

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

(VENICE COMMISSION)

**Droits de l'homme et fonctionnement des
institutions démocratiques
dans des situations d'urgence**

Wroclaw, 3-5 octobre 1996

TABLE DES MATIERES

a. Allocution d'ouverture par M. Roman DUDA.....	2
b. Allocution d'ouverture par M. Ergun ÖZBUDUN	4
c. Allocution d'ouverture par M. Takeshi GOTO	7
PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL	8
«Les règles nationales»	8
a. Pouvoirs d'exception et contrôle juridictionnel par M. Ergun ÖZBUDUN	8
b. Les pouvoirs d'exception dans les constitutions des états de l'europe centrale et orientale par M. Krzysztof WÓJTOWICZ.....	16
Deuxieme séance de travail.....	27
«Les règles nationales (suite)»	28
a. Réflexion sur les conditions préalables pour parler d'un régime d'urgence dans la démocratie par M. Yoichi HIGUSHI	29
b. Les dispositions nationales en Allemagne par M. Theodor SCHWEISFURTH.....	32
c. Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence: la constitution espagnole par M. Jaime NICOLÁS MUÑIZ.....	46
d. Les règles relatives aux situations d'urgence en Hongrie par M. János ZLINSZKY	55

e. La constitution grecque et la gestion des crises par M ^{me} Ismini KRIARI-KATRANI	61
f. Règles applicables en Roumanie aux situations d'urgence par M. Petru GAVRILESCU	76
g. Les dispositions nationales dans la Fédération de Russie par M. Yuri KOUDRYAVTSEV	79
h. Les dispositions nationales dans la République du Bélarus par M. Alexandre VACHKEVITCH	85
i. Quelques réflexions sur la suspension des droits fondamentaux lors de situations d'exception en droit italien par M. Giuseppe CATALD	87
j. Situations d'exception en Arménie par M. Khatchig SOUKIASSIAN	89
Troisième séance de travail	95
«Situations d'urgence dans les instruments juridiques internationaux»	95
a. Les règles applicables aux pouvoirs d'exception dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme par M. Jan KOLASA	96
b. Situations d'urgence: la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme par M. Francis JACOBS	117
c. Quelques réflexions sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme par M. Giuseppe CATALDI	130
Rapport final	132
«Le droit international coutumier»	132
a. La protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier par M. Jaime ORAÁ	132
Liste des participants	185

OUVERTURE DU SEMINAIRE

- a. Allocution d'ouverture
par M. Roman DUDA
- b. Allocution d'ouverture
par M. Ergun ÖZBUDUN
- c. Allocution d'ouverture
par M. Takeshi GOTO

a. Allocution d'ouverture par M. Roman DUDA

Professeur à l'Université de Wrocław

C'est vraiment pour moi un grand honneur et un grand plaisir que de participer à la cérémonie d'ouverture du séminaire consacré aux «Droits de l'homme et [au] fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence»,

organisé par la Commission européenne pour la démocratie par le droit. Au nom de toute l'université de Wrocław, et notamment de son Conseil, je tiens à saluer chaleureusement toutes les éminentes personnalités qui participent au séminaire, qu'il s'agisse des membres de la Commission ou des invités, et plus particulièrement:

- le Professeur Jerzy Makarczyk, juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme;
- M^{me} Jane Liddy, Présidente de la Première Chambre de la Commission européenne des Droits de l'Homme;
- M. Mevljan Tahiri, membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Je suis également heureux d'accueillir des représentants des collectivités locales:

- le Professeur Janusz Zaleski, Voïvode de la Voïvodie de Wrocław;
- M. Zygfryd Zaporowski, Vice-maire de la ville de Wrocław;
- M. Jerzy Barański, Président de la Commission juridique du Conseil municipal de Wrocław;
- M. Tadeusz Głuszczyk, Président de la Banque Zachodni S.A., à Wrocław;
- le Professeur Leon Kieres, Président du Gouvernement autonome.

Le Conseil de l'Europe, qui existe depuis 1949 et dont la Pologne est membre depuis 1992, constitue la seule organisation paneuropéenne qui ait des objectifs universels et qui œuvre sans relâche pour la coopération et l'intégration des Etats membres. Le Conseil compte à son actif de nombreuses réalisations spectaculaires, notamment dans le domaine des droits de l'homme. Ce qui est particulièrement important pour nous c'est le fait que, depuis 1989, il soutient les pays d'Europe centrale et orientale dans leur transition vers l'économie de marché et la démocratie. A cet égard, la Commission européenne pour la démocratie par le droit est des plus actives et des plus utiles.

Ce n'est pas la première fois que la Commission se réunit dans notre pays. La première fois, c'était à Varsovie en 1993, et maintenant nous avons l'honneur et le plaisir d'accueillir dans cette vieille cité européenne la deuxième réunion.

Permettez-moi de dire à cette occasion quelques mots au sujet de notre université, de son histoire ancienne et dramatique. Dès 1505, Ladislaus II Jagiel_o, roi de Bohême et de Hongrie, a signé l'acte fondateur de l'université qui n'a cependant été suivi d'aucun développement réel de celle-ci. Les frontières de l'Etat ne cessaient de changer et ce n'est qu'en 1702 que l'Empereur d'Autriche Leopold I^{er} a créé une académie jésuite dotée de deux facultés: philosophie et théologie. Le magnifique bâtiment principal de notre université remonte à cette époque, bien que l'université dans son ensemble n'ait été établie que plus tard, en 1811, lorsque l'université protestante Viadrina (fondée en 1506), qui se trouvait à Francfort-sur-l'Oder, a été transférée ici par le roi de Prusse. Malgré son caractère allemand, l'université était une oasis d'ouverture et de tolérance et elle attirait de nombreux étudiants polonais, surtout de Silésie et de Wielkopolska, qui faisaient alors partie de la Prusse. La situation a changé à nouveau pendant la Seconde Guerre mondiale. En juin 1939, à l'aube de la guerre, les étudiants polonais ont été expulsés «pour ne jamais revenir» mais ils sont revenus assez rapidement. En janvier 1945, l'université allemande a été évacuée et, après trois mois de siège, des professeurs polonais de l'université de Lvov sont arrivés à Wroclaw pour organiser une nouvelle université polonaise. Maintenant, nous sommes l'une des universités les plus grandes et les plus importantes du pays, avec 1 600 enseignants et 26 000 étudiants.

J'espère que ce séminaire sera une réussite et qu'en dehors des réunions vous aurez aussi la possibilité de voir la ville. Permettez-moi de vous souhaiter à tous un séjour agréable et intéressant à Wroclaw.

b. Allocution d'ouverture par M. Ergun ÖZBUDUN

Professeur à l'Université Bilkent, Ankara, Vice-Président de la Fondation turque pour la Démocratie, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

La Commission européenne pour la démocratie par le droit est particulièrement heureuse que l'Institut de droit public de l'université de Wroclaw lui ait permis d'organiser son séminaire ici, à Wroclaw. En fait, ce n'est pas la première fois que nous avons l'occasion de coopérer avec la Faculté de droit de l'université de Wroclaw. Il y a trois ans, en mai 1993, l'université de Wroclaw était déjà l'un des co-organisateurs d'un séminaire Unidem sur les rapports entre le droit international et le droit interne. Ce séminaire n'a pas eu lieu ici à Wroclaw, mais à Varsovie, et c'est pourquoi nous avons seulement maintenant le plaisir de découvrir cette magnifique vieille ville et son université.

Le séminaire précédent nous avait cependant déjà permis d'apprécier le haut niveau de cette faculté de droit, aussi avons-nous été extrêmement heureux que l'Institut de droit public propose d'accueillir notre séminaire Unidem sur les droits

de l'homme et le fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence. Ce thème, l'un des premiers traités par notre Commission, avait abouti à la petite publication que vous avez trouvée dans vos dossiers, et nous cherchions alors un sponsor pour accueillir un séminaire concluant nos travaux à ce sujet.

Pourquoi notre Commission a-t-elle choisi de traiter ce thème? La plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe et de notre Commission n'ont heureusement pas été contraints de recourir ces dernières années à des mesures d'urgence. Il pourrait donc sembler à première vue que ce thème soit plutôt théorique et sans portée pratique. Pourtant, rien ne pourrait être plus loin de la vérité. Par définition, le problème des pouvoirs d'urgence surgit dans des situations de crise et, heureusement, de telles situations sont exceptionnelles. Cependant, lorsqu'elles apparaissent, elles sont d'autant plus importantes et les enjeux sont particulièrement sérieux. En fait, n'importe quel système politique peut fonctionner de manière relativement harmonieuse en temps de paix civile et de prospérité mais, là où l'on peut vraiment le juger, c'est dès qu'il est confronté à une crise. Il est donc indispensable de donner au système démocratique les outils nécessaires pour faire face aux situations de crise. Il serait irréaliste de s'attendre à ce que les démocraties ne se trouvent jamais devant des situations de crise et il serait dangereux de compter sur la possibilité d'un fonctionnement inchangé de leurs institutions démocratiques. En fait, de par leur nature même, les procédures dans les démocraties sont complexes et nécessitent la mise en balance de nombreux intérêts. Dans des situations de crise, qu'il s'agisse de la guerre, de troubles civils ou de catastrophes naturelles, il est essentiel de prendre des décisions rapides qui peuvent revêtir une importance cruciale et, malheureusement, il est souvent nécessaire de restreindre temporairement des droits fondamentaux. Ne pas donner au système démocratique les outils nécessaires pour survivre en situation de crise, ce serait compromettre son existence même. D'un autre côté, la crise peut aussi être simplement un prétexte pour passer outre aux règles démocratiques habituelles, et le danger existe de voir un mécanisme de crise institué pour la défense de la démocratie être perverti et utilisé pour supprimer la démocratie.

Par conséquent, le système démocratique a besoin de règles qui lui permettent de fonctionner effectivement dans des situations de crise mais qui néanmoins ne sauraient être contraires aux règles fondamentales de la démocratie elle-même. Nous consacrerons donc notre séminaire, d'une part, à essayer de définir très précisément dans quelles conditions des règles d'urgence peuvent être appliquées dans un système démocratique et, d'autre part, à déterminer dans quelle mesure les règles habituelles peuvent être modifiées dans de telles situations sans que l'on renonce à ce qui constitue le noyau essentiel des réalisations démocratiques.

