



Strasbourg, 19 juin 2020

CDL-AD(2020)014

Etude 987/2020

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

RAPPORT

**RESPECT DE LA DÉMOCRATIE, DES DROITS DE L'HOMME
ET DE L'ÉTAT DE DROIT
EN SITUATION D'ÉTAT D'URGENCE :
RÉFLEXIONS**

par:

Nicos ALIVIZATOS (membre, Grèce)
Veronika BÍLKOVÁ (membre, République tchèque)
Iain CAMERON (membre, Suède)
Oliver KASK (membre, Estonie)
Kaarlo TUORI (membre, Finlande)

**Pris en note par la Commission de Venise le 19 juin 2020
par procédure écrite en remplacement
de la 123^e session plénière**

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Réflexions	3
A.	L'état d'urgence : définition et conditions de fond	3
B.	Principes applicables à l'état d'urgence	3
a.	L'État de droit, principe fondamental	4
b.	Nécessité	4
c.	Proportionnalité	4
d.	Caractère temporaire	5
e.	Contrôle (parlementaire et judiciaire) efficace	5
f.	Prévisibilité de la législation d'urgence	5
g.	Coopération loyale entre les institutions de l'État	5
C.	Motifs de déclaration de l'état d'urgence	5
D.	Déclaration d'état d'urgence	6
E.	Déclaration, activation et application des pouvoirs d'exception	8
F.	Compétence pour déclarer	9
G.	Types et étendue des mesures d'urgence	9
a.	Protection des droits de l'homme	9
b.	Répartition des pouvoirs	14
i.	<i>Délégation de pouvoirs législatifs à l'exécutif</i>	14
c.	Restrictions imposées par l'exécutif au fonctionnement des organes élus et des tribunaux	17
H.	Procédure d'adoption des mesures d'urgence	18
I.	Durée de l'état d'urgence	18
J.	Contrôle de la déclaration et prolongation de l'état d'urgence et des mesures d'urgence	18
a.	Contrôle parlementaire	19
b.	Contrôle juridictionnel	19
c.	Contrôle par le Médiateur ou par les institutions nationales de droits de l'homme	20
d.	Suivi assuré par les médias	20
K.	État d'urgence et élections	21
III.	Conclusion	26

I. Introduction

1. Pour lutter contre la pandémie de Covid-19, de nombreux pays ont décidé de recourir à des pouvoirs d'exception. Face à l'énorme défi qu'une telle pandémie représente, les démocraties devront se montrer très résilientes pour éviter que ces pouvoirs d'exception ne nuisent aux droits fondamentaux et à l'État de droit. D'autre part, les États sont censés anticiper les dangers pertinents, être proactifs et prendre à l'avance toutes les mesures qu'ils jugent appropriées, en appliquant le "principe de précaution".¹

2. La Commission de Venise a déjà étudié les situations d'état d'urgence et publié des rapports généraux, ainsi que des avis par pays, sur les dispositions constitutionnelles pertinentes et sur les lois d'exception. Pour faciliter l'accès aux conclusions de la Commission, une compilation de ses travaux dans ce domaine a été élaborée (CDL-PI(2020)003). La Commission a aussi décidé la création d'un observatoire sur l'état de mise en œuvre des déclarations d'états d'urgence ou de la législation d'urgence dans les pays membres de la Commission.

3. Le présent rapport doit être considéré comme une contribution à la réflexion en cours sur les difficultés associées à l'état d'urgence. Il repose sur l'observation des situations actuelles, mais peut s'appliquer *mutatis mutandis* à toute situation d'urgence.

4. D'emblée, précisons qu'il n'est pas facile d'identifier les bonnes pratiques dans ce domaine : l'expérience actuelle montre que même des États aux modèles constitutionnels très proches, comme la Suède et la Finlande, peuvent aborder les situations d'urgence de manière très différente. Il paraît clair que les facteurs historiques et culturels jouent ici un rôle important².

II. Réflexions

A. L'état d'urgence : définition et conditions de fond

5. Par « état d'urgence », on entend l'octroi – temporaire – de pouvoirs exceptionnels à l'exécutif, assorti de règles exceptionnelles, en vue de traiter et de surmonter une situation extraordinaire qui représente une menace fondamentale pour le pays. Cette situation peut être de différentes natures : catastrophe naturelle, troubles civils, épidémie, attentats terroristes de grande ampleur, crise économique, guerre et menaces militaires, par exemple. L'existence de l'état d'urgence repose sur une dichotomie entre la norme/normalité d'une part, l'exception d'autre part. Par conséquent, l'état d'urgence ne doit pouvoir être déclaré que si les possibilités offertes par la législation ordinaire s'avèrent insuffisantes pour surmonter la situation. Tout état d'urgence doit avoir pour objectif ultime le retour de l'État à une situation normale.

B. Principes applicables à l'état d'urgence

6. Il n'existe qu'un but légitime et qu'un motif légitime pour adopter des mesures d'urgence : aider l'État à surmonter une situation exceptionnelle. Le type, l'étendue et la durée des mesures que l'État peut légalement appliquer sont déterminés par la nature, la gravité et la durée de cette situation exceptionnelle. Pour empiéter le moins possible sur les droits fondamentaux, la démocratie et l'État de droit, les mesures d'urgence sont soumises à certains principes généraux.

¹ Voir par exemple l'ordre donné par le Conseil d'État français au Premier ministre et au ministre de la Santé concernant l'étendue des mesures d'urgence : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-22-mars-2020-demande-de-confinement-total>.

² Voir par ex. Jonsson Cornell, Anna, Salminen, « Emergency laws in comparative constitutional law », *German Law Journal*, 2019, 233-249. Pour des exemples nationaux, voir entre autres : <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>.

Elles doivent remplir trois conditions générales : être à la fois nécessaires, proportionnées et temporaires.

7. Ces trois conditions ne s'apprécient pas une fois pour toutes : il faut adapter les mesures à l'évolution de la situation (les renforcer si la situation empire, les assouplir si elle s'améliore³).

a. L'État de droit, principe fondamental

8. L'existence de l'état d'urgence suppose une dichotomie entre la norme/normalité d'une part, l'exception d'autre part. D'après l'approche dite « souveraine », l'état d'urgence est extérieur aux dispositions juridiques et n'y est pas soumis. D'après l'approche dite « juridique », l'état d'urgence est lui-même un instrument juridique soumis aux dispositions légales en vigueur, bien que les règles le concernant puissent s'écarter légèrement des règles applicables en temps normal. Le droit international actuel, ainsi que presque tous les ordres juridiques nationaux, suivent cette seconde approche.

9. À cet égard, comme l'a affirmé la Commission de Venise, « la notion de régime d'urgence repose sur l'idée que dans certaines situations d'urgence politique, militaire ou économique, le système de limites mis en place par le régime constitutionnel doit céder la place à un renforcement des pouvoirs de l'exécutif ». Cependant, même sous état d'urgence, le principe fondamental de l'État de droit doit prévaloir⁴. L'État de droit présente plusieurs aspects, qui tous sont d'une importance capitale et doivent être préservés en intégralité. Ces aspects sont le principe de légalité, la séparation des pouvoirs, la répartition des compétences, les droits de l'homme, la détention par l'État du monopole de la force, une administration de la justice publique et indépendante, la protection de la vie privée, le droit de vote, la liberté d'accès au pouvoir politique, la participation démocratique au processus décisionnel public et la supervision de ce processus, la transparence du gouvernement, la liberté d'expression, d'association et de réunion, les droits des minorités et la règle de la majorité dans la prise de décision politique⁵. L'État de droit suppose en outre que les institutions publiques opèrent dans le cadre de la loi et que leurs actions soient soumises au contrôle de tribunaux indépendants. Il faut garantir à chaque personne la sécurité juridique⁶.

b. Nécessité

10. En vertu du critère de nécessité (ou lien direct), seules sont justifiables les mesures susceptibles d'aider l'État à surmonter la situation exceptionnelle. Le but global des mesures d'urgence doit être de surmonter la situation et d'assurer un « retour à la normale ». Par conséquent, il doit être mis fin à l'état d'urgence dès que l'urgence a cessé et que les pouvoirs établis par la législation ordinaire suffisent à faire face à la situation.

c. Proportionnalité

11. En vertu du critère de proportionnalité, l'État ne saurait recourir à des mesures manifestement hors de proportion avec l'objectif légitime visé (eu égard à leur sévérité ou à la

³ « Les autorités doivent évaluer en permanence la nécessité de maintenir en vigueur chacune des mesures, restrictives ou suspensives, adoptées à titre temporaire ». CIDH, Résolution n° 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas* (« Pandémie et droits humains aux Amériques »), 10 avril 2020, par. 29.

⁴ CDL-AD(2011)049, Opinion on the draft law on the legal regime of the state of emergency of Armenia, par. 44 (en anglais uniquement).

⁵ CDL-AD(2006)015, Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence, par. 34.

⁶ CDL-AD(2011)049, Opinion on the draft law on the legal regime of the state of emergency of Armenia, par. 44 (en anglais uniquement).

zone géographique couverte par les mesures d'urgence). Si plusieurs possibilités s'offrent à lui, l'État doit opter pour les mesures les moins radicales.

12. Les principes de nécessité et de proportionnalité ne s'appliquent pas qu'aux mesures d'urgence qui limitent les droits constitutionnels fondamentaux et les droits de l'homme inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après PIDCP) des Nations Unies, voire dérogent à ces droits. Ils sont également pertinents pour les restrictions qui ne produisent pas cet effet.

d. Caractère temporaire

13. Les mesures d'urgence doivent être temporaires, c'est-à-dire ne rester en vigueur que pendant la durée de la situation exceptionnelle traversée par l'État. Elles doivent cesser dès la fin de la situation exceptionnelle. Par conséquent, elles ne doivent pas avoir d'effet permanent. Il convient de ne pas (ab)user des décrets et autres mesures d'urgence pour apporter à la législation ou à l'administration des changements définitifs. En principe, aucune réforme constitutionnelle ne devrait avoir lieu sous un régime d'urgence.

e. Contrôle (parlementaire et judiciaire) efficace

14. Il est essentiel que la déclaration et la prolongation éventuelle de l'état d'urgence, d'une part, et l'activation et l'application des pouvoirs d'urgence, d'autre part, soient soumises à un contrôle parlementaire et judiciaire efficace.

f. Prévisibilité de la législation d'urgence

15. Le régime d'urgence doit de préférence être fixé dans la Constitution, et plus en détail dans une loi distincte, de préférence une loi organique ou constitutionnelle. Cette dernière devrait être adoptée à l'avance par le Parlement, en temps normal, selon la procédure ordinaire. Afin d'éviter les excès et les contraintes de temps, même les décrets d'urgence et autres mesures d'urgence devraient, dans la mesure du possible, être rédigés à l'avance.

g. Coopération loyale entre les institutions de l'État

16. L'état d'urgence impliquant des dérogations aux règles ordinaires de répartition des pouvoirs, il est important, pour que la gestion de la crise soit efficace et coordonnée et dans un souci d'égalité et d'équité de traitement de tous les citoyens, que toutes les institutions et organes étatiques, régionaux et locaux respectent le principe de coopération loyale et de respect mutuel entre eux.

C. Motifs de déclaration de l'état d'urgence

17. L'état d'urgence ne doit pouvoir être déclaré que si les possibilités offertes par la législation ordinaire s'avèrent insuffisantes pour surmonter la situation.

