1997 en ce qui concerne le droit de grève ; art. 55-1 Const. de l'Espagne de 1978 en ce qui concerne le droit de grève.

171 V. Art. 19 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 53 Const. de la Roumanie de 1991 ; art. 13, 4^e Const. de la Slovaquie du 1^{er} septembre 1992.

172 V. Section 45 Const. de la République de Malte du 21 septembre 1964, art. 13(3) Const. de la Slovaquie du 1^{er} septembre 1992 ; art. 37 Const. de l'Afrique du Sud du 8 mai 1996.

173 V. Art. 115 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 19C, 4, Const. de la Hongrie du 20 août 1949 ; art. 103 Const. des Pays Bas du 17 février 1983.

Le contrôle du Parlement se situe parfois en amont, quand la Constitution prévoit explicitement qu'une loi viendra régler l'état d'urgence. Ce mécanisme permet d'assurer un contrôle législatif *a priori* sur les mesures d'état d'urgence ¹⁷⁴.

Plus rares sont les Constitutions qui confient au Parlement le soin d'édicter les mesures urgentes lors des situations d'exception ¹⁷⁵. Enfin, certaines Constitutions prévoient un contrôle sur les mesures prises, elles doivent être confirmées par le Parlement dans un délai, au risque de devenir caduques ¹⁷⁶.

7) Les contrôles juridictionnels

Le contrôle juridictionnel peut s'exercer sur les déclarations d'état d'exception ¹⁷⁷ comme sur les actes pris par les autorités d'exceptions pendant l'état d'exception ¹⁷⁸. Globalement, les textes constitutionnels présentent cependant une carence sur ce point. Les recommandations de la Commission de Venise de préciser explicitement la nécessité d'un contrôle juridictionnel ne sont pas toujours suivies, alors que ce contrôle est d'une importance fondamentale pour le respect des droits de l'Homme.

Selon certains auteurs, dans l'hypothèse d'états d'exception liés au terrorisme, les Cours ont tendance à accorder plus d'attention à la sécurité qu'à la liberté ¹⁷⁹. Il n'en reste pas moins que le contrôle juridictionnel constitue sans aucun doute la garantie fondamentale de la conservation de l'état de droit et qu'il mériterait d'être renforcé.

CONCLUSION

Le panorama des régimes constitutionnels des états d'exception et de leur encadrement en droit international n'épuise évidemment pas les problématiques que soulève la gestion de l'urgence et d'autres formes de crises.

Au rang des débats qui n'ont pu être qu'effleurés, on compte plusieurs questions fondamentales. L'une d'entre elles concerne l'adéquation entre les régimes constitutionnels actuels de l'état d'exception et les défis posés par certaines formes de crises plus contemporaines comme la menace posée par le terrorisme international. Certains vont jusqu'à considérer que la rupture de l'état de droit en cas de crises majeures est un moyen désespéré et peu défendable, mais peut-être préférable à la normalisation d'un état d'exception, à laquelle mène souvent le recours aux pouvoirs de dérogation et au brevet de constitutionnalité que décernent généralement, *a*

174 V. Art. 73, 1, f et g, Const. de la Roumanie de 1991 ; art. 228 Const. de la Pologne du 2 avril 1997.

175 V. Art. 115, C, d. Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 en ce qui concerne l'état de défense ; art. 37 Const. de l'Afrique du Sud du 8 mai 1996.

176 Art 115 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; Art 121 République de Turquie de 1982.

177 Art. 16 Const. de la République française de 1958 en ce qu'elle prévoit la consultation du Conseil constitutionnel ; art. 91 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 ; art. 37 Const. de l'Afrique du Sud du 8 mai 1996 ; art. 148 Const. de la République de Turquie de 1992.

178 Art. 37 Const de l'Afrique du Sud du 8 mai 1996.

179 C. CERDA-GUZMAN, « La Constitution, une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », *RFDC* 73-2008, pp. 41-63. On constate en effet un contrôle faible sur la définition de l'infraction terroriste, une flexibilisation des standards de nécessité, un test de proportionnalité peu exigeant et pour les terroristes, une distinction entre étrangers et nationaux qui amènent à des discriminations patentées.

posteriori, les juridictions aux actes du gouvernement¹⁸⁰. D'autres proposent un « *nouveau paradigme* » qui serait structuré sur trois périodes : les temps ordinaires, les temps de crise et les « *conditions de stress* »¹⁸¹ dans lesquelles un régime *ad hoc* s'appliquerait.

L'ambition de la présente contribution au cours international de justice constitutionnelle était toutefois plus modeste : poser les bases, en droit positif, d'une discussion sur la légitimité, l'opportunité et les apories des états d'exception. À cette fin, la présente contribution s'est concentrée sur deux points : les limites procédurales et matérielles établies par le droit international et les traits les plus saillants de leurs équivalents constitutionnels.