Il semble aussi très opportun que ce séminaire ait lieu dans un Etat d'Europe centrale et orientale. Les Etats d'Europe centrale et orientale sont tous passés, en très peu de temps, d'un régime de parti unique à la démocratie pluraliste. Il n'y a dans la région plus aucun pays qui se déclarerait encore ouvertement hostile aux valeurs démocratiques. En revanche, il ne faut pas perdre de vue le fait que le degré d'enracinement du système démocratique dans les sociétés d'Europe centrale et orientale diffère considérablement. La société polonaise est bien connue pour son amour viscéral de la liberté, mais on ne saurait en dire autant de tous les Etats d'Europe centrale et orientale. De plus, il est bien naturel qu'un système qui vient tout juste d'être mis en place ne soit pas aussi solidement implanté qu'un système établi depuis longtemps. Le risque de se trouver devant une situation de crise est donc bien plus grand en Europe centrale et orientale qu'en Europe occidentale. Il est donc tout à fait justifié que nous essayions de prévoir et d'examiner la réponse appropriée à des situations de crise dans les démocraties d'Europe centrale et orientale avant qu'une telle crise ne se produise. Dans nos discussions relatives au droit national, nous mettrons donc particulièrement l'accent non seulement sur l'Europe de l'Ouest, comme dans mon rapport, mais aussi sur l'Europe de l'Est, dans le rapport du Professeur Wójtowicz ainsi que dans les brefs exposés nationaux dont la moitié concerneront l'Europe de l'Est.

Il y a toutefois un autre aspect qui rend ce thème particulièrement intéressant pour le juriste: c'est le fait qu'il concerne non seulement le droit constitutionnel national mais aussi le droit international. Il y a peu de domaines où le droit national et le droit international se chevauchent à ce point; et tant la question des conditions de mise en place des mesures d'urgence que celle des restrictions éventuelles des droits de l'homme dans des situations d'urgence sont régies par les principaux traités internationaux en matière de droits de l'homme. Vous entendrez donc demain les rapports du Professeur Kolasa et de M. Jacobs sur les traités internationaux en matière de droits de l'homme et leur application pratique; et il est vraiment frappant de voir dans quelle mesure les différents traités ont trouvé des solutions analogues aux mêmes problèmes. Il est évident que les rédacteurs des principaux traités en matière de droits de l'homme, comme la Convention européenne, ont été très conscients du fait que la valeur d'un système de protection des droits de l'homme ne peut se mesurer qu'à son mécanisme de crise et qu'ignorer cet aspect ce serait laisser la porte ouverte à l'effondrement de tout le système. C'est pourquoi ils ont traité le problème des pouvoirs d'urgence de manière tout à fait similaire et cette similarité, qui a aussi beaucoup de points communs avec la manière dont cette même question est traitée en droit interne, conduit naturellement au thème du rapport final de notre séminaire: la question de savoir si certaines règles de protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence font déjà partie du droit international coutumier. Le Professeur Oraá, qui est aussi l'auteur d'un ouvrage capital à ce sujet, a traité ce thème dans son brillant rapport et il est manifestement de la plus haute importance de savoir s'il

existe des règles protectrices applicables en vertu du droit international coutumier dans tous les Etats que ceux-ci soient ou non parties à un traité spécifique. Notre dernière séance abordera donc la question de savoir s'il existe un noyau universel commun de droits de l'homme protégés dans des situations d'urgence.

Il serait absolument inopportun de traiter cette question uniquement dans une perspective purement européenne. Je suis donc particulièrement heureux que le soutien financier apporté par la «Japan Foundation» ait permis aussi à des universitaires non européens d'être présents ici à notre séminaire, notamment le Professeur Higushi de Tokyo qui nous apportera quelques éclaircissements concernant la manière dont notre problème est abordé au Japon. J'aimerais donc conclure en remerciant la «Japan Foundation» et la Commission européenne dont l'appui financier nous ont permis d'inviter la plupart des participants étrangers qui sont ici aujourd'hui.

c. Allocution d'ouverture par M. Takeshi GOTO

Consul, Consulat Général du Japon à Strasbourg, Observateur auprès de la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit

Je suis heureux que la «Japan Foundation» soit en mesure de soutenir ce séminaire UniDem sur les droits de l'homme et le fonctionnement des institutions démocratiques dans les situations d'urgence.

Il va sans dire que l'instauration de la démocratie, des droits de l'homme, de la prééminence du droit et d'une économie de marché dans les pays d'Europe centrale et orientale a été une des questions les plus importantes pour le monde depuis la chute du mur de Berlin. Le Conseil de l'Europe et notamment la Commission européenne pour la démocratie par le droit, ont joué un rôle historique à cette fin. Le gouvernement de mon pays partage pleinement les valeurs du Conseil de l'Europe. C'est ainsi que mon gouvernement, outre l'octroi d'une assistance bilatérale à ces Etats, tient à soutenir le Conseil de l'Europe en tant qu'instance naturelle pour la discussion et l'échange d'idées en vue d'instaurer la sécurité démocratique en Europe et de contribuer à la paix et à la stabilité dans le monde.

Je crois savoir que la Commission de Venise jouit d'une position originale dans le cadre du Conseil de l'Europe en ce sens qu'elle est composée d'éminents spécialistes du droit international et du droit constitutionnel et qu'elle accorde une assistance efficace et pratique aux pays d'Europe centrale et orientale dans le domaine de la constitution et d'autres lois importantes. Mon prédécesseur et moi-même avons été associés aux activités de la commission en tant qu'observateurs pendant plus de trois ans et nous avons toujours été impressionnés par son travail.

Dans ce contexte, le Japon a déjà participé à certains séminaires dans le cadre d'UniDem, entre autres celui consacré au rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit qui s'est tenu à Bucarest en 1994 et celui traitant de la justice constitutionnelle et la démocratie référendaire qui a eu lieu à Strasbourg en 1995. Je suis heureux que le professeur Higushi, un des plus éminents spécialistes japonais du droit constitutionnel, qui a pris part au séminaire de l'année dernière, soit à nouveau présent à celui d'aujourd'hui. J'espère que sa contribution stimulera la discussion et que la réunion offrira l'occasion d'un échange de vues et d'un dialogue constructif et positif qui profitera à tous les participants.

En conclusion, je tiens à dire une nouvelle fois combien mon pays est heureux de pouvoir s'associer à ce projet visant à renforcer la sécurité démocratique en Europe. Je souhaite que le séminaire soit couronné de succès.

PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL

«Les règles nationales»

- a. Pouvoirs d'exception et contrôle
juridictionnel
par M. Ergun ÖZBUDUN

- b. Les pouvoirs d'exception dans les
Constitutions des Etats de l'Europe centrale
et orientale
par M. Krzysztof WÓJTOWICZ

a. Pouvoirs d'exception et contrôle juridictionnel par M. Ergun ÖZBUDUN

Professeur à l'Université Bilkent, Ankara, Vice-Président de la Fondation turque pour la Démocratie, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Comment concilier un régime constitutionnel et la primauté du droit avec des crises menaçant la sécurité publique et même, parfois, l'existence de l'Etat, voilà l'une des questions les plus passionnantes qui puissent se poser en droit public. Selon Carl J. Friedrich, ce problème, de longue date, «défie l'ingéniosité des meilleurs cerveaux» parmi les spécialistes du droit public¹. Clinton Rossiter¹,

¹ Carl J. Friedrich, *Constitutional Reason of State: The Survival of the Constitutional Order* (Providence, R.I.: Brown University Press, 1957), p. 108.

Frederick Watkins², Carl Schmitt³, Edward Corwin et Hans Kelsen⁴ font partie des éminents spécialistes qui ont enrichi ce débat. En résumant le débat, John Finn conclut que «peu nombreux sont ceux d'entre nous qui doutent que les Etats ne prennent toutes les mesures jugées nécessaires pour assurer leur survie. Les gouvernements démocratiques sont rarement disposés, par prudence politique, à mettre en péril leur survie, en période de crise, par respect pour une conception généreuse des libertés individuelles. Quelle que soit la logique des théories politiques auxquelles souscrivent les gouvernements, les dures réalités de la nécessité priment les libertés et droits individuels»⁵. Cette conclusion est essentiellement la même que la thèse de Locke, selon laquelle «une stricte observation des lois peut [dans certains cas] être néfaste». L'exécutif doit avoir le pouvoir d'agir «souverainement, pour le bien public, sans se conformer au droit, parfois même en allant à son encontre»⁶.

Cet argument, dans quelque mesure qu'il puisse être dicté par des impératifs politiques, n'en laisse pas moins en suspens de nombreuses questions juridiques. Par exemple, une situation d'urgence peut-elle justifier la suspension de toute la constitution ou seulement de certaines de ses parties? Un régime d'exception peut-il s'instaurer dans le silence de la constitution? Des restrictions effectives, assorties de mesures coercitives, peuvent-elles être imposées à l'usage des pouvoirs d'exception? C'est plus particulièrement cette dernière question qui nous occupe, mais voyons brièvement, tout d'abord, ce qu'il en est des deux premières.

En ce qui concerne le premier problème, on peut supposer que la suspension complète d'une constitution en raison d'une situation d'urgence est une contradiction en soi, car en pareil cas le ou les individus usant des pouvoirs d'exception se privent eux-mêmes du statut et de l'autorité constitutionnels. Finn

¹ *Constitutional Dictatorship* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1948).

² *The Failure of Constitutional Emergency Powers Under the German Republic* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1939).

³ *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trans. Ellen Kennedy (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1985).

⁴ *Mon propos n'est pas de débattre la question de la justification philosophique des pouvoirs d'urgence. Les opinions des auteurs susmentionnés, de même que son propre et important apport, ont été fort bien étudiés par John E. Finn dans *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law* (New York-Oxford: Oxford University Press, 1991), en particulier dans le chapitre 1.*

⁵ Finn, *Constitutions*, p. 15.