18. La réglementation des motifs de déclaration de l'état d'urgence repose avant tout sur le droit interne. Chaque pays a sa propre définition des circonstances pouvant donner lieu à un régime d'urgence. Le droit international, cependant, impose certaines limites à cette réglementation. Ces limites découlent des traités internationaux – en particulier dans le domaine des droits de l'homme –, du droit international coutumier et des principes généraux du droit international (points de droit présents dans les ordres juridiques du monde entier). Bien que les États jouissent d'un assez grand pouvoir discrétionnaire dans ce domaine, leur marge d'appréciation n'est pas sans bornes. Il n'existe pas de liste exhaustive de situations exceptionnelles pouvant déclencher une

déclaration d'état d'urgence ; cependant, pour que des mesures d'urgence puissent déroger aux droits de l'homme, la situation doit constituer « un danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation » (article 4 PIDCP et article 15 CEDH).

19. À ce jour, les États ont principalement justifié de telles mesures dérogatoires par des conflits armés en cours, des attentats terroristes de grande ampleur, des catastrophes naturelles et, plus récemment, des pandémies.

20. L'état d'urgence étant conçu pour des situations exceptionnelles, il ne doit s'appliquer qu'en cas de menace réellement exceptionnelle (et de courte durée). A contrario, il n'est pas applicable aux menaces qui, bien que déplorables et dramatiques, sont endémiques dans nos sociétés modernes et ne peuvent être totalement éliminées (crimes de droit commun, attentats terroristes sporadiques, etc.). La ligne séparant ces deux cas de figure, cependant, ne saurait être tracée *in abstracto*.

21. Bien que la notion d'état d'urgence repose sur la dichotomie normalité / exception, il existe, en pratique, tout un éventail de possibilités entre les pouvoirs en situation ordinaire et ceux appliqués en situation d'urgence. A priori, tous les États possèdent déjà une législation en matière de santé publique et d'épidémies, qui accorde au gouvernement d'importants pouvoirs – qu'il peut déléguer ou non aux autorités sanitaires – visant à juguler le problème (mises en quarantaine, etc.). Dans certains États, ces mesures ordinaires de lutte contre une maladie peuvent être très étendues, et réduire la nécessité d'une déclaration d'état d'urgence. La distinction entre législation ordinaire et législation d'urgence ne doit cependant pas être atténuée (voir paragraphe 33 ci-dessous).

D. Déclaration d'état d'urgence

22. Il existe deux types de pouvoirs d'exception : constitutionnels et extraconstitutionnels. Dans le premier cas, les pouvoirs d'exception reposent sur la constitution (écrite) ou sur une loi organique ou ordinaire adoptée en vertu de la constitution ; l'État déclare officiellement l'état d'urgence (sous l'une des formes prévues par la législation nationale) et, le plus souvent, énonce des mesures d'urgence. Dans le second cas, les autorités exécutives agissent – et sont considérées comme habilitées à agir – en urgence sur la base de principes (constitutionnels) non écrits, en vue de surmonter la situation ; l'État énonce des mesures exceptionnelles sans déclarer officiellement l'état d'urgence.

23. La première forme d'état d'urgence peut être considérée comme de droit, la seconde de fait. Cette seconde forme ne constitue pas nécessairement une violation du droit international. L'absence de déclaration formelle peut cependant empêcher les États de recourir à certaines mesures (en vertu du PIDCP, par exemple, il n'est possible de déroger à des droits de l'homme qu'en cas de « danger public exceptionnel [...] proclamé par un acte officiel » (article 4.1)).

24. Un régime d'urgence constitutionnel, et donc de droit, peut offrir de meilleures garanties en matière de droits fondamentaux, de démocratie et d'État de droit. Dans son rapport de 1995 intitulé *Les pouvoirs d'exception*, la Commission de Venise a exprimé une préférence pour la forme de droit, recommandant « d'éviter l'état d'exception de fait et de proclamer officiellement l'état d'exception⁷ ».

25. La déclaration d'état d'urgence est soumise aux règles inscrites dans l'ordre juridique interne. Ces règles doivent être claires, accessibles et prospectives (disponibles à l'avance).

⁷ CDL-STD(1995)012, *Les pouvoirs d'exception*, 1995, p. 30.

26. Dans un régime de pouvoirs d'exception écrits, les dispositions fondamentales en matière d'état d'urgence et de pouvoirs d'exception doivent figurer dans la constitution, qui doit indiquer clairement quels sont les droits qui peuvent être suspendus et quels sont ceux qui ne souffrent aucune dérogation et doivent être respectés en toutes circonstances⁸. La Commission de Venise a déjà précisé que « [l]es situations d'urgence capables de donner lieu à la proclamation de telle ou telle forme d'état d'exception doivent être clairement définies et délimitées par la constitution⁹ ». En effet, les pouvoirs d'exception restreignent habituellement des principes constitutionnels, tels que les droits fondamentaux, la démocratie et l'État de droit. Par ailleurs, il appartient à chaque État de ne prévoir qu'un seul régime d'urgence ou plusieurs régimes différents. Dans le second cas, les différences (causes, degré de contrôle parlementaire, niveau de pouvoir accordé au gouvernement, mesures d'urgence disponibles) doivent être clairement définies par les dispositions juridiques. L'État doit toujours opter pour le moins radical des régimes disponibles dans les circonstances du moment.

27. Si la situation d'urgence ne concerne qu'un territoire en particulier, la déclaration doit mentionner une limite territoriale.

28. La déclaration doit indiquer les raisons de l'état d'urgence et énumérer les pouvoirs exceptionnels auxquels il est possible de recourir. Il n'est pas nécessaire que les mesures qui seront ensuite autorisées soient réunies en un seul texte de loi, et elles peuvent, évidemment, évoluer au fil du temps. Il convient de joindre à la déclaration originale, ainsi qu'à tout acte juridique instaurant des mesures exceptionnelles, un rapport explicatif précisant les fondements juridiques et factuels de ces mesures.

29. Une loi distincte, de préférence une loi organique si le système constitutionnel prévoit ce niveau de législation¹⁰, devrait détailler le régime d'exception. Les dispositions de cette loi devraient couvrir les aspects suivants : circonstances exceptionnelles pouvant justifier l'état d'urgence ; déclaration d'état d'urgence ; déclenchement du recours aux pouvoirs d'exception ; application des pouvoirs d'exception ; contrôle exercé par le parlement sur la déclaration d'état d'urgence, sa fin et les mesures adoptées par l'exécutif pendant cette période ; contrôle juridictionnel de mesures d'urgence spécifiques.

30. Il est important que la législation sur le régime de l'état d'urgence soit adoptée à l'avance, en période normale. Une telle législation couvre habituellement différents types d'urgences et régit des pouvoirs qui ne sont pertinents que dans certains cas. Par conséquent, il est crucial que la déclaration d'état d'urgence ou un décret séparé, à soumettre au parlement pour approbation, énumère les pouvoirs applicables dans la situation d'urgence en question. Le champ d'application territorial doit lui aussi être précisé. Là encore, le principe de nécessité impose de ne déclencher les pouvoirs d'exception que pour des mesures jugées nécessaires pour surmonter la situation, mais non prévues par la législation ordinaire.

31. La loi sur le régime d'état d'urgence n'est pas le seul texte qu'il convient d'adopter en période normale. Pour éviter les excès et les contraintes de temps, les décrets d'urgence et les autres mesures exceptionnelles devraient également, dans la mesure du possible, être rédigés à l'avance. Cela permet de débattre véritablement, au calme, de l'équilibre à ménager entre les différents intérêts en jeu.

32. Néanmoins, il peut arriver qu'une situation d'urgence crée des difficultés imprévisibles. Ainsi, de nombreux États ont jugé nécessaire de légiférer spécialement pour la situation engendrée par l'épidémie de coronavirus, y compris des États dont la constitution ou la législation ordinaire

⁸ CDL-STD(1995)012, *Les pouvoirs d'exception*.

⁹ CDL-STD(1995)012, *Les pouvoirs d'exception*, 1995, p. 30.

¹⁰ CDL-AD(2015)037, Premier avis sur les projets d'amendements de la Constitution de la République d'Arménie (chapitres I à VII et 10), par. 93.

prévoyait déjà un large éventail de mesures exceptionnelles¹¹. Il semble donc que seuls de rares États, à supposer qu'il y en ait, ont jugé suffisantes les lois existantes sur l'état d'urgence. Les États ont choisi de créer un nouveau type de législation d'exception, ou complété leurs lois sur les maladies infectieuses en y ajoutant de nouveaux pouvoirs. En temps de paix, on peut considérer que les troubles civils de grande ampleur constituent le motif « standard » pour déclencher des pouvoirs d'exception. Cette menace pour la nation présente un trait commun avec l'épidémie actuelle : la nécessité de limiter les rassemblements. Toutefois, l'épidémie actuelle engendre des menaces différentes, et appelle donc des pouvoirs différents¹². Pour contenir la propagation de la maladie, la majorité des États européens ont adopté des mesures drastiques : mise en quarantaine de vastes zones où le virus circule beaucoup, restrictions d'accès aux lieux où vivent des personnes très exposées (foyers pour personnes âgées, etc.), fermeture des écoles et des universités, interdiction d'accès aux parcs et à d'autres espaces publics, fermeture de commerces ou restriction de leurs horaires d'ouverture, etc. Ces mesures ont déclenché une crise économique, qui a elle-même rendu nécessaires d'autres pouvoirs d'exception (mesures financières, etc.). La méthode normale de réaction à une crise économique – stimuler l'économie par différents moyens – n'est pas envisageable, car ces moyens saperaient les mesures de santé et de sécurité destinées à ralentir la propagation de la maladie. L'urgence actuelle est donc une urgence « complexe » (composée de plusieurs menaces différentes), qui requiert des mesures d'un type différent, inhabituelles en période de troubles civils.

33. Il serait dangereux d'adopter une législation ordinaire sur les maladies infectieuses (ou sur d'autres situations urgentes) conçue pour couvrir toutes les mesures pouvant se justifier en cas de pandémie (ou autre menace) de l'ampleur de la pandémie actuelle de Covid-19. On risquerait d'instaurer un état d'urgence de longue durée, voire permanent. La Commission de Venise a déjà mis en garde contre un tel danger¹³.

E. Déclaration, activation et application des pouvoirs d'exception

34. Il convient de distinguer, dans le régime juridique de l'état d'urgence, l'activation des pouvoirs d'exception et leur application. L'activation signifie seulement, en général, que certaines mesures d'urgence peuvent être adoptées si la situation concrète l'exige ; l'application signifie qu'une mesure est effectivement adoptée. Cette distinction est importante, car les principes de nécessité et de proportionnalité se déclinent différemment lors de ces deux phases. Si la déclaration d'état d'urgence et l'activation des pouvoirs d'exception sont séparées, ces principes sont à respecter dans trois contextes : premièrement, au moment de déclarer l'état d'urgence, de le prolonger et d'y mettre fin ; deuxièmement, lors de l'activation de pouvoirs d'exception particuliers ; et troisièmement, lors de l'application de ces pouvoirs.

¹¹ Par exemple, le 23 mars 2020, la France a adopté une loi autorisant l'exécutif à déclarer l'état d'urgence en cas de crise sanitaire. Cette loi ajoute au Code de la santé publique plusieurs dispositions permettant à l'exécutif de déclarer l'« état d'urgence sanitaire ». Le Parlement norvégien a choisi de ne pas déclarer l'état d'urgence, mais a adopté une loi spéciale autorisant le gouvernement à déroger, par ordonnances, aux dispositions de nombreuses autres lois.