DISCUSSION

1. Sur les situations d'exception, Xavier Philippe : Lorsque nous sommes face à ces situations d'urgence extérieures, c'est-à-dire face à des situations générées par une catastrophe naturelle, ou par un événement qui n'est pas le fait de l'homme. L'état d'urgence n'implique-t-il pas davantage une prise de mesures par l'État qui déroge à ses pouvoirs normaux, et qui va amener l'État à "suragir" plutôt qu'à limiter les libertés ? Quand on interdit la liberté de circulation, dans une telle situation, c'est pour protéger la vie. Nous ne sommes plus devant une limitation des droits, mais devant une transformation de la hiérarchie. La situation étant exceptionnelle, il faut se rendre à l'évidence et considérer qu'il y a des mesures à prendre, si l'État ne les prenaient pas, il serait irresponsable – et probablement responsable sur le plan juridique, ce qui est une autre question –. Mis à part dans le cas où l'État est dans une situation d'inaction, comment au contentieux de telles questions peuvent arriver ? Dans les arrêts *Guerra et autres c. Italie* (1998) et *Öneryildiz c. Turquie* (2002) que vous avez évoqués durant votre présentation, nous avons la sensation que la Cour n'applique pas un droit dérogatoire : elle applique, le droit de la Convention européenne à une situation particulière. Il n'est donc pas étonnant que l'on ne trouve pas beaucoup de jurisprudence sur cet aspect là de l'urgence ou de l'exception.

Nicolas Bonbled : Il s'agit en effet de l'intuition que nous avons juste avant de commencer. Mais ce que l'on espérait trouver dans la jurisprudence européenne c'était un cas équivalent à celui du Manitoba dans les années 1980, dans lequel le Canada avait notifié sa dérogation.

Le régime des restrictions semble suffire dans 90 % des hypothèses. Pour être qualifié d'État d'urgence, et pour justifier de telles dérogations, il faudrait sans doute être face à une pandémie du virus Ebola ou alors face un cataclysme écologique...

Ce débat existe au sein de la littérature, il fallait donc vérifier. Pour Laurence Boisson, par exemple, cela pourrait tout à fait rentrer dans l'hypothèse d'un État d'urgence. Toutefois, on manque singulièrement de pratique en la matière.

180 O. GROSS, « Chaos and Rules : Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional ? », 112 *Yale L. J.*, 2002-2003, pp. 1011-1134 ; R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact : The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, OUP, 2006. Comp. M. TUSHNET, « Defending Korematsu ? Reflections on Civil Liberties in Wartime », *Wis. L. R.*, 2003, pp. 273-307. *Contra* : B. ACKERMAN, « The Emergency Constitution », 113 *Yale L.J.*, 2004, pp. 1029-1091. Comp. L. H. TRIBE et P. O. GUDRIDGE, « The Anti-Emergency Constitution », *Yale L. J.*, 2004, Vol. 113, No. 8, pp. 1801-1870.

181 V. M. ROSENFELD, « Judicial Balancing in Times of Stress : Comparing the American, British, and Israeli Approaches to the War on Terror », 27 *Cardozo L. R.*, 2005-2006, pp. 2079-2150.

Céline Romainville : Pour beaucoup d'auteurs, la catastrophe écologique est une situation d'État d'urgence. Mais, ces auteurs soulignent également que le principe de proportionnalité a pour conséquence que dans la majorité des cas, les limitations ordinaires suffiront.

2. Sur la nécessité d'un régime constitutionnel de l'état d'exception,
Wanda Mastor : Pour rebondir sur ce qui a été dit et donner un exemple récent, prenons le cas de Bangkok. Le Premier ministre se sentant sur un siège éjectable a décrété l'État d'urgence. Il ne s'agissait pourtant que d'une manifestation, certes violente (il y a quand même eu un mort). Mais d'après les observateurs, l'état d'urgence décrété n'est pas justifié, et cette manifestation n'est en rien un événement exceptionnel.

Xavier Philippe : C'est le problème de savoir qui déclenche l'urgence, qui contrôle l'urgence, et qui décide si c'est urgent ou pas. L'exemple cité par les intervenants en Italie est presque un cas d'école. Évidemment, on passe des déchets et de la crise des poubelles de Naples à ce que le Gouvernement italien considère comme du déchet humain... Cela pose un certain nombre de difficultés, car on assiste à une dérive des Gouvernements qui sont face à des difficultés auxquelles ils ne sont pas habituellement confrontés. D'ailleurs, j'admire ce que Lord Hoffman a écrit à ce sujet, car non seulement il donne des justifications à sa position, mais il rappelle aussi des choses relativement simples. Si on prend par exemple le cas des attentats de Madrid, de Londres, ou même des attentats de 2001, l'état d'urgence aurait dû être déclaré avant. Après les attentats, il ne s'est plus rien passé. S'il y avait des mesures à prendre, c'est parce qu'elles n'avaient pas été prises en amont.

Céline Romainville : Le cas des décrets-lois italiens (qui ont d'ailleurs une faible assise constitutionnelle) n'est pas bien réglé. Cela démontre encore une fois, la nécessité d'un cadre constitutionnel qui fixera des limites, notamment sur le pouvoir de déclarer l'état d'urgence, et sur les majorités à atteindre pour adopter des lois sur les états d'urgence. En Italie, M. Silvio Berlusconi a décidé à chaque fois de la mise en œuvre de l'état d'urgence, sans doute une procédure plus règlementée aurait été plus à même de régler les choses. En outre, en Italie, il n'y a aucune disposition qui rende indérogeable le principe de non-discrimination, or dans cette hypothèse cela aurait été un rempart, car nous savons tous que ces mesures visent les étrangers en situation irrégulière. Même si c'est idéaliste de penser que la Constitution peut tout régler, un cadre constitutionnel aurait quand même été utile.

Une intervenante : En faisant un rapide tour d'horizon dans plusieurs pays, on s'aperçoit que toutes les législations antiterroristes sont toujours adoptées après les attentats. C'est insensé qu'il n'y ait jamais de réflexions en amont. C'est toujours, après un nouvel attentat que l'on essaye de réévaluer, de réactualiser les législations pour anticiper des attentats futurs.