⁶ Cité par Finn, *Constitutions*, p. 17.

soutient avec raison que «si nous suspendons la constitution, le statut des administrations et des institutions qu'elle crée en devient problématique. Un magistrat qui revendique la prérogative de Locke, c'est-à-dire le pouvoir de suspendre la constitution, risque de raisonner par l'absurde en disant: "un magistrat reconnu comme tel par les critères énoncés dans cette constitution a le pouvoir d'agir en contradiction avec la constitution". Un magistrat au sens strict du terme ne peut avoir un tel pouvoir»¹. En fait, la plupart des constitutions modernes disposent formellement que les caractéristiques structurelles fondamentales de l'Etat restent intactes même dans une situation d'urgence. C'est ainsi que la Constitution portugaise, modifiée en 1989 (article 19 paragraphe 7) stipule que «La déclaration d'état de siège et d'état d'urgence ne peut modifier la normalité constitutionnelle que dans les conditions prévues par la Constitution et par la loi. Elle ne peut notamment remettre en cause l'application des normes constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes de souveraineté et du gouvernement des régions autonomes ou les droits et immunités de leurs membres». De même, conformément à l'article 116 paragraphe 5 de la Constitution espagnole, «On ne pourra pas procéder à la dissolution du Congrès aussi longtemps que sera en vigueur l'état d'alerte, l'état d'exception ou l'état de siège. Les chambres seront automatiquement convoquées au cas où elles ne seraient pas en session. Leur fonctionnement, ainsi que celui des autres pouvoirs constitutionnels de l'Etat, ne pourra pas être interrompu tant que seront en vigueur les états mentionnés». En Allemagne, en vertu de la Loi fondamentale, la dissolution du Bundestag n'est pas possible pendant la durée de l'état de défense (article 115.h) et «il ne doit pas être porté atteinte au statut du Tribunal constitutionnel fédéral et à l'exercice des attributions constitutionnelles de ce tribunal et de ses membres» (article 115.g). En France, l'article 16 de la Constitution de la V^e République accorde au Président de la République des pouvoirs exceptionnels non précisés, étant entendu que le parlement se réunit de plein droit et que l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice de ces pouvoirs. Ainsi, bien que les situations d'urgence puissent entraîner et entraînent effectivement, d'ordinaire, certains transferts de compétences entre les rouages de l'Etat, en renforçant le plus souvent les attributions du pouvoir exécutif ou celles du gouvernement central dans un Etat fédéral, ces garanties constitutionnelles explicites assurent la pérennité des formes structurelles fondamentales de l'Etat démocratique.

Pour ce qui est de la seconde question, il faut y répondre par l'affirmative, car même en l'absence d'habilitation constitutionnelle explicite, le droit d'exercer des pouvoirs exceptionnels peut se déduire de la responsabilité primordiale dévolue à l'Etat pour assurer sa propre survie et veiller à la sécurité de ses citoyens. La

¹ Finn, *Constitutions*, p. 18, et Sotirios Barber, *On What the Constitutions Means* (Baltimore, Md.: John Hopkins University Press, 1984), p. 188.

Constitution des Etats-Unis, par exemple, ne mentionne pas particulièrement les situations d'urgence, sauf à l'article 1 paragraphe 9, qui suspend la procédure d'*habeas corpus* «lorsque la sécurité publique l'exige en cas de rébellion ou d'invasion». Il n'en reste pas moins que les spécialistes américains s'accordent à reconnaître que la Constitution autorise le recours à tout un éventail de pouvoirs d'exception.

En Suisse aussi, bien que la Constitution fédérale ne comporte aucune disposition explicite concernant l'état d'exception au sens ordinaire du terme, la doctrine constitutionnelle connaît trois possibilités pour l'exercice de pouvoirs exceptionnels. La première est celle du régime des pleins pouvoirs qui peut s'appliquer lorsque l'Assemblée fédérale n'est pas en mesure de se réunir ou que la procédure législative normale ne peut plus être suivie. En pareil cas, le Conseil fédéral est implicitement habilité à prendre toutes les mesures nécessaires, même si elles sont inconstitutionnelles, pour veiller à la sûreté du pays, au maintien de son indépendance et de sa neutralité, etc. Lorsque l'Assemblée fédérale est en mesure de se réunir, elle a le pouvoir de confirmer cet «état de nécessité» et d'accorder les pleins pouvoirs au Conseil fédéral. Ce régime n'a été appliqué que pendant les deux guerres mondiales. La deuxième consiste dans le «régime de stricte nécessité», lorsque le parlement n'est plus à même de fonctionner et que le Conseil fédéral assume en conséquence le pouvoir de légiférer par décrets de nécessité en dérogeant même à la Constitution. L'histoire constitutionnelle de la Suisse n'offre aucun exemple d'un tel régime. La troisième réside dans les possibilités offertes par l'article 102 de la Constitution, qui fait obligation au Conseil fédéral de veiller à la sûreté intérieure et extérieure du pays et de maintenir son indépendance et sa neutralité. Depuis 1914, le Gouvernement suisse a invoqué cet article pour édicter en cas de danger immédiat des ordonnances dans des domaines qui n'étaient pas auparavant régis par des lois. Ainsi, en un sens, le Conseil fédéral fonctionne comme un législateur ordinaire. Ces ordonnances ne peuvent cependant pas comporter de dispositions contraires à la Constitution, aux lois et aux arrêtés de l'Assemblée fédérale¹.

Comme la plupart des constitutions modernes régissent, parfois par le menu, les situations d'urgence, il est très rare que leur silence à ce sujet soulève des problèmes. En revanche, le troisième problème mentionné plus haut, c'est-à-dire l'existence ou l'inexistence de restrictions effectivement imposées à l'exercice des pouvoirs exceptionnels, est toujours d'actualité et continue de préoccuper les spécialistes du droit public. Certains, dont Carl Schmitt, estiment que la notion de crise échappe aux restrictions juridiques. Il ne peut y avoir de règle constitutionnelle ou de droit applicable au chaos, fait-il valoir, car «toute règle

¹ Ergun Özbudun et Mehmet Turhan, "Les pouvoirs d'exception", Commission européenne pour la démocratie par le droit (publication du Conseil de l'Europe, 1995), pp. 5-6.

suppose une situation normale et se vide de son sens lorsque cette situation cesse d'exister»¹. En revanche, «la doctrine admet aussi de longue date la possibilité d'apporter des restrictions à l'exercice des pouvoirs exceptionnels»². Un régime d'exception respectant la constitution et la loi ne peut et ne doit pas être absolu ou arbitraire. Il entraîne par définition un renforcement du pouvoir d'appréciation du gouvernement, un assouplissement des limites imposées à l'exercice du pouvoir et des restrictions plus sévères qu'en temps normal aux libertés et droits fondamentaux des citoyens. Sa mise en œuvre doit néanmoins être soumise à certaines entraves juridiques, car un usage abusif du pouvoir de l'Etat est toujours possible et, comme l'expérience le prouve, c'est dans une situation d'urgence que les violations les plus graves des droits de l'homme sont le plus susceptibles de se produire. Au dire de John Finn, «le vrai problème que les pouvoirs exceptionnels posent aux étudiants de la constitutionnalité n'est pas tant de restreindre l'exercice de ces pouvoirs que d'en limiter l'abus»³.

C'est à ce stade que le problème du contrôle devient particulièrement important. Pour que les pouvoirs exceptionnels ne dégèrent pas en pouvoirs arbitraires, il faut que «tout exercice d'un pouvoir exceptionnel soit soumis au contrôle de quelqu'un qui n'en est pas le détenteur. Ce contrôle est assuré en premier lieu par une instauration dans les règles des pouvoirs d'exception et, en second lieu, par un contrôle effectué au terme de leur exercice»⁴. La plupart des constitutions modernes satisfont à la première de ces conditions en fixant explicitement les règles auxquelles doit obéir l'instauration d'un état d'urgence⁵. La seconde, toutefois, est plus discutable. A supposer que l'exécutif soit détenteur des pouvoirs exceptionnels, ces contrôles peuvent être exercés soit par le législatif soit par le judiciaire, soit encore et de préférence et par l'un et par l'autre.

Etant donné la nature profondément politique du problème, il est indispensable que le législatif contrôle l'exécutif dans les situations d'urgence. Le plus souvent, et dans la plupart des constitutions démocratiques, il exerce ce contrôle en participant à l'instauration, à la prolongation et à la cessation de l'état d'urgence, et aussi en opposant éventuellement son veto aux décrets d'exception émanant de l'exécutif⁶. Comme l'exécutif se compose normalement dans une démocratie

¹ Cité par Finn, *Constitutions*, p. 19.

² *Ibid*, p. 15.

³ *Ibid*, p. 28.

⁴ *Ibid*, p. 38.

⁵ Özbudun et Turhan, *Les pouvoirs d'exception*, pp. 9-12.

⁶ *Ibid*, pp. 18-19.

parlementaire des dirigeants et d'autres membres influents des partis, il est possible, toutefois, que le contrôle parlementaire ne soit pas suffisamment efficace en fait pour réfréner l'abus de pouvoir de l'exécutif. En conséquence, le contrôle parlementaire doit être complété dans un Etat de droit par un contrôle juridictionnel approprié et efficace.

En ce qui concerne ce dernier, il faut commencer par faire une distinction entre le contrôle de l'acte législatif ou exécutif proclamant l'état d'urgence et le contrôle exercé sur les actes et les mesures de la puissance publique, y compris les décrets d'exception promulgués par le gouvernement. Pour ce qui est du premier point, les spécialistes ne s'accordent pas sur l'opportunité du contrôle juridictionnel de la déclaration de l'état d'urgence, contrôle qui pourrait poser des problèmes difficiles du fait de la nature éminemment politique de cette décision. Certains d'entre eux estiment qu'il ne devrait y avoir aucun contrôle juridictionnel, d'autres soutiennent qu'un tel contrôle devrait, dans une certaine mesure, être possible et opportun.

Le droit constitutionnel comparé ne fournit pas de réponse claire et nette à ce sujet. Dans certains pays européens (Hongrie, Suisse et Albanie), le décret gouvernemental proclamant l'état d'urgence ou la résolution parlementaire qui l'approuve ne peuvent être contrôlés par le judiciaire. Bien que sa Constitution n'exclue pas un tel contrôle, la Turquie appartient à cette catégorie. La Cour constitutionnelle a décidé qu'elle n'était pas compétente en la matière du fait que l'approbation par le parlement de la proclamation de l'état d'urgence revêt la forme d'un arrêté et non d'une loi et qu'un tel arrêté ne relève pas en principe du pouvoir de contrôle de la cour. Dans un autre groupe de pays (Russie, Irlande, Grèce, Chypre, Malte), le contrôle juridictionnel n'est possible que pour des raisons de forme, c'est-à-dire qu'il se borne à vérifier si les règles constitutionnelles pertinentes ont été respectées. Enfin, un contrôle juridictionnel au plein sens du terme est possible dans certains pays. En Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral peut contrôler une loi fédérale approuvant l'état d'urgence ou un acte du gouvernement le proclamant. Il a aussi le droit d'examiner la situation concrète ayant abouti à cette proclamation. En Espagne, selon une opinion largement partagée, un contrôle juridictionnel serait possible si la Cour constitutionnelle assimilait la déclaration de l'état d'urgence ou l'autorisation du parlement à une règle ayant force de loi. «Etant donné la jurisprudence constitutionnelle (...) on pourrait s'attendre que la Cour constitutionnelle fasse preuve de modération lorsqu'elle est appelée à décider de l'à-propos de telles proclamations», mais pas quand elle se prononce sur «les conditions de forme de la proclamation et ses limites»¹.

¹ Jaime Nicolás Muñoz, «Emergency Powers Provided for in the Spanish Constitution», réponse au questionnaire concernant les pouvoirs d'urgence, Commission européenne pour la démocratie par le droit, p. 10.