¹² CDL-AD(2017)005, Turquie – Avis sur les modifications de la Constitution adoptées par la Grande Assemblée nationale le 21 janvier 2017 et soumises au référendum national le 16 avril 2017, par. 73 : « La distinction entre plusieurs états d'urgence est une bonne solution, qui se retrouve dans de nombreux pays : chaque type d'état d'urgence appelle ses propres moyens ».

¹³ Turquie – Avis sur les décrets-lois d'urgence n° 667 à 676 adoptés à la suite du coup d'État avorté du 15 juillet 2016, CDL-AD(2016)037, par. 41 : « Plus le régime d'urgence persiste, plus l'État a de chances de s'écarter des critères objectifs pouvant avoir justifié le recours initial aux pouvoirs d'urgence. Plus le régime se prolonge, plus il est difficile de justifier le recours à un traitement exceptionnel de la situation rendant impossible l'application des outils juridiques ordinaires ».

35. L'activation des pouvoirs d'exception et leur usage doivent être précédés d'une déclaration d'état d'urgence. Cela vaut aussi pour les situations relevant de l'article 15 CEDH et de l'article 4 PIDCP.

F. Compétence pour déclarer

36. La déclaration d'état d'urgence peut venir du parlement ou de l'exécutif. Dans le second cas, il convient qu'elle soit soumise à l'approbation du parlement. Le premier choix devrait se porter sur une déclaration par le parlement, ou sur une déclaration par l'exécutif n'entrant en vigueur que sur approbation du parlement. Toutefois, dans les cas particulièrement urgents, une entrée en vigueur immédiate pourrait être autorisée. Même dans ce cas cependant, la déclaration devrait être soumise au parlement, qui devrait pouvoir l'abroger. L'exécutif ne saurait avoir compétence pour prolonger l'état d'urgence au-delà d'une certaine durée sans la participation du parlement.

G. Types et étendue des mesures d'urgence

37. Les situations de danger public entraînent, à la fois, des dérogations aux normes habituelles de droits de l'homme et des modifications dans la répartition des rôles et des pouvoirs entre les différents organes de l'État.

a. Protection des droits de l'homme

i. Exception, limitation et dérogation

38. L'état d'urgence peut entraîner des restrictions aux droits de l'homme. Ces restrictions sont prévues dans les traités de droits de l'homme et, la plupart des États disposant de leur propre déclaration des droits, elles sont également inscrites dans l'ordre juridique national¹⁴. En droit des droits de l'homme, trois grands instruments permettent de faire face aux situations exceptionnelles.

39. Le premier instrument est l'*exception* aux droits de l'homme. Les exceptions excluent du champ des droits de l'homme certaines mesures adoptées en période d'urgence. Par exemple, l'article 4.3 CEDH dispose que l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, énoncée à l'article 4.2, ne s'étend pas à « tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté » (alinéa c).

40. Le deuxième instrument est la *limitation* des droits de l'homme. Il s'agit de restrictions à des droits de l'homme non absolus, comme la liberté d'expression, la liberté de réunion ou le respect de la vie privée et familiale. Parmi les objectifs légitimes de telles limitations, la protection de la santé figure à l'article 5.1 e) et aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 CEDH, et à l'article 2.3 du Protocole n° 4 à la CEDH. Ces limitations sont soumises à trois conditions : la légalité (être prévues par la loi), la légitimité (poursuivre un but légitime) et la nécessité (être nécessaires pour atteindre le but visé et proportionnées à ce but).

41. Le troisième instrument est la *dérogation*. Elle consiste à suspendre temporairement certaines garanties liées aux droits de l'homme¹⁵. Il ne peut être dérogé à un droit de l'homme

¹⁴ Voir aussi CDL-AD(2006)015, Avis sur la protection des droits de l'homme en situation d'urgence, Avis n° 359/2005, 4 avril 2006.

¹⁵ Voir aussi Rosalyn Higgins, « Derogations Under Human Rights Treaties », *British Yearbook of International Law*, vol. 48, 1976-77, pp. 281-320 ; Frederick Cowell, « Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR », *Birbeck Law Review*, vol. 1, 2013, pp. 135-162.

que si « un danger public exceptionnel menace la vie de la nation » (article 4.1 PIDCP) ou dans une situation très grave similaire¹⁶. Les dérogations implicites ne sont pas possibles¹⁷. Les mesures de dérogation doivent satisfaire au critère de proportionnalité : les États ne peuvent en adopter que « dans la stricte mesure où la situation l'exige » (article 4.1 PIDCP). Cela s'applique à la sévérité des mesures de dérogation, à la zone géographique qu'elles couvrent et à la durée pendant laquelle elles restent en place¹⁸. Ces mesures, cependant, ne doivent pas être discriminatoires¹⁹ et/ou incompatibles avec d'autres obligations découlant du droit international, comme celles en vertu du droit international humanitaire ou relatif aux réfugiés. Les dérogations peuvent s'appliquer à tous les droits de l'homme, à l'exception de ceux considérés comme n'en souffrant aucune. Le socle commun de droits n'admettant aucune dérogation comprend le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage ni en servitude et celui de ne pas se voir appliquer une peine rétroactive²⁰. On considère également de plus en plus qu'il ne peut être dérogé aux garanties judiciaires fondamentales²¹. Enfin, les dérogations s'accompagnent d'obligations procédurales (elles doivent être signalées au dépositaire du traité de droits de l'homme concerné) qui en facilitent la surveillance par des acteurs extérieurs²².

42. Les dérogations ne sont pas toujours nécessaires. Comme indiqué plus haut, la CEDH ménage la possibilité de restreindre plusieurs droits pour protéger la santé (l'article 5 prévoit expressément la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse). D'autres droits sont assortis de motifs de restriction plus généraux, et la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour eur. DH) tient compte du contexte pour interpréter l'étendue de ces droits²³. S'abstenir de déroger aux droits transmet le message que la crise peut être traitée sans recourir à des pouvoirs d'exception ; une dérogation, en revanche, indique clairement que certaines mesures d'urgence sont véritablement exceptionnelles et ne vont pas « faire loi ». Comme l'a souligné la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, « [i]l incombe à chaque État d'évaluer si les mesures qu'il adopte nécessitent une telle dérogation, en fonction de la nature et de la portée des restrictions appliquées aux droits et libertés protégés par la Convention. Cette possibilité dont peuvent se prévaloir les États est une caractéristique

¹⁶ La CEDH parle de « guerre ou [...] d'autre danger public menaçant la vie de la nation » (article 15.1).

¹⁷ Voir *Chypre c. Turquie*, Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, 4 octobre 1983.

¹⁸ Le Comité des droits de l'homme de l'ONU précise que « [c]ette règle porte sur la durée, l'extension géographique et le champ d'application de l'état d'urgence ainsi que sur toutes mesures dérogatoires auxquelles il est recouru du fait de l'urgence ». Doc. ONU **CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), Observation générale n° 29 relative à l'article 4 (Dérogations en période d'état d'urgence), 31 août 2001, par. 4.**

¹⁹ Le PIDCP affirme expressément l'interdiction de la discrimination. Elle n'est pas mentionnée à l'article 15 CEDH, mais la Cour eur. DH l'en a déduite du libellé de l'article (voir Cour eur. DH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 3455/05, Grande Chambre, 19 février 2009, par. 190).

²⁰ La liste s'arrête à ces quatre droits dans la CEDH. Dans le PIDCP, elle s'étend au droit de ne pas être emprisonné parce qu'on se trouve dans l'incapacité d'exécuter une obligation contractuelle, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, la liberté de pensée, de conscience et de religion et, pour les États parties au Deuxième protocole facultatif au PIDCP (1989), l'interdiction de la peine de mort.

²¹ Dans son Observation générale n° 32, le Comité des droits de l'homme de l'ONU affirme que « les garanties inhérentes au droit à un procès équitable ne peuvent jamais faire l'objet de mesures qui détourneraient la protection des droits auxquels il ne peut pas être dérogé ». Doc. ONU **CCPR/C/GC/32 (2007), Observation générale n° 32, article 14 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, 23 août 2007, par. 6.**

²² [Déclarations au titre de l'article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales \(STE n° 5\)](#).

²³ Cour eur. DH, *Hassan c. Royaume-Uni*, 16 septembre 2014 (Grande Chambre).

importante du système qui permet d'appliquer la Convention et son mécanisme de supervision y compris dans les situations les plus critiques²⁴ ».

43. Les États disposent d'une marge d'appréciation pour évaluer l'existence d'un danger public et la nécessité de mesures dérogatoires. Il incombe aux autorités nationales d'apprécier, face à la gravité de la situation et en prenant en considération l'ensemble des facteurs concernés, si et quand il y a un danger public menaçant la vie de la nation et si la proclamation de l'état d'urgence s'impose pour le combattre. De même, il revient aux autorités étatiques de se prononcer sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour conjurer ce danger. Ceci étant, si les États disposent d'une large marge d'appréciation à cet égard, leur pouvoir n'est pas illimité dans ce domaine, et la Cour européenne des droits de l'homme exerce une surveillance sur ce pouvoir²⁵.

44. Certains groupes de personnes peuvent être particulièrement exposés aux atteintes aux droits de l'homme en période d'urgence. Ce sont notamment les journalistes ou blogueurs, les minorités (en particulier celles qui peuvent être associées d'une manière ou d'une autre à la situation exceptionnelle), les défenseurs des droits de l'homme, les lanceurs d'alerte et les membres de l'opposition politique. Il est important de veiller à ce que les membres de ces groupes vulnérables ne soient pas spécialement visés (en droit ou en fait) par les mesures d'urgence. Parallèlement, il faut s'attacher activement à permettre à ces populations d'accéder aux informations.

45. Outre qu'il autorise à restreindre les droits de l'homme pour protéger la santé publique, il convient de rappeler que « l'article 2 [CEDH] impose à l'État l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction » (voir *L.C.B. c. Royaume-Uni*, précité, par. 36, et la décision dans *Powell*, précitée) ; dans le domaine de la santé publique, ces obligations positives impliquent la mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades²⁶.

ii. Droits de l'homme susceptibles d'être affectés par l'état d'urgence

46. En situation d'état d'urgence, et en particulier lors d'une pandémie comme celle que nous vivons en ce moment, l'exercice des droits de l'homme peut être affecté à de nombreux égards.

47. Les droits à la liberté de réunion, à la liberté de mouvement et à l'absence de détention se situent sur une échelle mobile²⁷. Les droits à la propriété peuvent être affectés de plusieurs manières. Les autorités centrales ou locales peuvent être habilitées à réquisitionner des terrains publics ou privés pour y aménager des hébergements d'urgence, des hôpitaux de campagne, etc²⁸. Il peut y avoir des expropriations temporaires de ressources essentielles, ainsi qu'un

²⁴ Secrétaire Générale, document d'information : [Respecter la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19](#), SG/Inf(2020)11.

²⁵ CDL-AD(2016)010, Turquie – Avis sur le cadre juridique régissant les mesures de couvre-feu, par. 67.

²⁶ Cour eur. DH, *Lambert c. France*, arrêt du 5 juin 2015, avec d'autres références.

²⁷ Cour eur. DH, *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, 15 mars 2012. Les requérants étaient restés bloqués derrière un cordon de police dans une petite rue, sans accès à des toilettes, pendant quatre à sept heures.

²⁸ Aux États-Unis par exemple, en cas de situation susceptible d'être déclarée comme une urgence ou une catastrophe majeure, le président peut – à la demande d'un gouverneur – ordonner au ministère de la Défense d'utiliser ses ressources « pour mener, sur des terrains publics et privés, tous les travaux d'urgence rendus nécessaires par cette situation et essentiels à la préservation de la vie et des biens » ; la durée de ces travaux ne doit pas excéder 10 jours (42 U.S.C. 5170b(c)(1)). Après une catastrophe majeure, le président peut appeler le ministère de la Défense, en tant qu'« agence fédérale », à fournir une « assistance fédérale générale » (article 5170a) ou une « assistance essentielle » (article 5170b).

blocage temporaire des importations/exportations²⁹. Il peut être procédé à la fermeture de lieux privés (centres commerciaux, salles de sport) pour décourager les rassemblements³⁰.