Même si l'on admet que le décret gouvernemental proclamant l'état d'urgence doit être soumis à un contrôle juridictionnel complet, d'importants problèmes ne s'en posent pas moins. Dans quelle mesure les tribunaux peuvent-ils, en bonne logique, se prononcer sur les faits ayant débouché sur la proclamation de l'état d'urgence? Quelle serait la marge d'appréciation laissée aux pouvoirs politiques (c'est-à-dire l'exécutif et le législatif)? Nul doute que ces derniers sont bien mieux placés que les tribunaux pour apprécier les impératifs politiques. Ils disposent d'informations secrètes auxquelles les tribunaux n'ont normalement pas accès. Ces considérations nous portent à penser que les tribunaux, même quand ils sont dotés des pleins pouvoirs de contrôle, doivent faire montre de modération et laisser aux pouvoirs politiques une marge d'appréciation considérable, d'où un contrôle juridictionnel plus ou moins limité dans la pratique à la régularité formelle du décret gouvernemental.

Tracer des frontières précises entre les compétences des pouvoirs législatif et exécutif, d'une part, et celles du pouvoir judiciaire, de l'autre, est chose difficile, à vrai dire. Les tribunaux nationaux peuvent s'inspirer de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme. Dans les années 50 déjà, la Commission s'est déclarée compétente pour se prononcer sur l'existence d'un danger public et pour décider si les mesures prises par une Partie en vertu de l'article 15 de la Convention l'ont été dans la stricte mesure où la situation l'exigeait. Elle ajoutait, toutefois, que le gouvernement doit disposer d'une certaine liberté d'appréciation quant à ce qui est strictement requis par ces exigences¹. Ce point de vue a été confirmé dans un certain nombre d'affaires, le plus succinctement, peut-être, par une récente décision de la Cour rappelant:

«(...) qu'il incombe à chaque Etat contractant, responsable de "la vie de [sa] nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. Partant, on doit leur laisser en la matière une large marge d'appréciation. Les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. La Cour a compétence pour décider, notamment, s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen. Quand elle exerce celui-ci, la Cour doit en même temps attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels

¹ *Requête n° 176/57, Grèce c. Royaume-Uni (1958-1959), Annuaire 2, 174.*

que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé»¹.

Il est vraisemblable que la jurisprudence de la Cour européenne influence de deux manières les décisions des cours constitutionnelles des Etats membres. Primo, lorsque la cour nationale hésite, dans le silence de la constitution, à entreprendre un tel contrôle, elle peut se sentir encouragée à ce faire, l'absence de recours juridictionnels internes aboutissant à la recevabilité de la requête devant la Cour européenne. Secundo, quand la constitution nationale ou la jurisprudence dominante admettent ce contrôle, la démarche de la Cour européenne pour établir l'équilibre entre la nécessité du contrôle juridictionnel et la nécessité de faire face à la crise fournit probablement des repères utiles aux cours nationales.

Le contrôle juridictionnel des actes et des mesures des autorités de l'état d'exception, distinct de celui de la déclaration elle-même, paraît moins problématique. Les décisions prises par ces autorités sont essentiellement des actes administratifs unilatéraux qui devraient donc être soumis à ce contrôle. Bien que cela paraisse être le cas dans la plupart des pays européens, certains problèmes valent néanmoins la peine qu'on s'y intéresse. Dans un groupe minoritaire de ces pays (Turquie, Grèce et Portugal), l'une des formes de l'état d'urgence est l'état de siège qui entraîne, notamment, la création de tribunaux militaires d'exception ayant compétence pour connaître de certains délits (Constitution turque, articles 144 et 145; Constitution grecque, article 48; Constitution portugaise, article 19, et loi n° 44/86 sur l'état de siège). Dans la mesure, en particulier, où les membres de ces juridictions ne jouissent pas de la même indépendance que les juges civils et où leurs décisions ne sont pas susceptibles de recours devant les tribunaux de droit commun, cette situation n'est guère compatible avec les principes du droit. La loi turque sur l'état de siège (modifiée en 1980 par le régime militaire de l'époque), qui exclut tout contrôle juridictionnel des actes administratifs des autorités de la loi martiale, soulève un problème plus grave encore. Quoique cette loi soit à l'évidence inconstitutionnelle, elle ne peut être contestée de ce chef devant la Cour constitutionnelle du fait que l'article provisoire 15 de la Constitution soustrait au contrôle juridictionnel de leur constitutionnalité toutes les lois promulguées au temps (1980-1983) du régime du Conseil national de sécurité. Enfin, l'article 148 de la Constitution turque exclut de ce contrôle les ordonnances modifiant une loi publiée par le Conseil des ministres au cours de l'état d'urgence ou de l'état de siège tant qu'elles n'ont pas été approuvées par le pouvoir législatif et transformées ainsi en lois ordinaires. La Cour constitutionnelle s'est toutefois déclarée compétente pour contrôler ces

¹ *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Arrêt (5/1992/350/423-424), 26 mai 1993, paragraphe 43.

ordonnances dans la mesure où elles ne sont pas strictement requises par les exigences de la situation et où elles ne s'appliquent pas seulement à la zone soumise à l'état d'urgence et pendant la durée de celui-ci. Au surplus, la Cour a décidé que les ordonnances en question ne peuvent modifier les lois ordinaires.

Des problèmes semblables, même s'ils étaient parfois d'une moindre gravité, ont parfois surgi dans d'autres pays. Par exemple, l'article 10 de la Loi fondamentale allemande concernant la protection de la vie privée dans le domaine de la poste et des télécommunications a été modifié en 1968 par l'adjonction d'un paragraphe disposant qu'une restriction ne peut être apportée à ce droit qu'en application d'une loi. Si la mesure restrictive vise à assurer la protection de l'ordre fondamental libéral et démocratique ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land, la loi peut disposer qu'il n'en est pas donné avis à l'intéressé et qu'il est substitué au recours juridictionnel de droit commun le contrôle par les organes et organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple. L'article modifié dispose donc qu'au lieu d'être effectué par les tribunaux, le réexamen le sera par des institutions ou organisations désignées par le Bundestag. Cette modification a été contestée devant le Tribunal constitutionnel fédéral qui, à la majorité de ses membres, a conclu que le réexamen par un organisme non judiciaire ne violait pas le principe de séparation des pouvoirs inhérent à l'article 20¹.

Croire en l'avènement d'un monde démocratique qui pourrait se passer de régimes d'exception serait peut-être trop optimiste, mais les contenir dans les limites effectives fixées par la constitution et le droit est possible et réalisable. Il ne faut pas qu'ils puissent dégénérer en régimes arbitraires. A cette fin, le contrôle juridictionnel, exercé avec une juste mesure de modération et le sens du réalisme politique, est indispensable.

b. Les pouvoirs d'exception dans les constitutions des états de l'europe centrale et orientale par M. Krzysztof WÓJTOWICZ

Professeur au Département de Droit International, Université de Wrocław

1. Notion de pouvoirs d'exception
2. Types d'état d'exception
3. Conditions de recours aux pouvoirs d'exception
4. Organe habilité à déclarer l'état d'exception

¹ Finn, *Constitutions*, pp. 199-200.

5. Contrôle de la déclaration de l'état d'exception
6. Durée des pouvoirs d'exception
7. Mesures d'exception
8. Contrôle de la mise en oeuvre des pouvoirs d'exception
9. Responsabilité de l'organe investi des pouvoirs d'exception

Conclusions

* * *

Cette étude comparative repose sur les constitutions des Etats suivants: Bulgarie (12 juillet 1991), Croatie (22 décembre 1990), République tchèque (16 décembre 1992), Hongrie (24 août 1990), Lituanie (25 octobre 1992), Pologne (constitution provisoire, 17 octobre 1992), Roumanie (8 décembre 1991), Russie (12 décembre 1993), Slovaquie (1er septembre 1992) et Slovénie (23 décembre 1991).

Les Etats d'Europe centrale et orientale de l'après-communisme, soucieux de rompre avec leur passé récent, cherchent à mettre en place un régime constitutionnel entièrement démocratique, fondé notamment sur le principe de séparation des pouvoirs et garantissant aux citoyens un grand nombre de droits et libertés. La question qui se pose toutefois aux auteurs des constitutions de ces nouvelles démocraties est de savoir si, dans une situation de crise, ces principes démocratiques peuvent être modifiés temporairement afin de surmonter le danger et de rétablir les conditions normales. La réponse est affirmative: une démocratie ne saurait rester sans défense lorsque ses institutions sont menacées ou que des circonstances risquent objectivement de déboucher sur un effondrement de l'ordre social. On ne saurait soutenir que l'efficacité est alors le privilège d'un Etat totalitaire.

A l'opposé de ce qui se passe dans un tel système, l'organisation des pouvoirs d'exception dans une démocratie doit tendre à ce que les dérogations aux principes démocratiques n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire au contrôle rapide et efficace de la situation de crise et à éviter que la "dictature" provisoire ne devienne permanente.

1. Notion de pouvoirs d'exception

L'expérience est là pour montrer que la survenance de crises menaçant certains des principes généraux communément associés aux idées d'indépendance, d'ordre

interne de l'Etat, de bien-être économique, de liberté politique et de démocratie etc., est inévitable. Une situation d'exception peut entraîner le recours à des mesures non seulement inacceptables en période "normale" mais encore en opposition la plus complète avec la nature même d'un régime démocratique. Pour l'essentiel, ces mesures comprennent une modification temporaire du fonctionnement des organes de l'Etat et une limitation des droits et libertés des citoyens.

On qualifie parfois ce genre de situation de "dictature constitutionnelle"¹ par opposition à la dictature absolue qui, elle, n'est soumise à aucune limite constitutionnelle.

Les circonstances constituant une menace pour l'Etat et les mesures légales spéciales qu'elles entraînent se reflètent dans les diverses institutions constitutionnelles que sont la loi martiale, l'état d'urgence, l'état de siège, l'état de défense, etc.

Certaines constitutions comportent également une notion distincte, celle d'état de guerre: proclamé en cas d'agression extérieure ou de nécessité de remplir ses obligations vis-à-vis de ses alliés, il définit le statut de l'Etat en matière de relations internationales.

S'agissant du statut interne, ce sont la déclaration d'un état d'exception (article 84 (10), (12) et article 100 (5) de la constitution bulgare, article 19 (3) g, h) de la constitution hongroise, articles 24 et 36 de la constitution provisoire polonaise, article 86 et 102 k) de la constitution slovaque) ou le recours à des mesures spéciales (articles 80 et 101 de la constitution croate) qui entraînent des conséquences particulières à l'intérieur de l'Etat.