48. S'agissant de la restriction des droits de l'homme la plus courante, celle de la liberté de mouvement, les quarantaines visent généralement à maintenir dans un espace réduit les personnes infectées ou potentiellement infectées ; certaines zones ou régions peuvent être temporairement fermées. Le Covid-19 faisant peser une forte menace sur les personnes âgées et sur d'autres populations à risque, ce but est en partie devenu d'isoler ces personnes non infectées d'autres personnes potentiellement malades. Tous les États européens, bien que la situation démographique varie de l'un à l'autre, comptent une population assez importante de personnes âgées. On peut concevoir des « couvre-feux pour personnes âgées », bien que l'âge fixé pour seuil – quel qu'il soit – risque fort d'être arbitraire. L'imposition d'un tel couvre-feu reste bien sûr très difficile sur le plan politique (au contraire des couvre-feux pour les adolescents, qui n'ont pas le droit de vote).

49. Les données historiques le montrent : c'est en période d'urgence que les violations des droits de l'homme atteignent leur summum³¹. Concernant la liberté d'expression, il n'est pas certain qu'il existe un motif valable pour la restreindre en situation d'urgence. Certes, la diffusion de (fausses) rumeurs sur les réseaux sociaux pose problème³². Des infractions qui existent en période ordinaire ou du fait de la déclaration d'état d'urgence, comme celle de semer volontairement la panique dans la population, pourraient être utilisées en pareilles circonstances. Si les fausses alertes à la bombe sont répréhensibles, et même considérées comme du terrorisme, les « fausses alertes à l'épidémie » pourraient aussi l'être. La possibilité, déjà en place, de demander aux prestataires de services internet de retirer les contenus « insultants » pourrait aussi servir à limiter l'accès aux informations grossièrement trompeuses. Il est clair, cependant, que les régimes autoritaires peuvent facilement abuser de ce type de pouvoirs et d'infractions, ce qu'ont reconnu les gouvernements de 16 États membres de l'UE dans une déclaration sur l'État de droit pendant la crise³³.

50. Dans un contexte d'urgence, toutefois, restreindre la liberté d'expression priverait la population d'un moyen essentiel de surveillance des pouvoirs accrus de l'exécutif. Le besoin de recueillir, de diffuser et d'analyser des informations sur la menace (ici, le virus) et de favoriser des débats publics sur les divergences d'opinions légitimes entre experts, par exemple concernant les meilleures stratégies d'endiguement³⁴, renforce l'intérêt d'un « libre marché des idées ». Recevoir rapidement des informations libres, exactes et responsables sur tous les aspects de la crise ne peut qu'aider la population à faire ses propres choix et à contrôler les actions du gouvernement. Exercé avec responsabilité, le journalisme peut contrer les infox qui cherchent à répandre la panique.

²⁹ Pour les États de l'UE, cela soulève d'importants enjeux de libre circulation des biens.

³⁰ Cette possibilité a été appliquée, par exemple, en Suède et en France. En Norvège, pour éviter de surcharger les structures de santé en zone rurale, le gouvernement a interdit aux citoyens (à quelques exceptions près) de séjourner dans leur propre résidence secondaire si elle se trouvait dans une autre collectivité locale que celle de leur résidence principale (mesure qui, bien que justifiable, pose évidemment problème au regard de l'article 8 CEDH).

³¹ CDL-STD(1995)012, Les pouvoirs d'exception – Science et technique de la démocratie n° 12 (1995), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-f).

³² Dimanche 22 mars, par crainte des conséquences pour la liberté de parole, le Président bulgare Rumen Radev a mis son veto à des projets d'amendements au Code pénal qui prévoyaient une amende de plus de 5 000 euros et des peines d'emprisonnement allant jusqu'à trois ans pour diffusion d'« informations fausses » sur une épidémie (<https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/coronavirus-derogations-from-human-rights-send-wrong-signal-say>).

³³ <https://www.regeringen.se/artiklar/2020/04/gemensamt-uttalande--rule-of-law-in-the-context-of-the-covid-19-crisis/>

³⁴ Les gouvernements suédois et néerlandais, par exemple, ont choisi des stratégies d'endiguement très différentes de celles des autres gouvernements européens.

51. Des exigences de service civique peuvent être instaurées (voir l'article 4 CEDH) ; le volontariat devrait suffire à pallier les besoins accrus des services de santé, mais dans des situations extrêmes, il peut devenir nécessaire d'imposer un service civique aux citoyens.

52. Concernant la surveillance/protection des données (article 8 CEDH), il a été souligné que « la protection des données ne peut en aucun cas constituer une entrave au fait de sauver des vies et que les principes applicables permettent toujours de trouver le juste équilibre entre les intérêts en présence. Conformément à la Convention 108+, il est essentiel que, même dans des situations particulièrement difficiles, les principes de protection des données soient respectés et qu'il soit donc garanti que les personnes concernées soient tenues informées du traitement des données personnelles qui les concernent, que le traitement des données personnelles ne soit effectué que s'il est nécessaire et proportionné à la finalité explicite, déterminée et légitime poursuivie, qu'une analyse d'impact soit effectuée avant le début du traitement, que le respect des principes soit assuré dès la conception (*privacy by design*) et que des mesures appropriées soient adoptées pour assurer la sécurité des données, en particulier lorsqu'elles concernent des catégories particulières de données telles que les données relatives à la santé ; enfin, que les personnes concernées soient habilitées à exercer leurs droits³⁵ ». Des métadonnées ont été utilisées pour suivre les personnes de façon globale, à l'aide d'informations agrégées.³⁶ Lorsque les données agrégées sont anonymisées, cela ne pose pas de problème de données personnelles. C'est en revanche le cas pour l'usage de métadonnées au niveau individuel, pour exemple pour repérer les personnes qui enfreignent les mesures de quarantaine ou d'isolement.

53. Concernant le droit du travail, il peut être nécessaire de modifier les conditions de travail, par exemple en assouplissant certaines d'entre elles (comme l'obligation de produire un certificat médical pour toucher des indemnités de chômage ou de maladie). Des dérogations à la durée maximale de travail peuvent être autorisées. Les gouvernements peuvent décider de subventionner temporairement les entreprises.

54. De même, les gouvernements peuvent décider d'assouplir la législation sur les prestations sociales, comme l'obligation de se présenter à des entretiens d'embauche ou de produire des certificats médicaux pour toucher des indemnités, ou la législation sur la santé et la sécurité, par exemple en assouplissant les contrôles sur les pratiques professionnelles et les procédures d'agrément d'équipements et de locaux. Il se peut qu'il faille également assouplir les exigences réglementaires en matière de conservation des dépouilles mortelles et d'obsèques (voir par exemple la loi de 2020 sur le coronavirus, au Royaume-Uni).

55. Le droit civil, et notamment la responsabilité civile, appellent des dérogations. Il faut pouvoir, par exemple, garantir l'immunité aux personnes qui ont outrepassé leurs compétences pour servir l'intérêt général, ou suspendre l'obligation d'honorer certains contrats (comme l'exportation de technologies médicales).

56. En matière de fiscalité, les entreprises peuvent bénéficier d'allègements fiscaux temporaires.

57. Dans le domaine de l'enseignement, des mesures importantes sont susceptibles de devenir nécessaires : fermeture des écoles, des collèges et des universités, passage à l'enseignement à distance, offre éducative pour les enfants des travailleurs essentiels.

58. Les pouvoirs publics peuvent également décider d'interdire les cérémonies religieuses ou d'imposer des limitations ou des conditions à leur célébration.

³⁵ Voir la Déclaration conjointe sur le droit à la protection des données dans le contexte de la pandémie à COVID-19, par Alessandra Pierucci, présidente du Comité de la Convention 108, et Jean-Philippe Walter, Commissaire à la protection des données du Conseil de l'Europe, 30 mars 2020, <https://www.coe.int/fr/web/data-protection/statement-by-alessandra-pierucci-and-jean-philippe-walter>.

³⁶ <https://www.google.com/covid19/mobility/>

b. Répartition des pouvoirs

59. Une déclaration d'état d'urgence s'accompagne souvent de transferts – horizontaux et verticaux – de compétences et de pouvoirs.

60. Plusieurs facteurs déterminent les types de mesures susceptibles de s'imposer lors d'une pandémie. Il est peu probable que des pouvoirs totalement nouveaux deviennent nécessaires ; il faudra, plutôt, décider quel organe de l'État devrait avoir compétence pour adopter les mesures. La plupart des États prévoient dans leurs constitutions, ou sur la base de la jurisprudence de leurs cours constitutionnelles, la délégation du pouvoir normatif, ainsi qu'une répartition des compétences entre les autorités centrales, régionales et locales. Bien sûr, la question pertinente ici n'est pas seulement de savoir *comment* se répartissent juridiquement les pouvoirs, mais aussi *qui* contrôle concrètement les ressources. La flexibilité offerte par la législation ordinaire entre également en compte. Plus la réglementation par l'État est vaste (secteur public, secteur privé réglementé) et entre dans les détails, plus il est probable que cette réglementation doive être assouplie ou modifiée. Par exemple, dans de nombreux États, le processus de dérégulation a conduit à ce que les services de santé soient aujourd'hui partiellement assurés par des entreprises privées. Il est donc possible que des pouvoirs aient à s'exercer sur ces entreprises, par exemple pour réquisitionner du matériel ou autoriser l'utilisation de leurs ressources (en personnel, etc.) dans les hôpitaux publics.

61. Affronter un état d'urgence suppose, peut-être plus encore qu'en temps ordinaire, que l'État et toutes les institutions régionales et locales observent le principe de la coopération loyale et du respect mutuel.

i. Délégation de pouvoirs législatifs à l'exécutif

62. Pendant l'état d'urgence, l'exécutif peut exercer temporairement certains pouvoirs normalement dévolus au législateur. Leur exercice doit reposer sur une base juridique claire et prospective.

63. Les constitutions prévoient couramment des règles encadrant la délégation de pouvoirs normatifs. Ces pouvoirs peuvent être délégués d'une fédération à ses États, de la présidence au parlement, mais aussi du gouvernement à l'administration ou du gouvernement aux collectivités locales ou régionales. La *Liste des critères de l'État de droit*, paragraphe 1.4.i, prévoit la primauté du pouvoir législatif. Les constitutions de certains États autorisent le gouvernement, dans des circonstances assez étroitement définies, à légiférer par décrets³⁷. D'autres constitutions l'interdisent expressément³⁸. Dans sa *Liste de critères sur la relation entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie*, adoptée en 2019, la Commission de Venise a exprimé son scepticisme devant l'octroi, directement par la constitution, d'un pouvoir législatif général à l'exécutif. Elle souligne qu'« un tel pouvoir devrait au moins être limité dans le temps et dans sa portée [...], n'être utilisable que pour de bonnes raisons, comme un état d'exception [...], et être abrogé aussi rapidement que possible³⁹ ».

64. Il convient de limiter, dans le temps comme sur le fond, le pouvoir législatif accordé à l'exécutif en période d'urgence. Les textes ainsi adoptés ne devraient porter que sur des questions liées à la situation exceptionnelle et ne pas rester en vigueur après l'état d'urgence (à

³⁷ Par ex. l'Estonie, l'Italie et la Géorgie. Voir Timea Drinóczi, « Legislative Process », in U. Karpen, H. Xanthaki (éd.), *Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Portland, Hart Publishing, 2017, p. 38.