Certaines constitutions, quant à elles, n'instituent pas d'état de guerre distinct mais, en cas de guerre, autorisent les organes constitués à agir par décrets (articles 71 j) et 106 f) de la constitution russe) ou à adopter les mesures nécessaires pour repousser l'agression (article 84 (16) de la constitution lituanienne, article 92 (3) de la constitution roumaine). Ces constitutions règlent également séparément l'état d'exception.

Par comparaison, la constitution tchèque est très discrète sur ce point: elle dispose uniquement que l'état de guerre peut être déclaré "en cas d'attaque de la République tchèque ou lorsque les obligations internationales en matière de défense mutuelle contre une agression l'exigent" (article 43 (1) de la constitution).

¹ Cf. C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the modern Democracies. Princeton, 1948.*

2. Types d'état d'exception

En général, on distingue les régimes d'exception selon le genre de menace à l'origine de leur proclamation. Cette menace peut être de nature politique (guerre, coup d'Etat, mutinerie, rébellion) ou économique (crise économique ou financière, grèves) ou encore être due à une catastrophe naturelle.

Parfois, les deux premières formes de menace précitées se retrouvent dans un concept plus étroit: c'est ainsi, par exemple, que la doctrine française de droit constitutionnel distingue la notion de *pouvoirs de crise*, correspondant à des situations de danger présentant un caractère politique et celle de *pouvoirs exceptionnels*, englobant également des mesures destinées à faire face à des catastrophes naturelles¹.

Les constitutions auxquelles est consacrée cette étude adoptent différentes solutions.

Si la constitution tchèque ne mentionne que l'état de guerre et ne prévoit pas de proclamation d'état d'exception, les autres, elles, énumèrent un (l'état d'urgence de l'article 92 de la constitution slovène) ou plusieurs régimes de ce type.

Parfois, c'est la constitution elle-même qui définit la nature de ces différents régimes et les distingue les uns des autres. En général, il s'agit de l'état de guerre, proclamé en cas de péril extérieur, et de l'état d'urgence, destiné à faire face à une menace d'ordre interne (articles 142 et 144 de la constitution lituanienne, articles 36 (1) et 37 (1) de la constitution provisoire polonaise, articles 87 (2) et 88 de la constitution russe). La constitution hongroise, elle, énonce trois sortes d'état d'exception: l'état de siège (article 19 (3) h)), l'état d'urgence (article 19 (3) i)) et l'état de danger public (article 35 (1) i)).

D'autres constitutions se contentent de mentionner les noms des différents régimes, renvoyant à des décrets pour leur définition de détail (article 64 (2) de la constitution bulgare, articles 72 (1) e) et 93 de la constitution roumaine, article 102 (k) 1) de la constitution slovaque).

L'état de nécessité économique" et l'état de crise économique" ne donnent pas lieu à l'instauration de régimes distincts.

3. Conditions de recours aux pouvoirs d'exception

¹ Cf. O. Duhamel et Y. Meny, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris 1992, pp. 785-786.

Comme il a déjà été évoqué ci-dessus, la proclamation du régime d'exception suppose l'existence d'un péril¹.

Il s'agit toutefois de savoir quelle sorte de péril justifie le recours à des pouvoirs exceptionnels. Il ne sert à rien d'énoncer différentes situations, comme il n'est pas possible d'envisager toutes les éventualités à cet égard. Les dispositions pertinentes devraient donc être suffisamment générales pour tenir compte des divers types de dangers et en même temps permettre d'éviter l'arbitraire lors de l'appréciation des conditions de proclamation d'un régime d'exception.

S'agissant des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme², l'interprétation de l'expression de "danger public menaçant la vie de la nation" nous fournit une aide. Elle nous a été donnée par la Commission européenne des Droits de l'Homme lorsqu'elle a examiné la possibilité de déroger aux obligations s'imposant aux Etats membres. Pour la Commission, il y a "danger public" lorsque quatre conditions sont réunies:

1. Le danger doit être actuel ou imminent.
2. Il doit avoir des répercussions sur l'ensemble de la nation.
3. Il doit constituer une menace pour la vie organisée de la communauté.
4. La crise ou le danger doit avoir un caractère exceptionnel, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions ordinaires, autorisées par la Convention pour assurer la sécurité, la santé et l'ordre public, sont manifestement insuffisantes³.

Il semble toutefois que l'adoption, dans la constitution, de règles relatives à la survenance d'un danger public, impose de tenir compte d'autres conditions. Il faut également prendre en considération l'expérience passée, qui démontre que

¹ *Le droit anglo-américain, par ex., utilise la notion d'urgence (emergency) qui se définit comme "un événement ou un ensemble de circonstances fortuites exigeant une action ou une solution immédiate", Ballantine's Law Dictionary.*

² *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950; Konwencja o ochronie praw cz_owieka i podstawowych wolno_ci; Dziennik Ustaw n° 61/1993, pos. 284.*

³ *Vade-mecum de la Convention européenne des Droits de l'Homme, p. 120; pour une discussion plus approfondie, v. M.A. Nowicki, Wokó_Konwencji Europejskiej, Warszawa 1992, p. 116.*

l'intensité et la nature du danger commandent les moyens requis pour y faire face. Le cas le moins fréquent dans les constitutions examinées dans ce rapport est l'absence totale de conditions de proclamation de l'état d'exception (constitution slovaque).

La constitution slovène définit le danger d'une façon générale en précisant, à son article 92, que "l'état de siège est proclamé lorsque l'existence de l'Etat est menacée par un grand danger d'ordre général". L'article 101 de la constitution croate précise davantage encore les conditions de péril (sur ce plan, il s'appuie à l'évidence sur l'article 16 de la constitution française). Il dispose que des mesures exceptionnelles peuvent être adoptées " en cas ... de menace immédiate pour l'indépendance et l'unité de la République, ou en cas d'empêchement de fonctionnement régulier des pouvoirs publics".

On distingue parfois entre péril externe et péril interne, cette distinction correspondant à celle entre état de guerre et état d'urgence (cf. constitutions de Lituanie, Pologne et Russie précitées). Relève également de cette approche la solution adoptée par la constitution hongroise, qui définit de manière plus précise les conditions d'existence d'un péril interne que d'un péril externe. En Hongrie, l'état de siège est proclamé "en cas d'état de guerre ou de danger immédiat d'attaque armée d'une puissance étrangère", l'état d'urgence, "en cas d'actions à main armée visant au renversement de l'ordre constitutionnel ou à la prise de pouvoir exclusif, d'actes de violence grave avec usage d'armes menaçant la sécurité de la vie et des biens des citoyens, ou encore en cas de catastrophe naturelle ou industrielle" et l'état de danger public, en cas de péril pour la vie ou les biens des personnes du fait de catastrophes naturelles.

4. Organe habilité à déclarer l'état d'exception

La doctrine et les constitutions offrent les solutions les plus variées s'agissant des organes habilités à déclarer l'état d'exception. La théorie classique interdit de confier la décision de proclamer la dictature constitutionnelle à la ou aux personnes destinées à exercer les fonctions dictatoriales¹. Cette solution est de fait la mieux à même d'éviter la concentration de pouvoirs sous prétexte de lutter contre le péril. D'un autre côté toutefois, pour faire face à une crise interne ou mettre en place la défense contre une attaque externe soudaine, l'efficacité commande l'adoption de mesures décisives et rapides et la centralisation du pouvoir de décision. Sous cet angle, l'exécutif est mieux armé pour parer au danger².

¹ *Rossiter, op.cit., p. 298.*

² *Cf. P. Leroy, L'organisation constitutionnelle et les crises, Paris 1966, p. 35.*

Certaines constitutions délèguent normalement ce pouvoir au Parlement, laissant toutefois à l'exécutif le soin de proclamer l'état d'exception lorsqu'il ne peut se réunir ou ne se trouve pas en session. C'est le cas des constitutions bulgare (article 100 (5)), hongroise (articles 19 et 19 A)), lituanienne (articles 67 (20), 142 et 144) et slovène (article 92). De tous ces textes, seule la constitution hongroise précise que "l'Assemblée nationale est empêchée de prendre ces décisions si elle ne siège pas et si, à cause de la brièveté du temps et des événements à l'origine de l'état de guerre, l'état de siège ou l'état d'urgence, sa convocation se heurte à des obstacles insurmontables" (article 19 (A) 2)) et que "le fait de l'empêchement, ainsi que le bien-fondé de la déclaration de l'état de guerre, de l'état de siège ou de l'état d'urgence sont établis conjointement par le Président de l'Assemblée nationale, le Président de la Cour constitutionnelle et le Premier ministre" (article 19 (A) 3)).

Une autre solution consiste à déléguer le pouvoir de déclarer l'état d'urgence au seul pouvoir exécutif, le Président (articles 36 et 37 de la constitution provisoire polonaise, articles 87 et 88 de la constitution de la Fédération de Russie, article 93 de la constitution roumaine, article 102 (k) 1) de la constitution slovaque [l'état de guerre, sur proposition du gouvernement]).

5. Contrôle de la déclaration de l'état d'exception

Lorsque l'organe habilité à proclamer l'état d'exception est le Parlement, l'adoption, par ce dernier, d'un système de décision adéquat garantit le contrôle démocratique de cette proclamation. En Croatie, la décision du Sabor venant restreindre les droits en période d'exception est prise à la majorité des deux tiers de l'ensemble des députés (article 17), en Hongrie, la décision de proclamation de l'état d'urgence ou de l'état de siège ne peut être adoptée qu'à la majorité des deux-tiers des députés de l'Assemblée nationale (article 19 (4)).

Parfois, la déclaration de l'état d'urgence suppose une proposition d'un autre organe, en Bulgarie, le Président ou le gouvernement, en Slovénie, le gouvernement.

Si la décision de proclamer l'état d'exception relève du Président, différentes formes de contrôle parlementaire sont possibles. En Bulgarie, "l'Assemblée nationale se réunit immédiatement pour se prononcer sur la décision prise (par le Président)" (article 100 (5)).

Les constitutions de Lituanie (articles 142 et 143), Roumanie (article 93), Russie (article 102 (1) b) et c)) et Slovénie (article 92) imposent l'approbation, par le Parlement ou l'une de ses chambres, de la proclamation de l'état d'exception par le Président. Le délai d'approbation varie, le Parlement devant se prononcer lors de

sa prochaine session (Lituanie), lors de sa réunion (Slovénie) ou lors de sa première session, "si plus rien ne s'y oppose". Une session extraordinaire peut être convoquée immédiatement (Lituanie) ou dans les 48 heures dès la proclamation de l'état d'exception (Roumanie).

En Pologne, la constitution provisoire ne prévoit pas de contrôle parlementaire de la proclamation de la loi martiale par le Président. S'agissant de l'état d'urgence, ce contrôle se limite à l'acceptation de l'extension de la durée de l'état d'urgence au-delà de trois mois (article 37 (1)).