³⁸ *Ibid.* ; Drinóczi mentionne la République tchèque et la Bulgarie.

³⁹ CDL-AD(2019)019, *Paramètres des rapports entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : liste de critères*, Avis n° 845/2016, 24 juin 2019, par. 119 à 121.

moins d'être confirmés et prolongés par le pouvoir législatif). Il convient aussi de prévoir des échéances claires au-delà desquelles ces mesures exceptionnelles deviennent caduques (« clause de caducité »). La Commission a également critiqué le recours excessif aux décrets législatifs ayant force de loi lorsqu'ils deviennent, en pratique, un moyen de contourner le législateur⁴⁰.

65. En affirmant la primauté du pouvoir législatif, la *Liste des critères de l'État de droit* précise que si le Parlement délègue une compétence législative à l'exécutif, les objectifs, la teneur et la portée de cette délégation de pouvoir doivent être explicitement définis dans un acte législatif (critère n° 1.4.ii). Comme noté dans les observations (paragraphe 49), « [d]ans un régime absolutiste ou dictatorial, l'exécutif possède des pouvoirs illimités, en droit ou dans les faits. Le constitutionnalisme moderne s'est formé en réaction aux systèmes de ce type, et garantit la primauté du pouvoir législatif ».

66. Chaque État, pour concevoir ses règles sur la délégation de pouvoirs, tient compte de différents facteurs. Le plus important d'entre eux est la légitimité démocratique (celle du parlement, mais aussi des autorités locales élues). Dans une démocratie, les normes générales qui empiètent largement sur la liberté individuelle et touchent une grande partie, voire l'ensemble de la population requièrent l'imprimatur des représentants du peuple – le pouvoir législatif. Dans une « démocratie délibérative », le processus de légitimation réside dans le débat, et non dans une « validation » d'autorité par un pouvoir législatif qui transforme en loi un projet de texte présenté par le gouvernement. Toute proposition de loi devrait fournir une base bien préparée pour l'adoption d'une loi par le Parlement. La proposition devrait également être bien rédigée (techniquement parlant), et suivre devant le parlement une procédure claire et prévisible (sans manœuvres procédurales inattendues, etc.).

67. Pour assurer la qualité juridique du texte sur un plan technique, mais aussi s'assurer qu'il contribuera réellement à résoudre le problème visé, certains États prévoient la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité *in abstracto* devant leur juridiction constitutionnelle. D'autres prévoient un regard juridique indépendant sur le processus législatif, sous forme d'un avis consultatif rendu par un groupe de juges⁴¹. Que l'État dispose ou non d'un tel mécanisme, tous les États devraient, à un moment du processus législatif, prévoir de s'interroger sur l'intérêt des normes proposées : vont-elles résoudre, atténuer ou au moins, ne pas aggraver le problème auquel elles s'attachent ? Ainsi, même en l'absence de mécanisme spécifique, le parlement devrait au moins disposer de, ou pouvoir commissionner une analyse experte et objective du problème et des solutions envisageables⁴².

68. Lorsque le processus législatif intègre un tel mécanisme indépendant, il ne s'applique le plus souvent qu'aux lois, et non aux ordonnances gouvernementales. Ces mécanismes de contrôle de la qualité cessent donc de s'appliquer lorsque le pouvoir normatif est délégué au gouvernement.

69. En matière de délégation, les compétences spécialisées revêtent une grande importance, ce qui peut plaider contre le traitement d'un problème par le seul pouvoir législatif. On trouve généralement ces compétences au sein des organes de l'administration publique, ainsi que dans

⁴⁰ Voir par ex. CDL-AD(2019)014, Roumanie – Avis sur les ordonnances d'urgence OGU n° 7 et 12 portant révision des lois sur la justice.

⁴¹ Par ex. le Raad van State aux Pays-Bas, <https://www.raadvanstate.nl>, ou le Lagrådet en Suède.

⁴² *Liste des critères de l'État de droit*, 1.5.v : « Projets et propositions de loi font-ils si nécessaire l'objet d'évaluations (analyse d'impact budgétaire ou sur les droits de l'homme, par exemple) avant leur adoption ? ». Voir aussi le document Perspectives de l'OCDE sur la politique de la réglementation 2015, éditions de l'OCDE, Paris, https://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/perspectives-de-l-ocde-sur-la-politique-de-la-reglementation-2015_9789264245235-fr, qui dit entre autres que la réglementation doit servir des objectifs politiques clairement identifiés et permettre d'atteindre effectivement ces objectifs.

les services ministériels de l'État lorsqu'ils sont suffisamment étoffés. Ainsi, lorsque les compétences spécialisées sont particulièrement importantes, une délégation à des services gouvernementaux, ou une sous-délégation à des organes administratifs, peut se justifier. Il est évident que l'avis des experts médicaux doit peser très lourd lorsqu'il s'agit d'établir des normes destinées à faire face à une pandémie. Les avis d'experts sont, ou devraient être, formulés sur la base de connaissances scientifiques et d'une expérience avérée. Le besoin de rapidité constitue un autre facteur à cet égard ; il peut aussi plaider contre le traitement d'un problème par le seul pouvoir législatif, qui applique, ou du moins devrait appliquer, un processus délibératif relativement lent.

70. Une pandémie qui risque de causer de nombreux décès appelle des décisions de qualité (fondées, capables de traiter le problème et assurant un usage rationnel des ressources disponibles), mais aussi des décisions *rapides*. Le facteur de la rapidité devient plus, et même beaucoup plus pertinent en cas d'urgence, puisque la situation peut évoluer très vite. La concentration du pouvoir de décision entre les mains du gouvernement, ou d'un seul ministre, favorise généralement cette rapidité ; une situation critique atténuée évidemment, voire anéanti, la nécessité de consulter, de débattre et de bâtir un consensus.

71. Cependant, il est tout aussi évident qu'une telle concentration de pouvoirs présente des dangers. Les valeurs qui sous-tendent les autres facteurs (légitimité démocratique, etc.) risquent d'en souffrir, avec plusieurs conséquences. Pour à la fois respecter la primauté du pouvoir législatif et prendre des décisions rapides, on peut prévoir que toutes les ordonnances gouvernementales adoptées en vertu de pouvoirs délégués soient présentées sans tarder (ou dans un délai spécifique) au législateur, pour approbation ou rejet. Il convient de permettre au parlement d'exprimer son désaccord sur des dispositions spécifiques, au lieu de ne prévoir que le « tout ou rien », c'est-à-dire l'approbation ou le rejet de toute l'ordonnance. Cela suppose, évidemment, que le parlement continue de siéger : il ne doit pas être possible de dissoudre le parlement sous état d'urgence. Si le mandat du parlement expire pendant l'état d'urgence et s'il n'est pas possible d'organiser des élections, ce mandat devrait être prolongé jusqu'à la fin de l'état d'urgence⁴³. Il convient également de spécifier les conséquences juridiques d'un rejet/refus d'approbation⁴⁴. Lorsque le gouvernement s'appuie fortement sur ses experts médicaux pour émettre des mesures, ce qui sera généralement l'approche rationnelle en cas de pandémie, le parlement pourrait envisager d'organiser des auditions avec ces derniers, et d'autres experts indépendants, pour obtenir une image aussi complète que possible des problèmes et de leurs solutions possibles.

ii. *Autres changements institutionnels*

72. D'autres changements institutionnels peuvent se produire pendant un état d'urgence, comme le transfert de certains pouvoirs de police aux autorités militaires, ou la mise en place de tribunaux militaires et le transfert de certaines compétences des juridictions ordinaires à ces tribunaux. Ces changements institutionnels devraient être prévus par la législation nationale mais devraient être limités à la crise militaire et aux forces armées ; si les militaires sont impliqués

⁴³ CDL-STD(1995)012, *Les pouvoirs d'exception* : « D'où la nécessité de la continuation de la vie parlementaire pendant la période d'exception. C'est la raison pour laquelle certaines constitutions indiquent expressément que le Parlement ne peut pas être dissous pendant l'exercice des pouvoirs d'exception ».

⁴⁴ CDL-AD(2009)024, Ukraine – Avis sur le projet de loi modifiant la Constitution présenté par le Président ukrainien, par. 72 : « La Verkhovna Rada doit approuver les décrets proclamant la loi martiale ou l'état d'urgence. Mais les conséquences au cas où la Verkhovna Rada refuserait de les approuver ne sont pas précisées. Il semble souhaitable de n'accorder au Président qu'un pouvoir de « réaction immédiate », et d'indiquer qu'un tel décret perd sa validité s'il n'est pas approuvé par la Verkhovna Rada ».

dans l'application des couvre-feux ou des mesures de quarantaine, ils doivent être subordonnés aux autorités civiles.

73. L'armée se trouve généralement sous le contrôle du gouvernement central, qui a le plus souvent compétence pour « fédérer » les unités de défense locales. De telles règles relèvent de l'aide militaire au pouvoir civil et/ou de la législation sur les catastrophes naturelles⁴⁵.

74. Afin de redistribuer les ressources, il est possible que le pouvoir central prenne le contrôle sur les structures de santé régionales ou locales. Une telle mesure prête à controverse lorsque les ressources sont moindres au niveau central qu'au niveau local, provoquant des blocages, ou lorsque les décisions ne s'appuient pas sur des connaissances spécialisées.

c. Restrictions imposées par l'exécutif au fonctionnement des organes élus et des tribunaux

75. En situation d'état d'urgence, le fonctionnement du parlement,⁴⁶ des organes des collectivités locales et également des tribunaux, y compris les cours constitutionnelles, peut être entravé par les restrictions générales imposées par le gouvernement.⁴⁷ Ces restrictions doivent être nécessaires, proportionnées et temporaires, et ne jamais empêcher complètement les organes concernés d'exercer leurs fonctions constitutionnelles.

76. Il est indispensable que les parlements continuent à se réunir et à fonctionner pendant l'état d'urgence, si nécessaire en observant des règles spéciales adoptées au préalable, prévoyant par exemple une présence physique réduite des députés (sélectionnés dans tous les partis et

⁴⁵ Par exemple, le Congrès des États-Unis, après l'ouragan Katarina (septembre 2006) et les importants pillages qui l'ont suivi, a modifié l'article 334 de l'Insurrection Act de 1807 pour autoriser le Président à ordonner une dispersion par les forces armées « pour rétablir l'ordre public et faire appliquer la législation des États-Unis lorsque, à la suite d'une catastrophe naturelle, d'une épidémie ou d'un autre incident, danger pour la santé publique ou attentat terroriste grave [...], le Président juge que les violences ont pris une ampleur telle que les autorités constituées de l'État ou du territoire sont incapables de maintenir l'ordre public, afin de réprimer dans tout État une insurrection, des faits de violence, une coalition illégitime ou une conspiration ».

⁴⁶ En France par exemple, la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale a décidé, en accord avec le gouvernement, la réduction de l'activité parlementaire à l'examen des textes urgents et indispensables liés à la crise du coronavirus COVID-19 et au contrôle de l'action de l'exécutif par les questions d'actualité au gouvernement (QAG) : http://www2.assemblee-nationale.fr/static/presse/communiqu_e_presse_presidence_170320.pdf. L'article 115e de la loi fondamentale allemande [comité mixte] prévoit : (1) Si, en état de défense, la commission mixte constate, à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, dont au moins la majorité de ses membres, que des obstacles insurmontables empêchent la convocation du Bundestag en temps voulu ou que le Bundestag ne peut réunir le quorum, la commission mixte occupe la place du Bundestag et du Bundesrat et exerce leurs compétences en tant qu'organe unique. (2) La présente Loi fondamentale ne peut être ni modifiée, ni abrogée, ni suspendue, en tout ou en partie, par une loi adoptée par la commission mixte. La commission mixte n'a pas le pouvoir de promulguer des lois en vertu de l'article 23, paragraphe (1), deuxième phrase, de l'article 24, paragraphe (1), ou de l'article 29.)