Outre le contrôle politique par le parlement, la déclaration de l'état d'exception peut être soumise à un contrôle juridictionnel, par la cour constitutionnelle qui, dans le cadre de sa compétence générale, vérifie alors sa conformité à la constitution (Lituanie, Russie), aux traités internationaux ratifiés et aux principes généraux du droit (Slovénie).

6. Durée des pouvoirs d'exception

Certaines des constitutions faisant l'objet de cette étude n'indiquent pas la durée de certains ou de l'ensemble des états d'exception et laissent cette question pendante (Bulgarie, Lituanie (loi martiale), Pologne (loi martiale), Roumanie, Slovaquie, Slovénie).

Dans d'autres Etats, la durée des pouvoirs exceptionnels est définie expressément, avec une possibilité de prolongation. En Lituanie, par exemple, la loi martiale est proclamée pour six mois (article 144), en Pologne, elle l'est pour trois mois et peut être prorogée, une seule fois, pour trois mois, avec l'accord du Parlement¹.

7. Mesures d'exception

La proclamation de l'état d'exception entraîne la limitation ou la suspension temporaire des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette atteinte à l'ordre constitutionnel normal ne trouve sa justification que dans la nécessité de sacrifier un bien afin d'en protéger un autre qui lui est supérieur. L'arbitraire ne saurait toutefois régner en ce domaine.

Toute discussion sur les solutions actuelles de droit constitutionnel doit tenir compte en priorité des dispositions internationales en matière de protection des droits de l'homme.

¹ Dans d'autres pays, la Russie, par ex., la durée de l'état d'urgence est parfois définie par les lois.

L'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme est le plus catégorique à cet égard. Ses dispositions pertinentes se lisent comme suit:

- "1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2 [droit à la vie], sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3 [interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants], 4 (paragraphe 1) [interdiction de l'esclavage et de la servitude] et 7 [interdiction des lois pénales rétroactives]".

La liberté des Etats parties à la Convention est donc limitée lorsqu'ils restreignent les libertés publiques dans le cadre d'un état d'exception. Une telle limitation se retrouve également dans les constitutions des Etats de l'Europe centrale et orientale.

Comme dans la Convention, il y est d'abord fait référence au principe de proportionnalité, selon lequel il ne peut être recouru à des mesures d'exception que dans la mesure nécessaire pour parer au danger (article 17 de la constitution croate, article 55 (3) de la constitution russe, (article 49 (2) de la constitution roumaine, article 16 de la constitution slovène).

Il est également fait mention des droits auxquels il est interdit de porter atteinte, même en période d'exception. C'est le cas, par exemple, des constitutions bulgare (article 57 (3), croate (article 17), russe (article 56 (3) et hongroise (article 8 (4).

Autre solution adoptée: l'énumération détaillée des droits et libertés qui peuvent faire l'objet de dérogations, ce qui exclut la possibilité de porter atteinte aux autres (constitution lituanienne, article 145, constitution slovène, article 16).

Parfois, comme dans l'article 17 de la constitution croate, une réserve est prévue aux termes de laquelle "les restrictions apportées aux droits ne peuvent aboutir à des inégalités entre les personnes en raison de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion ou de l'origine nationale ou sociale" (l'article 16 de la constitution slovène comporte une disposition identique).

Il est également fait appel à des principes généraux d'interprétation: "en cas de restriction apportée aux droits et libertés fondamentaux, la protection de leur essence et de leur portée doit être maintenue" (constitution slovène, article 13 (4)).

En Pologne, la constitution provisoire ne comporte pas de catalogue des droits fondamentaux et n'énonce pas les droits et libertés auxquels il peut être dérogé sous l'empire de la loi martiale ou de l'état d'urgence. Sur ce point, les articles 36 par. 2 et 37 par. 4 renvoient aux lois en l'espèce.

Outre une dérogation aux droits fondamentaux, l'état d'exception peut également entraîner une modification du fonctionnement des pouvoirs publics, notamment en accroissant les prérogatives de l'exécutif par rapport au législatif.

Le Président reçoit le pouvoir de promulguer des décrets spéciaux ayant force de loi (constitution croate, article 101, constitution slovène, article 108, constitution roumaine, article 93). Parfois, le Président n'exerce pas ce pouvoir de manière autonome, mais sur proposition du gouvernement (constitution slovène, article 108) ou avec le contreseing du Premier ministre (constitution roumaine, article 99 (2)).

Une autre solution, moins fréquente, consiste en une modification de la structure des organes étatiques en période d'exception. En Hongrie, lorsque l'état de siège est proclamé, l'Assemblée nationale établit un Conseil de la défense nationale composé du Président, du Président de l'Assemblée nationale, des présidents des groupes parlementaires, du Premier ministre, des membres du Conseil des ministres, du commandant en chef des forces armées et du chef d'état-major général. Ce Conseil est habilité à prendre des mesures spéciales et à adopter des décrets (article 19 b) de la constitution).

Les constitutions ne se contentent pas de limiter les atteintes aux droits et libertés mais restreignent également les pouvoirs d'exception sur d'autres plans.

Le plus souvent, il est interdit de dissoudre le Parlement (constitution croate, article 101, constitution hongroise, article 28 (A) 1), constitution provisoire polonaise, article 37 (2), constitution roumaine, article 93 (2), constitution russe, article 109 (5)). Dans le même ordre d'idées, le mandat du Parlement est prorogé s'il expire pendant l'état de siège (constitution bulgare, article 64 (2), constitution hongroise, article 28 (A) 2), constitution provisoire polonaise, article 37 (2), constitution slovène, article 81).

En Hongrie, il est interdit de restreindre l'activité de la Cour constitutionnelle pendant un état d'exception (article 19 (B) 6).

Les constitutions de la Bulgarie (article 119 (3), de la Lituanie (article 111), de la Slovaquie (article 126), de la Russie (article 118) et de la Roumanie (article 125 (2))

interdisent expressément la création de tribunaux d'exception, quelquefois en dehors des temps de guerre (Lituanie).

Parfois, il est interdit de procéder à une modification de la constitution (constitution lituanienne, article 147, constitution provisoire polonaise, article 37 (3), constitution roumaine, article 148) ou de certaines lois, comme la loi électorale en Pologne.

8. Contrôle de la mise en oeuvre des pouvoirs d'exception

La mesure de contrôle la plus répandue, déjà évoquée, consiste en l'obligation imposée à l'exécutif de soumettre l'acte proclamant l'état d'exception au Parlement, aux fins d'approbation ou de rejet. Il faudrait en conclure que l'absence d'approbation parlementaire équivaut à la fin de l'état d'exception.

En outre, durant l'état d'exception, le Parlement peut contrôler les mesures prises par l'exécutif. Les constitutions de Croatie (article 101), Roumanie (article 93 (1)) ou Slovénie (article 108) exigent l'approbation du décret d'exception par le Parlement ou l'une des chambres.

En Hongrie, les dispositions en matière de contrôle sont largement réglées par la Constitution. Pendant l'état d'exception, le Président informe immédiatement le Président de l'Assemblée nationale des mesures adoptées dans ce cadre; l'Assemblée ou, en cas d'empêchement, sa commission de la défense, siège en permanence. Toutes deux peuvent suspendre l'application des mesures prises par le Président (article 19 (C) 3) de la constitution). Les mesures adoptées par décret ne restent en vigueur que pendant trente jours sauf prorogation de leur validité par l'Assemblée ou la commission.

9. Responsabilité de l'organe investi des pouvoirs d'exception

Les constitutions ne mentionnent pas de procédure particulière permettant de mettre en cause la responsabilité du Président en cas de proclamation illégale de l'état d'exception ou d'abus des pouvoirs en découlant.

On peut dès lors faire appel aux dispositions définissant la responsabilité constitutionnelle du Président. La violation de la constitution par le Président peut aboutir à sa destitution par le Parlement (constitution lituanienne, article 86, constitution russe, article 93, constitution roumaine, article 95 (1)), la Cour constitutionnelle (constitution bulgare, article 103, constitution croate, article 105, constitution hongroise, article 31 (A) 5), constitution slovène, article 109) ou le Tribunal d'Etat (constitution provisoire polonaise, article 50).

Conclusions

Au terme de cette discussion, il convient de constater que les auteurs des constitutions des pays de l'Europe centrale et orientale examinées ici (à l'exception de la République tchèque), ont refusé la thèse selon laquelle l'impossibilité de prévoir tous les dangers rend impossible de fixer à l'avance, dans la constitution, les dispositions permettant d'y faire face. Au contraire, il a été accepté que la réglementation constitutionnelle des états d'exception offre une meilleure protection contre les abus des pouvoirs qu'ils impliquent. Cette approche apparaît la plus appropriée parce que, lorsque les constitutions passent sous silence la question des pouvoirs d'exception, une interprétation supplémentaire s'impose afin de combler les lacunes légales, qui peut être source de controverses et d'appréciation arbitraire.

La variété des dispositions constitutionnelles en matière d'état d'exception adoptées par les Etats en cause ici manifeste le souci de faire de l'état d'exception une institution apte à défendre efficacement le système démocratique sans pour autant aboutir à une dictature et à une ingérence arbitraire dans les libertés publiques.

On peut réaliser cette conception en confiant le pouvoir de proclamer l'état d'exception au Parlement ou au chef de l'exécutif (le Président), mais sous le contrôle du Parlement. Ce contrôle porte tant sur la justification de la déclaration de l'état d'exception que sur les mesures adoptées sous son empire. Cette solution s'impose afin d'empêcher que l'exécutif ne recoure aux pouvoirs d'exception pour renforcer sa position de manière arbitraire aux dépens des autres organes constitutionnels.

La différenciation de divers états d'exception permet de répondre de manière progressive et proportionnelle au péril encouru.

Dans les Etats qui se trouvent sur la voie de la démocratie, les droits de l'homme et les libertés publiques requièrent une protection constitutionnelle toute particulière. Cela se reflète dans l'élaboration d'un état d'exception consacrant l'inaliénabilité d'un "noyau dur" de droits et limitant l'atteinte aux autres droits à ce qui est nécessaire.

Un examen exhaustif des régimes d'exception supposerait bien évidemment une analyse des dispositions de loi réglant en détail la mise en oeuvre des mesures qu'ils entraînent. Il serait également intéressant de s'appuyer sur la pratique des pouvoirs d'exception. Mais ce serait aller au-delà de l'objectif de cette étude.