⁴⁷ En France, par exemple, le Premier ministre a déposé le 18 mars 2020 un projet de "loi organique pour faire face à l'épidémie de Covid-19", proposant de suspendre jusqu'au 30 juin 2020 le délai de trois mois dont disposent le Conseil d'État et la Cour de cassation pour soumettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité, et le délai de trois mois dont dispose ce dernier pour se prononcer, en raison de l'impossibilité pour ces juridictions de tenir des réunions collégiales. Le Premier ministre a sollicité l'avis du Conseil constitutionnel qui, par sa décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, a déclaré la loi organique constitutionnelle, notant notamment qu'elle "ne remet pas en cause l'exercice de ce recours, ni n'interdit de statuer sur une question prioritaire de constitutionnalité pendant ce délai". La loi organique n° 2020-365 a été promulguée le 30 mars 2020.

votant pour le compte de tout leur groupe parlementaire). Le vote par internet pourrait également être prévu⁴⁸.

H. Procédure d'adoption des mesures d'urgence

77. Il convient d'adopter les mesures d'urgence à travers une procédure associant la société civile, soit avant la présentation de ces mesures au parlement, soit au moment où le parlement en débat. Dans les deux cas, il convient de prévoir un délai suffisant⁴⁹. La Commission a critiqué en plusieurs occasions l'adoption de lois sans véritables possibilités de débat au parlement ou au sein de la société civile⁵⁰.

I. Durée de l'état d'urgence

78. L'état d'urgence devrait toujours être déclaré pour une période spécifique et d'une durée non excessive, et devrait être levé avant l'expiration de cette période si l'urgence a été surmontée et que les mesures exceptionnelles ne sont plus nécessaires. Les déclarations sans échéance spécifique, y compris celles qui prévoient la levée de l'état d'urgence une fois la situation exceptionnelle surmontée, ne sauraient être considérées comme légales⁵¹. Dans le même temps, il est possible de prolonger l'état d'urgence aussi longtemps que nécessaire pour venir à bout de la situation exceptionnelle. Cependant, comme l'a déjà remarqué la Commission de Venise, « plus le régime d'urgence persiste, plus l'État a des chances de s'écarter des critères objectifs pouvant avoir justifié le recours initial aux pouvoirs d'urgence. Plus le régime se prolonge, plus il est difficile de justifier le recours à un traitement exceptionnel de la situation rendant impossible l'application des outils juridiques ordinaires⁵² ». La prolongation de l'état d'urgence ne devrait pas entrer en vigueur avant d'avoir été approuvée par le parlement. En outre, il devrait y avoir obligation de lever l'état d'urgence immédiatement après que la situation a été surmontée. Cela signifie que l'état d'urgence doit être levé dès que l'urgence peut être traitée par les mécanismes juridiques ordinaires, même si à ce moment-là certaines restrictions peuvent encore être nécessaires, à une plus petite échelle.

J. Contrôle de la déclaration et prolongation de l'état d'urgence et des mesures d'urgence

79. Un régime de pouvoirs d'exception affecte la démocratie, les droits fondamentaux, les droits de l'homme et l'État de droit ; il est donc crucial qu'un contrôle s'exerce sur la déclaration de l'état d'urgence et sa prolongation, ainsi que sur l'activation et l'application des pouvoirs d'exception. Ce contrôle, confié aux pouvoirs législatif et judiciaire, devrait pouvoir être aussi bien parlementaire que judiciaire : contrôle parlementaire si la décision est prise par l'exécutif, contrôle juridictionnel si elle est prise par l'exécutif ou par le parlement.

⁴⁸ En France par exemple, le nombre de députés, de représentants du gouvernement et de membres du personnel autorisés à être présents dans l'hémicycle a été limité (« format restreint ») sur décision de l'Assemblée nationale, de façon à assurer le respect des exigences sanitaires et la représentation des sensibilités politiques. Les députés se sont vus attribuer un nombre de sièges proportionnel à la taille de chaque groupe.

⁴⁹ Voir la *Liste des critères de l'État de droit*, 1.5.iv.

⁵⁰ Voir par ex. Commission de Venise/BIDDH, CDL-AD(2018)013, Avis conjoint relatif aux dispositions du projet de train de mesures législatives dénommé « Stop Soros » qui ont des répercussions directes sur les ONG (Hongrie) ; Commission de Venise, CDL-AD(2016)026, Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel (Pologne).

⁵¹ Voir aussi SG/Inf(2020)11, Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19, 7 avril 2020, par. 2.2.

⁵² CDL-AD(2016)037, Avis sur les décrets-lois d'urgence n° 667 à 676 adoptés à la suite du coup d'État avorté du 15 juillet 2016, Avis n° 865/2016, 12 décembre 2016, par. 41.

a. Contrôle parlementaire

80. La démocratie et l'État de droit appellent un contrôle du pouvoir législatif sur les mesures et les textes adoptés en urgence par les autorités, ainsi que des procédures spéciales applicables à ce contrôle.

81. Le parlement devrait pouvoir exercer un contrôle à différentes étapes : déclaration, prolongation et levée de l'état d'urgence ; activation des pouvoirs d'exception ; application des pouvoirs d'exception. Concernant ces derniers, les décrets d'urgence adoptés par l'exécutif en vertu de pouvoirs législatifs normalement dévolus aux parlementaires devraient être immédiatement présentés au parlement, qui devrait pouvoir les abroger.

82. Le parlement devrait pouvoir examiner l'état d'urgence à intervalles réguliers et, le cas échéant, le suspendre. Par ailleurs, pour évaluer le comportement du gouvernement, il est crucial que le parlement dispose d'un pouvoir de contrôle a posteriori, c'est-à-dire du droit de mener des enquêtes et des investigations sur la mise en œuvre des pouvoirs d'exception⁵³.

83. Le législateur pourrait aussi indiquer clairement son intention de soumettre à un examen approfondi, une fois passée la situation d'urgence, toutes les mesures adoptées par le gouvernement pour faire face à la pandémie, afin de vérifier le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Cet examen, et les éventuelles critiques ou mesures plus conséquentes décidées par le parlement, devraient tenir compte de l'état des connaissances médicales et autres au moment considéré⁵⁴. Ce type de « marge d'appréciation nationale » signifie que le législateur conserve, sans prétendre « donner des leçons après coup », sa primauté sur le gouvernement. Annoncer ouvertement qu'un tel examen a posteriori aura lieu peut contribuer à dissuader le gouvernement de prendre des mesures manifestement excessives.

84. Il convient d'assurer la participation de l'opposition à l'approbation de la déclaration d'état d'urgence, et/ou à l'examen a posteriori des décrets d'urgence ou de toute prolongation de l'état d'urgence. La majorité qualifiée pourrait être requise pour prolonger l'état d'urgence au-delà de la période initiale. Si le report d'élections est envisagé (voir plus loin), il convient d'associer tous les partis politiques au débat avant de prendre une décision.

b. Contrôle juridictionnel

85. Avec le parlement, le système judiciaire joue un rôle crucial dans le contrôle des prérogatives de l'exécutif en situation d'état d'urgence, en statuant sur la légalité de la déclaration d'état d'urgence et en contrôlant la légalité de mesures d'urgence spécifiques.

86. Le contrôle juridictionnel de la déclaration d'état d'urgence peut se limiter au contrôle des aspects procéduraux de la déclaration. Toutefois, si les mesures d'urgence supposent de déroger à des droits de l'homme, ce contrôle doit aussi porter sur les motifs avancés pour justifier l'état d'urgence.

87. Outre le contrôle de la déclaration elle-même, il devrait toujours rester possible d'exercer un contrôle juridictionnel sur les actes des autorités de l'état d'urgence, en particulier sur les décisions relatives à l'application des pouvoirs d'exception. Les décisions prises par ces autorités sont des actes administratifs unilatéraux par excellence ; c'est pourquoi il est souhaitable qu'elles

⁵³ CDL-AD(2008)004, Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées, par. 252.

⁵⁴ CDL-AD(2008)004, Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées : « Le pouvoir de contrôle post-hoc du parlement, c'est-à-dire le droit de conduire des enquêtes et des investigations sur la mise en œuvre des pouvoirs d'urgence, est extrêmement important pour évaluer le comportement du gouvernement ».

fassent l'objet d'un contrôle juridictionnel⁵⁵. Un contrôle juridictionnel a posteriori devrait être autorisé même concernant des décisions à effet immédiat. Le système judiciaire doit offrir un recours effectif aux individus en cas de violation de leurs droits fondamentaux par des agents du gouvernement. Le contrôle exercé par les tribunaux devrait veiller à ce que les mesures dérogatoires n'excèdent pas, en général ou dans des cas spécifiques, les limites de la légalité et de ce qui est strictement requis pour faire face à la situation exceptionnelle⁵⁶, et n'emportent pas violation de droits qui ne souffrent aucune dérogation. Le droit de saisir un tribunal sur des questions relatives à la licéité des mesures d'urgence doit être protégé par l'indépendance de la justice⁵⁷. Un véritable contrôle juridictionnel des mesures d'urgence, assuré par des tribunaux indépendants, oblige le gouvernement à prouver de manière convaincante que les mesures respectent les principes de nécessité et de proportionnalité.

88. Le contrôle juridictionnel devrait être assuré de préférence par la Cour constitutionnelle ou, à défaut, par la Cour suprême ou par une chambre spéciale de cette Cour habilitée à ordonner des mesures provisoires, à la demande soit d'un nombre substantiel de députés de la minorité, soit du chef de l'État⁵⁸. Les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs devraient contrôler les décisions pertinentes.

89. En outre, le système judiciaire doit continuer d'assurer le droit à un procès équitable. Il ne devrait pas y avoir de restriction au fonctionnement de la justice, sauf en cas de nécessité absolue ou si ce fonctionnement est impossible dans les faits.

c. Contrôle par le Médiateur ou par les institutions nationales de droits de l'homme

90. Puisqu'elles ont pour mission de promouvoir et de protéger les droits de l'homme⁵⁹, les institutions du Médiateur dans les pays où elles existent, et les institutions nationales de droits de l'homme⁶⁰ peuvent jouer un rôle crucial en pointant les problèmes de droits de l'homme en période d'urgence et en aidant les citoyens affectés par les mesures d'urgence. Elles peuvent donc compléter utilement le contrôle parlementaire et le contrôle juridictionnel.

d. Suivi assuré par les médias

91. Outre le contrôle parlementaire et juridictionnel, le suivi assuré par des médias libres est essentiel. Les principes de nécessité et de proportionnalité appellent à n'activer et appliquer qu'avec la plus grande prudence les mesures qui affectent la liberté des médias (voir plus haut).

⁵⁵ CDL-STD(1995)012, *Les pouvoirs d'exception – Science et technique de la démocratie* n° 12 (1995), p. 29.

⁵⁶ Voir, parmi d'autres exemples :

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-025.html>

<https://gjk-ks.org/en/decisions-from-the-review-sessions-held-on-30-and-31-of-march-2020/>

<http://www.raadvanstate.be/?page=news&lang=fr>

<https://prishtinainsight.com/government-decision-restricting-movement-ruled-unconstitutional/>

⁵⁷ CDL-AD(2008)004, Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées, par. 253.

⁵⁸ CDL-AD(2015)037, Premier avis sur les projets d'amendements de la Constitution de la République d'Arménie (chapitres I à VII et 10), par. 118.

⁵⁹ CDL-AD(2019)005, Principes sur la protection et la promotion de l'institution du médiateur (« principes de Venise »).

⁶⁰ <http://ennhri.org/news-and-blog/covid-19-how-are-nhris-in-europe-responding/>

K. État d'urgence et élections

92. En temps normal, des élections doivent être organisées régulièrement. L'article 3 du Premier protocole additionnel à la CEDH affirme le droit fondamental de participer, à des intervalles raisonnables, à des élections libres sur le choix du corps législatif. L'article 25 b) du PIDCP affirme le droit fondamental de prendre part à des élections périodiques. Le report d'élections, qui porte atteinte à ce caractère régulier, doit être prévu par la loi, nécessaire compte tenu des circonstances, et proportionné.

93. Selon la jurisprudence de la Cour eur. DH, l'article 3 du Premier protocole additionnel à la CEDH n'est en principe pas applicable aux élections locales⁶¹. Le droit de prendre part à des élections locales ou régionales périodiques est protégé par la Charte européenne de l'autonomie locale et par les constitutions nationales. Les restrictions à ce droit doivent elles aussi respecter les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité.

94. Outre les élections tenues en fin de mandat, certaines situations peuvent entraîner des élections anticipées. Dans certains pays, c'est le cas lorsque le parlement n'est pas parvenu, au terme d'un long délai, à former un gouvernement ou à adopter le budget de l'État. Des élections anticipées peuvent aussi se tenir dans d'autres cas, par exemple à la demande du gouvernement ou du président. La décision d'organiser des élections anticipées peut être due à l'incapacité des partis parlementaires à coopérer, ou à des considérations plus larges englobant des motivations politiques. Les élections anticipées ne portent pas atteinte au droit fondamental, mentionné ci-dessus, de participer à des élections à intervalles réguliers. Elles peuvent être rendues nécessaires par l'incapacité du parlement à accomplir ses missions, y compris l'absence de gouvernement.

95. L'article 15 CEDH et l'article 4 PIDCP autorisent à déroger à l'obligation de garantir la plupart des droits fondamentaux, dont les droits électoraux, en temps de guerre ou si « un danger public exceptionnel menace la vie de la nation ». Ces circonstances peuvent être suscitées par une guerre ou un autre conflit armé, des attentats terroristes de grande ampleur, des catastrophes naturelles ou une épidémie.

96. Pareilles circonstances peuvent mettre à mal l'équité des élections. Pour qu'un scrutin respecte les grands principes énoncés dans le *Code de bonne conduite en matière électorale*⁶² – c'est-à-dire qu'il soit égal, universel, libre, secret et direct –, il doit être possible non seulement de voter, mais aussi de bénéficier d'une campagne électorale ouverte et équilibrée. Une véritable campagne, accompagnée d'un réel débat public, est aussi essentielle à des élections démocratiques que la possibilité de voter. Comme la Commission de Venise l'a déjà indiqué, « la tenue d'élections démocratiques et donc l'existence même de la démocratie ne sont pas possibles sans respect des droits de l'homme, et tout particulièrement de la liberté d'expression et de la presse, ainsi que de la liberté de réunion et d'association à des fins politiques, y compris par la création de partis politiques. Le respect de ces libertés est notamment indispensable pendant les campagnes électorales. Les restrictions à ces droits fondamentaux doivent être conformes à la Convention européenne des droits de l'homme et, plus généralement, à l'exigence qu'elles aient un fondement juridique, soient dans l'intérêt général et respectent le principe de proportionnalité »⁶³. Les principes électoraux fondamentaux risquent également d'être compromis par l'état d'urgence, en particulier le principe de l'égalité des chances et la

⁶¹ Cour eur. DH, *Cherepkov c. Russie* (déc.), n° 51501/99, 25 janvier 2000.

⁶² CDL-AD(2002)023-rev2-cor, *Code de bonne conduite en matière électorale : lignes directrices* (19 octobre 2002).

⁶³ CDL-AD(2002)023-rev2-cor, *Code de bonne conduite en matière électorale : lignes directrices* (19 octobre 2002), par. 60.

liberté des électeurs de se forger une opinion. Il est en outre évident que les résultats d'un scrutin pourraient ne pas être démocratiques s'il est dérogé à certains des droits civils et politiques⁶⁴.

97. Aucun principe général n'impose d'éviter les élections sous état d'urgence et de les reporter jusqu'au retour à la normale.⁶⁵ Dans de nombreux États, la constitution interdit expressément la dissolution du parlement en situation de guerre (application de la loi martiale) ou d'état d'urgence⁶⁶. Plusieurs constitutions prévoient qu'une telle situation impose ou permet le report d'élections, par exemple par prolongation de la législature (Croatie, Italie, Allemagne, Grèce, Pologne, Lituanie, Slovaquie, Espagne, Hongrie et Canada). De même, une situation d'urgence peut interdire la dissolution du parlement (Allemagne, Espagne, Portugal, Pologne, Hongrie, Russie). En Turquie, un état de guerre déclaré entraîne le report des élections (article 78 de la Constitution⁶⁷). En Estonie, pendant l'état d'urgence ou l'état de guerre, il ne peut y avoir d'élection du parlement, du Président de la République ou des assemblées représentatives des collectivités locales, et il ne peut être mis fin à leur mandat. Les mandats du parlement, du Président et des assemblées locales sont prorogés s'ils prennent fin durant l'état d'urgence ou l'état de guerre ou dans les trois mois qui suivent la fin de l'état d'urgence. Dans ce cas, de nouvelles élections ont lieu dans les trois mois à compter de la fin de l'état d'urgence ou de guerre⁶⁸.

98. Le report des élections doit être prévu par la loi. En l'absence de loi d'urgence et si un tel report n'est pas prévu, la situation de fait peut exiger le report d'élections, en particulier si la liberté de mouvement ou l'accès aux informations sont fortement limités. Le *Code de bonne conduite en matière électorale* indique que le droit électoral ne devrait pas pouvoir être modifié moins d'un an avant une élection, sauf sur des aspects techniques. Ce principe ne doit pas être interprété comme excluant que le parlement fournisse, même en situation d'état d'urgence, une base juridique au report des élections, si une telle disposition est absente. Lorsque des élections s'avèrent impossibles en pratique, on ne saurait exiger leur maintien uniquement parce que la loi n'a pas prévu assez tôt la possibilité d'un report.

99. Dans une situation d'urgence, par nature exceptionnelle, on peut supposer que les grandes préoccupations de la société s'éloignent fortement des thèmes qui devraient être débattus pour élire l'assemblée législative pour tout un mandat. Ainsi, même si une campagne électorale peut rester possible pendant l'état d'urgence, reporter les élections peut favoriser le débat approfondi nécessaire à des élections libres et équitables.

100. La suspension des droits électoraux n'est tolérable que dans la mesure requise par la situation ; elle doit donc satisfaire au critère de proportionnalité⁶⁹. La décision de reporter des élections doit reposer sur des circonstances spécifiques et peut avoir des effets différents selon les cas (conflit armé ou violences importantes entre groupes de la société, épidémie ou pandémie, catastrophe naturelle). Des circonstances différentes ont un impact différent sur d'autres droits et libertés fondamentaux, sur le degré de peur et sur l'étendue de la pluralité de fait au sein de la société. La tenue d'un débat pluraliste et démocratique reste plus facilement possible en cas de catastrophe naturelle ou de pandémie ; en général, les élections démocratiques sont exclues en cas de conflit armé.

⁶⁴ CDL-AD(2017)005, par. 34.

⁶⁵ Des élections ont été organisées dans plusieurs États pendant la pandémie de Covid-19 : <http://electionguide.org/>.

⁶⁶ CDL-AD(2007)037, par. 14.

⁶⁷ CDL-AD(2017)005, par. 31.

⁶⁸ Article 131 de la Constitution estonienne.

⁶⁹ Voir par ex. CDL-AD(2015)036, mentionnant la Recommandation 375 (2015) du Congrès, paragraphe 19 vi). Voir aussi le Rapport du Congrès sur les critères pour se présenter aux élections locales et régionales, G/2015(28)7FINAL, 26 mars 2015.

101. La liste des aspects à prendre en compte pour décider du report d'élections est longue. La première de ces questions est que, comme indiqué précédemment, il existe un large champ d'abus. Un état d'urgence peut être déclaré ou prolongé, et même non déclaré, pour des raisons politiques partisans, plutôt que pour les besoins objectifs de la situation. Cela s'explique, généralement, par la concentration des pouvoirs entre les mains du gouvernement, mais aussi par la volonté d'éviter des résultats qui s'annoncent défavorables au gouvernement au pouvoir ou aux candidats sortants. Lorsque les élections à venir augurent un changement d'équilibre au parlement, les partis politiques au pouvoir peuvent être tentés de déclarer l'état d'urgence et de reporter les élections uniquement pour conserver le pouvoir.

102. Contre ce type d'abus, il convient de prévoir plusieurs mesures⁷⁰.

- a. Il devrait y avoir un contrôle juridictionnel par un tribunal national indépendant et impartial, dans l'idéal la Cour constitutionnelle si elle existe. Même en cas de dérogation à la CEDH en vertu de l'article 15 de la Convention, la Cour eur. DH reste compétente pour évaluer la situation dans le pays et la nécessité de déclarer une dérogation aux droits de l'homme, dont les droits électoraux. Le respect du principe de proportionnalité garantit que les restrictions aux droits électoraux sont conformes à l'État de droit. Toutefois, en raison de la règle des recours internes, la Cour européenne des droits de l'homme ne sera probablement saisie d'une affaire pertinente que plusieurs mois, voire plusieurs années, après l'événement.
- b. Avant le report des élections ou, si les circonstances le permettent, la promulgation de l'état d'urgence, l'ensemble des partis politiques et des autres parties prenantes devraient être associés à la discussion.
- c. La loi peut limiter dans le temps le report des élections et prévoir qu'elles se tiennent malgré l'état d'urgence si ce dernier se prolonge, par exemple s'il dure plus d'un an.
- d. La majorité qualifiée au parlement peut être requise pour décider le report des élections, afin que ce report fasse l'objet sinon d'un consensus, du moins d'une large acceptation au sein de la société.

103. La deuxième question concerne l'impact de la situation factuelle sur les possibilités et les moyens à disposition pour mener le type de campagne habituelle pour ce type de scrutin dans le pays en question. Sous état d'urgence, le porte-à-porte ou les rassemblements publics peuvent être fortement limités. Il convient d'apprécier dans quelle mesure ce manque peut être compensé par les médias publics ou privés et par l'usage d'internet, y compris les réseaux sociaux. Si dans le pays concerné, les campagnes passent avant tout par les réseaux sociaux, la télévision, la radio et la presse, les restrictions aux rassemblements peuvent avoir moins d'importance. En particulier lors des élections nationales, l'utilisation des nouvelles technologies est de plus en plus fréquente par rapport aux rassemblements. Le rôle des médias électroniques traditionnels (radio et télévision) est également accru dans ce type de situation : une attention particulière devrait être accordée au devoir de neutralité des autorités, ainsi qu'à l'obligation des radiodiffuseurs de couvrir les campagnes électorales de manière équitable, équilibrée et impartiale dans l'ensemble de leurs services de programmes, conformément à la Recommandation CM/Rec(2007)15 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures concernant la couverture médiatique des campagnes électorales. Un problème particulier se pose en effet si les médias publics contrôlés par le gouvernement sont en position dominante.