«Les règles nationales (suite)»

- a. Réflexion sur les conditions préalables pour parler d'un régime d'urgence dans la démocratie
par M. Yoichi HIGUSHI
- b. Les dispositions nationales en Allemagne
par M. Theodor SCHWEISFURTH
- c. Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence: La Constitution espagnole
par M. Jaime NICOLAS MUÑIZ
- d. Les règles relatives aux situations d'urgence en Hongrie
par M. János ZLINSZKY
- e. La Constitution grecque et la gestion des crises
par Mme Ismini KRIARI-KATRANI
- f. Règles applicables en Roumanie aux situations d'urgence
par M. Petru GAVRILESCU
- g. Les dispositions nationales dans la Fédération de Russie
par M. Yuri KOYDRYAVTSEV
- h. Les dispositions nationales dans la République du Bélarus
par M. Alexander VASHKEVITCH
- i. Quelques réflexions sur la suspension des droits fondamentaux lors de situations d'exception en droit italien
par M. Giuseppe CATALDI
- j. Situations d'exception en Arménie
par M. Khatchig SOUKIASSIAN

a. **Réflexion sur les conditions préalables pour parler d'un régime d'urgence dans la démocratie par M. Yoichi HIGUSHI**

Professeur Emeritus, Université de Tokyo, Premier Vice Président de l'Association internationale de droit constitutionnel

Je me permets de commencer par signaler un paradoxe: le premier intervenant de cet après-midi est celui qui est venu d'un pays n'ayant aucune disposition constitutionnelle concernant les situations d'urgence.

S'agit-il d'une carence manifeste ? Ou ce silence même est-il une réponse? C'est à cette question que j'essaierai de répondre brièvement. Je voudrais ainsi prendre le relais de Madame Kriari, qui a entamé ce matin la discussion sur les conditions préalables pour être à même de parler d'un régime d'urgence défenseur de la démocratie constitutionnelle, non pas son fossoyeur.

Il est tout de même opportun de dire quelques mots sur le droit positif japonais concernant notre sujet, au niveau des lois et de la législation parlementaire.

L'essentiel est ce qui suit: c'est le Premier Ministre qui fait front en premier lieu aux urgences, le Parlement contrôlant politiquement l'exercice des mesures d'urgence et les tribunaux restant le contrôleur judiciaire.

Citons, par exemple, le cas des situations d'urgence intérieures définies par la Loi portant sur la police. En cas de grande catastrophe naturelle, d'émeute ou d'autres situations exceptionnelles énumérées par la Loi, le Premier Ministre peut décréter la proclamation de l'état d'urgence, qui doit être soumise aux délibérations du Parlement dans les 20 jours. L'effet juridique direct de la proclamation de l'état d'urgence consiste en ce que le Premier Ministre prend directement la direction de la Police, nationale et locale, qui est dirigée, en temps normal, par les Commissions de Police, commissions administratives indépendantes aux niveaux national et local. Ne sont prévues ni la suspension des droits fondamentaux, ni la restriction des droits constitutionnellement garantis autre que les restrictions pré-établies par les lois en temps normal. Cela est regardé comme la conséquence logique du silence de la Constitution.

Or, ce silence a été délibérément choisi par la Constitution, proclamée le 3 novembre 1946 et mise en vigueur le 3 mai 1947. Délibérément choisi, dans un contexte historique.

La Constitution précédente, à savoir la Constitution, plutôt la Charte impériale de 1889, avait été bien équipée d'une série des dispositions concernant les pouvoirs d'exception, pour commencer, l'article 31 stipulant que "les dispositions

constitutionnelles définissant les droits et devoirs des sujets ne peuvent pas empêcher l'exercice des prérogatives de l'Empereur en cas de guerre ou de catastrophe nationale". N'ayant certes jamais été appliqué, cet article n'en démontrait pas moins l'essence même du régime de caractère autoritaire d'avant 1945. Ainsi, on ne pourra pas ne pas être contre tout système de pouvoirs d'exception, lors du recommencement de la démocratisation du pays après 1945.

Cet état de chose n'était pas spécifiquement japonais. Au lendemain de la liquidation des régimes dictatoriaux en 1945, la méfiance à l'égard des pouvoirs d'exception a dû être plus que jamais soulignée, l'exemple le plus connu étant la Grundgesetz dans sa version originaire de 1949.

S'il en était ainsi lors de la première démocratisation du monde à la suite de 1945, le contraste est frappant, quand il s'agit de la deuxième démocratisation du monde depuis 1989.

En effet, dans l'Europe d'aujourd'hui, l'aménagement du régime d'urgence est regardé comme une nécessité pour la démocratie elle-même. Comme Monsieur Özbudun l'a signalé dans son excellente communication, beaucoup disent qu'il est trop optimiste de croire qu'il est possible de maintenir la démocratie sans avoir un régime d'urgence.

J'aimerais plutôt renverser la formule. Pour confier au système d'urgence le rôle de défenseur de la démocratie, il faut, à mon avis, avoir confiance en la capacité de contrôler efficacement le pouvoir en place. Dans ce contexte, ce n'est pas à cause de l'optimisme, mais au contraire à cause d'un certain pessimisme que, dans un pays comme le Japon on était, et reste toujours, prudent pour donner une légitimité constitutionnelle à un régime d'urgence.

En contraste avec l'Allemagne Fédérale qui a introduit, en 1968, les dispositions constitutionnelles réglementant en détail le système de l'état d'urgence, la silence de la Constitution sur ce point pèse encore aujourd'hui au Japon. Par exemple, la proposition de révision constitutionnelle presque totale lancée en 1994 par un des grands quotidiens de droite n'ose pas toucher ce point chaud, tout en critiquant comme "allergique" l'opinion publique encore réticente à propos du sujet.

Certes, nous sommes obligés de faire face à un dilemme.

D'une part, quand on n'admet pas la légitimité constitutionnelle de l'exercice des mesures d'exception, le pouvoir tente de recourir à la notion de plein pouvoir supra-constitutionnel. Au lieu de la "dictature commissaire" suivant la formule de Carl Schmitt, on verra le risque de l'émergence de la "dictature souveraine".

D'autre part, pourtant, plus on a un régime sophistiqué de l'état d'urgence, plus on risque de céder à la tentation de recourir à cette arme, en court-circuitant le procédé difficile de construire par des efforts quotidiens la base de la société démocratique.

Ainsi, les uns soutiendraient la thèse "limiter les libertés pour sauver les libertés", et les autres continueraient de dire qu' "il faut éviter le remède pire que le mal". Or, pour maîtriser ce remède violent, il y aurait deux conditions nécessaires.

D'abord, la capacité du malade de résister à l'effet secondaire, éventuellement mortel, du médicament, c'est-à-dire un degré suffisamment élevé de maturité démocratique de la société. Ensuite, la présence de bons médecins parmi lesquels je souligne l'importance de l'existence d'une communauté de la valeur libérale entre les pays de la région qui veilleraient les uns pour les autres, faisant preuve d'une vigilance à l'égard de ce qui passerait au nom de l'exercice des pouvoirs d'urgence. Vigilance au niveau international, soit sous une forme juridique et surtout juridictionnelle comme le mécanisme de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, soit sous une forme plus générale et politique. C'est ce que vous avez, grosso modo, en Europe depuis 1989 et ce qui manque cruellement en Asie.

De ce point de vue, j'ai été encouragé en écoutant, dans la dernière séance du colloque, le rapport de M. Oraá, qui constate que le droit international coutumier est en voie de se former sur la protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence.

Il cite, d'une manière convaincante, beaucoup de rapports ou d'opinions des commissions ou des experts de l'ONU. Cette source, si l'on peut dire intellectuelle et savante, donne une légitimité respectable au droit coutumier en voie de formation. Il est aussi important de distinguer, comme il l'a souligné, ce que les Etats disent et ce qu'ils font. Quelques Etats procèdent à la pratique de la torture, mais ils ne disent plus que ce soit bon. C'est vrai. Mais, précisément sur ce point, la distance reste énorme entre le droit coutumier en voie de formation et le droit coutumier tout court. On ne peut pas être optimiste, si l'on observe la pratique, non pas seulement l'opinio iuris des Etats.

En Europe, vous devrez et pourrez être tous réciproquement les médecins indispensables pour assurer un dosage équitable de ce médicament dangereux. En Asie, les décisions de déclenchement des pouvoirs d'exception se succèdent moins pour sauvegarder l'ordre constitutionnel libéral que pour prolonger le règne de l'ordre tout court. Je ne cite que le fait de la proclamation de l'état de siège du 20 mai 1989, qui a conduit à la nuit tragique du 3 juin à TienAnMen.

Entre les deux risques que nous envisageons, il faut choisir. Et pour choisir, il faut mesurer, évaluer exactement le degré de la maturité démocratique de la société et de la vigilance réciproque des milieux internationaux. Voilà ce que je voudrais dire afin d'attirer votre attention sur la condition sine qua non pour parler du régime d'urgence dans la société démocratique.

b. Les dispositions nationales en Allemagne par M. Theodor SCHWEISFURTH

Professeur, Europa-Universität Viadrina, Francfort/Oder

1. Rappel historique

Nul n'ignore que la Loi fondamentale a été élaborée en tenant compte des enseignements tirés de la Constitution de Weimar (WRV). Tel est notamment le cas des dispositions relatives aux situations d'urgence. L'article 48, alinéa 2 WRV conférait au Président du Reich des pouvoirs dictatoriaux en l'habilitant à prendre toutes mesures nécessaires pour rétablir la sécurité ou l'ordre publics, notamment à suspendre les droits et les libertés fondamentales comme le droit à la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le respect de la correspondance, de la poste et des télécommunications, la liberté d'expression, en particulier la liberté de la presse, la liberté de réunion et d'association. A peine installé au pouvoir, le régime nazi rendit le 28 février 1933 une ordonnance (connue sous le nom d'Ordonnance de l'incendie du Reichstag «*Reichstagsbrandverordnung*») par laquelle il suspendit «jusqu'à nouvel ordre» tous les droits fondamentaux à caractère politique; en fait, cette ordonnance resta en vigueur jusqu'à la chute du régime nazi, qui se trouvait ainsi dans un état d'exception permanent. Pour éviter qu'une telle situation ne se renouvelle, les auteurs des dispositions d'exception de la Loi fondamentale mirent en place des obstacles constitutionnels.

Dans sa version initiale de 1949, la Loi fondamentale ne comprenait que quelques rares dispositions sur les pouvoirs d'exception. L'Allemagne était alors, rappelons-le, un pays occupé. A l'article 5 du Traité général de 1952/1954 conclu entre la République Fédérale d'Allemagne et les trois puissances occidentales, les puissances d'occupation se sont réservé des droits d'exception qui devaient prendre fin dès que le législateur allemand aurait investi les autorités allemandes des pouvoirs correspondants. Pour cela, il fallut attendre jusqu'en 1968 lorsque, soulevant des débats passionnés dans tout le pays, le législateur entreprit de réviser la Constitution allemande en y introduisant une nouvelle section «Xa. L'état de défense» □ appelée généralement «la constitution d'exception» et en approuvant dix-sept modifications apportées à la Loi fondamentale en matière de situations d'urgence. Ainsi, l'histoire de la Constitution explique pourquoi, hormis la section Xa, les dispositions d'exception sont dispersées dans la version en vigueur de la Loi fondamentale, ce qui rend leur étude malaisée.