104. La troisième question concerne les frais de campagne. Si la campagne électorale avait déjà commencé avant la survenue des circonstances extraordinaires, il est possible que les candidats et partis politiques aient déjà dépensé des sommes considérables pour leurs activités de campagne. Si tel est le cas, plutôt que de reporter les élections, et donc d'exiger des candidats qu'ils recommencent à faire campagne depuis le début, il serait peut-être préférable de

⁷⁰ CDL-AD(2007)007, par. 42.

poursuivre les processus électoraux (si possible) pour éviter d'autres effets négatifs et des obligations monétaires pour les parties prenantes.

105. Quatrièmement, si le premier tour du scrutin a déjà eu lieu et si les circonstances extraordinaires surviennent avant le second tour, il se peut que les candidats aient déjà terminé leur campagne ou fini de la payer. Le soutien aux hommes politiques, en particulier à ceux qui sont au pouvoir, peut augmenter ou diminuer considérablement selon la manière dont ils sont perçus pour gérer la crise. Le report d'un second tour de scrutin – s'il s'agit d'un report de plusieurs mois – peut alors laisser en lice des candidats qui s'avèrent, une fois l'urgence surmontée, moins soutenus que d'autres personnalités politiques. Dans de telles circonstances, la légitimité du second tour organisé des mois après le premier tour pourrait être discréditée par la nécessité de répéter une grande partie des activités de campagne. D'autres politiciens en devenir seraient exclus de ces processus électoraux, même si les sondages d'opinion montrent un niveau de soutien plus élevé en leur faveur. La légitimité de ces processus électoraux serait sapée. Il peut en être de même pour les processus électoraux tels que les élections présidentielles aux États-Unis, où les candidats sont élus dans différents États pendant une période relativement courte et où un arrêt du processus pendant des mois compromettrait l'ensemble des résultats.

106. Une cinquième question concerne la sécurité du personnel organisant les élections et celle des membres des commissions électorales, notamment le jour du scrutin et lors du dépouillement⁷¹. Les circonstances exceptionnelles peuvent mettre en danger les organes de l'administration électorale. Il convient de tenir compte du potentiel d'automatisation des procédures électorales – dépouillement automatique des bulletins ou vote sur automates, par exemple. Le vote par internet, s'il est possible, réduirait fortement le besoin de présence physique du personnel électoral. En revanche, si les circonstances exceptionnelles ne concernent qu'une petite partie du pays, les risques pour le personnel électoral restent limités.

107. Sixièmement, il convient d'envisager différentes modalités de vote, comme le vote par correspondance, les urnes mobiles ou le vote en ligne. Si les électeurs ont la possibilité de se prononcer sans se rendre dans un bureau de vote, le scrutin peut se tenir sans risque élevé⁷². Si cela permet de réduire les risques, on peut également organiser le scrutin sur plusieurs jours au lieu d'un seul. Un tel choix, cependant, peut compliquer les mesures destinées à sécuriser les urnes et exposer à un risque accru le personnel de l'administration électorale.

108. Si le vote en ligne n'est en temps normal qu'une modalité de vote parmi d'autres, ne prévoir que cette modalité peut entraîner la participation des seuls électeurs qui y sont habitués, et une forte abstention chez les autres, notamment les plus âgés. Cela peut avoir un impact sur le résultat des élections. En pratique, les personnes qui votent en ligne et celles qui utilisent d'autres moyens ont globalement des préférences politiques différentes, même si le fait de prévoir le vote sur internet parmi d'autres options ne modifie pas l'issue du scrutin⁷³. Toutefois, si le vote en ligne devenait le seul autorisé, les électeurs âgés et appartenant à des populations vulnérables ne participeraient probablement pas, ce qui favoriserait les partis politiques soutenus par les électeurs des classes supérieure et moyenne supérieure.

⁷¹ Voir par exemple un document de l'IFES (Fondation internationale pour les systèmes électoraux), *Guidelines and Recommendations for Electoral Activities During the COVID-19 Pandemic*, qui propose des mesures pour atténuer les risques liés à l'organisation d'activités électorales en personne : https://www.ifes.org/sites/default/files/guidelines_and_recommendations_for_electoral_activities_during_the_covid-19_pandemic_march_2020.pdf

⁷² Voir Robert Krimmer, David Duenas-Cid et Iuliia Krivonosova (2020), « New methodology for calculating cost-efficiency of different ways of voting: is internet voting cheaper? », *Public Money & Management*.

⁷³ Voir Mihkel Solvak, Kristjan Vassil (2016), *E-voting in Estonia: Technological Diffusion and Other Developments over Ten Years (2005-2015)*.

109. Le vote par procuration, régi par un cadre juridique clair, pourrait offrir aux personnes âgées et membres de groupes vulnérables une autre possibilité de voter sans devoir se rendre dans un bureau de vote.

110. Il est possible de prévoir des modalités de vote exceptionnelles pendant un état d'urgence. Là encore, la meilleure solution consiste à inscrire ces modalités dans le droit électoral à l'avance, en temps ordinaire. Généralement, les modalités de vote à elles seules ne peuvent avoir de fort impact sur l'issue des élections. Une modification du code électoral moins d'un an avant un scrutin peut être considérée comme conforme au *Code de bonne conduite en matière électorale*. Étant donné qu'en situation d'urgence, tous les principes électoraux ne peuvent être observés au même niveau qu'en temps normal (scrutin libre ou périodicité des élections, par exemple), le principe selon lequel les modifications du code électoral ne doivent s'appliquer qu'un an après leur adoption pourrait être mis de côté afin que le scrutin puisse se tenir. Cependant, de tels amendements tardifs ne pourraient être conformes aux pratiques européennes que si les éléments clés du principe du suffrage libre sont garantis, et si ces modalités spéciales restent conformes aux critères énoncés dans le *Code de bonne conduite en matière électorale*, I.3.2, et dans d'autres textes, par exemple la Recommandation CM/Rec(2017)5 du Comité des Ministres aux États membres sur les normes relatives au vote électronique.

111. Si elles prévoient des modalités de vote exceptionnelles ou restreintes, les institutions de l'État doivent proposer une formation aux électeurs, via les médias et les réseaux sociaux, afin que chacun sache utiliser les options qui ne lui sont pas familières.

112. Septièmement, la tenue d'élections en période d'urgence fait probablement baisser la participation⁷⁴. Le plus souvent, les électeurs qui ne participent pas aussi activement qu'en temps normal sont les personnes âgées et les populations les plus vulnérables (que ce soit lors d'un conflit armé ou d'autres situations d'urgence, comme une pandémie ou une catastrophe naturelle). Les administrations électorales doivent donc prévoir des mesures à l'attention de ces groupes vulnérables, comme des urnes mobiles, la possibilité de voter depuis son véhicule, ou le vote en ligne à l'aide des appareils les plus répandus.

113. S'il y a un seuil de participation, les entraves factuelles ou juridiques à la liberté de circulation dans le pays ou aux possibilités de vote depuis l'étranger doivent être prises en compte, puisque la situation pourrait entraîner l'invalidité des résultats.

114. Huitièmement, organiser un scrutin en situation d'urgence pourrait s'avérer plus coûteux pour les institutions de l'État que de reporter les élections, compte tenu des mesures spéciales probablement nécessaires pour des raisons de sécurité. Sous état d'urgence, le budget de l'État doit servir au maximum à faire face aux circonstances extraordinaires, et la tenue d'élections risque de relever du luxe.

115. Si des élections sont organisées pendant l'état d'urgence, des mesures particulières peuvent être nécessaires : allongement des différents délais, y compris pour le dépouillement des suffrages ; exemption de certaines exigences pour les candidats, comme la collecte de signatures (si elle n'est pas possible en ligne), etc. Comme expliqué plus haut, la meilleure solution consiste à intégrer ces mesures particulières au code électoral en amont, *in abstracto* ; cependant, des modifications tardives de la législation électorale uniquement applicables à un scrutin concret pourraient ne pas enfreindre les principes du droit électoral européen.

116. Si les élections ne sont pas reportées, cela entraînera probablement non seulement une baisse de la participation, mais aussi des difficultés pour contrôler le déroulement de l'élection,

⁷⁴ Voir *Elections and COVID-19*, International IDEA Technical Paper 1/2020, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/elections-and-covid-19.pdf>.

en particulier par la communauté internationale. En l'absence d'observateurs et sans procédures transparentes, les possibilités de fraude et de manipulation des résultats peuvent nettement s'aggraver. L'équité du scrutin peut toutefois être plus facilement garantie si l'administration électorale a une longue tradition d'indépendance et s'il existe des possibilités d'observation en ligne.

117. Le gouvernement et les autres parties prenantes peuvent éprouver certaines difficultés à lutter contre la mésinformation ou les infox. En situation d'urgence, ces dernières se répandent de façon accrue. Il convient d'accorder une attention particulière à ce problème lorsque des élections se tiennent sous état d'urgence.

118. Aucune règle générale ne dit quelle institution de l'État devrait avoir compétence pour décider de reporter des élections. Dans de nombreux pays, la constitution exclut la tenue d'élections sous état d'urgence. Lorsque cela est laissé à la discrétion d'une institution, la décision d'organiser ou non des élections peut être prise par le parlement, le président, le gouvernement ou une commission électorale de niveau supérieur. Vu l'importance de l'enjeu, il est recommandé que la décision revienne au parlement. Dans tous les cas, une disposition prévoyant un report devrait figurer soit dans la constitution, soit dans une loi organique (par exemple la législation électorale). Si le report ne concerne qu'une partie du pays, ou s'il ne retarde les élections que de peu (moins de deux mois), la décision peut être prise par l'administration électorale ou par le gouvernement ; par contre, au-delà de six mois, le report devrait être décidé par l'organe législatif. Pour le report d'élections à une échéance lointaine, une option serait de prévoir la majorité qualifiée au parlement. Quel que soit le choix de l'État de traiter la question, une seule institution devrait avoir compétence pour décider sur ce sujet. Les différentes parties prenantes, notamment les partis politiques, les organes de gestion des élections et les experts (par exemple en cas de pandémie, les autorités sanitaires) doivent être consultés au préalable.

119. Le report d'élections entraîne une certaine baisse de légitimité du parlement. Le parlement devrait donc s'abstenir d'adopter des amendements à la constitution ou aux lois organiques, ou d'autres réformes importantes suscitant un débat politique, si elles ne sont pas nécessaires au retour à une situation normale.

120. Vu les difficultés à garantir une campagne et un débat public libres sur les réformes ayant des effets à long terme, les référendums, en particulier s'ils concernent la constitution, devraient être reportés après la fin de l'état d'urgence. La tenue d'un référendum enfreindrait les normes européennes inscrites dans le *Code de bonne conduite en matière référendaire*⁷⁵.

III. Conclusion

121. Des pouvoirs d'exception conformes à l'État de droit s'accompagnent de garanties contre les abus, à savoir les principes de nécessité, de proportionnalité et de caractère temporaire. Le respect de ces principes doit faire l'objet d'un contrôle parlementaire effectif et non partisan, ainsi que d'un véritable contrôle juridictionnel assuré par des tribunaux indépendants.

122. La dichotomie entre normalité et exception, sur laquelle repose la déclaration d'état d'urgence, n'est pas nécessairement – et peut parfaitement ne pas être – synonyme d'une dichotomie entre lutte active contre le danger et constitutionnalisme démocratique, ni entre la protection de la santé publique et l'État de droit.

⁷⁵ CDL-AD(2007)008rev-cor.