2. Notion et types d'états d'exception

Dans la Constitution allemande, la notion d'exception repose sur la distinction entre les situations d'urgence proprement dites et les dysfonctionnements constitutionnels (*Verfassungsstörungen*), ces deux situations étant sans rapport l'une avec l'autre.

Il y a dysfonctionnement constitutionnel lorsque des organes fédéraux ou les Länder de la Fédération ne remplissent pas leurs obligations constitutionnelles. Deux dispositions de la Loi fondamentale traitent expressément de ces situations. L'article 81 GG, intitulé état de crise législative (*Gesetzgebungsnotstand*) est la première d'entre elles. Lorsqu'une motion de confiance proposée par le chancelier fédéral n'obtient pas l'approbation de la majorité des membres du Bundestag, le Président fédéral peut dissoudre celui-ci (article 68 GG). Si le Bundestag n'est pas dissout, l'article 81 GG permet au Président fédéral, à la demande du gouvernement fédéral et avec l'approbation du Bundesrat, de déclarer l'état de crise législative à propos d'un projet de loi que rejette le Bundestag bien que le gouvernement fédéral l'ait déclaré urgent. Si, après la déclaration de l'état de crise législative, le Bundestag rejette à nouveau le projet ou s'il l'adopte dans une rédaction que le gouvernement fédéral a déclaré inacceptable, la loi est considérée comme parfaite dans la mesure où le Bundesrat l'approuve. Il est curieux que l'article 81 GG qualifie ce dysfonctionnement constitutionnel de «crise (législative)». Cette disposition a pour toile de fond l'incapacité du Reichstag, pendant les dernières années de la République de Weimar, d'adopter des lois faute de majorité.

La seconde disposition relative à un simple dysfonctionnement constitutionnel se trouve à l'article 37 GG, intitulé «Contrainte fédérale » (*Bundeszwang*). Elle concerne le cas où un Land ne remplit pas les obligations de caractère fédéral qui lui incombent en vertu de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale. Le gouvernement fédéral peut alors, avec l'approbation du Bundesrat, prendre les mesures nécessaires pour obliger ce Land, par la voie de la «contrainte fédérale», à remplir ses obligations. Pour mettre en œuvre cette «contrainte fédérale», le gouvernement fédéral dispose du pouvoir d'instruction (*Weisungen*) à l'égard de tous les Länder et de leurs administrations. Là non plus il ne s'agit pas d'un état d'exception proprement dit.

Pour qu'il y ait véritablement état d'exception, il faut que des tiers manipulent l'Etat ou agissent contre lui, que ce soit de l'extérieur ou de l'intérieur. La Loi fondamentale fait ainsi la distinction classique entre l'état d'exception interne et l'état d'exception externe; bien que ces termes ne soient pas repris dans la Loi fondamentale, nous les emploierons à des fins de systématisation. Il existe plusieurs sous-types d'états d'exception internes et externes. En ce qui concerne

l'état d'exception interne, la Loi fondamentale établit les distinctions suivantes: l'état de danger menaçant la sécurité ou l'ordre public, l'état de danger causé par une catastrophe naturelle ou un sinistre particulièrement grave et l'état de danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land (crise de l'Etat). L'état d'exception externe revêt la forme de l'état de défense ou de l'état de tension.

3. État d'exception interne

En ce qui concerne l'état d'exception interne, les dispositions pertinentes de la Loi fondamentale ne prévoient pas l'application d'un droit matériel différent. Elles se bornent à modifier certains aspects de la répartition habituelle des compétences entre la Fédération et les Länder et entre les Länder eux-mêmes.

3.1 L'état de danger menaçant la sécurité ou l'ordre public, article 35, alinéa 2.1 GG

Aux termes de l'article 35, alinéa 2.1 GG, un Land peut, dans des cas particulièrement importants, faire appel aux forces et équipements de la police fédérale des frontières (*Bundesgrenzschutz*) pour assister sa police en vue de maintenir ou de restaurer la sécurité ou l'ordre public si, faute de cette assistance, la police ne pouvait pas accomplir une de ses missions ou ne le pourrait qu'au prix de grandes difficultés. La police fédérale des frontières ayant simplement pour mission d'assister la police d'un Land donné, elle est rattachée au pouvoir exécutif de ce Land et est, de ce fait, liée par la loi de ce dernier.

3.2 L'état de danger causé par une catastrophe naturelle ou un sinistre particulièrement grave, article 35, alinéa 2.2 et 3 GG

Alors que l'expression «catastrophe naturelle» est claire, il convient de préciser que la notion de «sinistre particulièrement grave» englobe les catastrophes provoquées délibérément comme les actes de sabotage ou de terrorisme; cette interprétation n'est pas contestée.

Dans un état de danger causé par une catastrophe naturelle ou un sinistre particulièrement grave, il importe de mobiliser rapidement autant de forces que nécessaire pour parer à ce danger; les dispositions d'exception applicables reposent sur le principe selon lequel la structure fédérale du pays ne doit en aucun cas constituer un obstacle. C'est pourquoi elles confèrent, dans une telle situation, les pouvoirs d'exception suivants aux Länder et au gouvernement fédéral.

Un Land frappé par une catastrophe naturelle ou un sinistre particulièrement grave est autorisé à faire appel à l'aide des forces de police d'autres Länder, des forces et

équipements d'autres administrations (par exemple les services de protection civile, le génie civil, les pompiers) ainsi que de la police fédérale des frontières et des forces armées. Celles-ci restent rattachées à leurs institutions d'origine mais agissent sous les ordres du Land demandeur conformément à sa législation et à ses instructions. Il en va de même pour les forces armées.

Lorsqu'une catastrophe naturelle ou un sinistre menace le territoire de plus d'un Land, cela peut être au tour de l'Etat fédéral d'intervenir. Il peut alors prendre l'initiative, mais uniquement «dans la mesure nécessaire à une lutte efficace», en donnant instruction aux gouvernements des Länder de mettre des forces de police à la disposition d'autres Länder. Cette instruction du gouvernement fédéral remplace simplement la demande d'aide des «Länder touchés par la catastrophe»; les forces de police appelées à la rescousse restent rattachées à leur Land d'origine mais, dans la mesure où elles accomplissent une mission pour le compte des Länder touchés par le sinistre, elles sont assujetties à la législation de ceux-ci et aux directives de leurs gouvernements respectifs. Par ailleurs, le gouvernement fédéral peut faire appel à des unités de la police fédérale des frontières et de l'armée pour prêter assistance aux forces de police. Le statut juridique de ces unités est différent de celui des forces de police (réquisitionnées) en ce sens qu'elles ne sont pas mises à la disposition des Länder mais exercent leur compétence fédérale, de sorte qu'elles ne sont pas soumises aux instructions du Land. Il appartient toutefois à la Fédération d'établir une coopération étroite avec les Länder touchés par la catastrophe, conformément à la Constitution qui dispose que la police reçoit le soutien des unités fédérales de la police des frontières et de l'armée.

3.3 L'état de danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land (crise de l'Etat □ *Staatsnotstand*), articles 91, 87.a , alinéa 4 GG

Pour la Loi fondamentale, le «danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land» est la situation d'urgence interne la plus grave. Par cette expression, la Loi fondamentale entend les révolutions, les coups d'Etat ou tout autre acte violent tendant à doter l'Allemagne d'une forme d'Etat différente que celle prévue par la Loi fondamentale, ou à abolir l'Etat dans sa forme actuelle. La Cour constitutionnelle fédérale a défini la notion d'«ordre constitutionnel libéral et démocratique» qui apparaît aux articles 91, 87.a, alinéa 4, à l'article 21 GG relatif aux partis politiques, et à l'article 11, alinéa 2 GG comme un ordre politique déterminé par l'état de droit et fondé sur l'autodétermination du peuple conformément à la volonté de la majorité, ainsi que sur la liberté et l'égalité, à l'exclusion de la violence et de l'arbitraire. Parmi les principes fondamentaux de cet ordre, se trouvent au moins: le respect des droits de l'homme tel qu'énoncés dans la Loi

fondamentale, notamment le respect du droit à la vie et le libre épanouissement de la personnalité, la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité du gouvernement, la subordination de l'exécutif à la loi, l'indépendance de la justice, le multipartisme et l'égalité des chances pour tous les partis politiques, y compris le droit d'organiser une opposition parlementaire active dans le respect de la Constitution (BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (140)). Pour écarter un danger menaçant cet ordre constitutionnel, la Loi fondamentale confère aux Länder et au gouvernement fédéral des pouvoirs d'exception.

Après avoir épuisé toutes les possibilités dont il dispose, un Land peut requérir des forces de police d'autres Länder ainsi que des forces et équipements d'autres administrations et de la police fédérale des frontières (article 91, alinéa 1 GG); il dispose là des mêmes pouvoirs qu'en cas de danger causé par une catastrophe naturelle ou un sinistre particulièrement grave (article 35, alinéa 2.2), à la différence qu'il ne peut faire appel aux forces armées. Il incombe au Land ainsi sollicité de veiller à ce que la demande satisfasse aux conditions de la loi, auquel cas il est tenu de prêter assistance au Land concerné.

Il appartient au gouvernement fédéral de défendre les intérêts de l'ensemble de l'Etat. Aussi peut-il intervenir, mais uniquement à condition que le Land où le danger menace n'est pas lui-même disposé à combattre ce danger ou en mesure de le faire. Dans ce cas, le gouvernement fédéral peut placer sous son pouvoir d'instruction la police de ce Land et les forces de police d'autres Länder, ainsi qu'engager des unités de la «police fédérale», à savoir la police fédérale des frontières (article 91, alinéa 2.1 GG). Le gouvernement fédéral peut également donner des instructions aux gouvernements des Länder, si le danger s'étend au territoire de plus d'un Land, dans la mesure où la condition précitée est remplie et où une telle intervention est nécessaire pour combattre efficacement ce danger (article 91, alinéa 2.3 GG).

Si les forces de police et la police fédérale des frontières sont insuffisantes pour parer au danger, et si les conditions de l'article 91, alinéa 2 GG sont réunies, le gouvernement fédéral peut, en dernier recours, engager des forces armées pour assister la police et la police fédérale des frontières dans la protection d'objectifs civils et dans la lutte contre des insurgés organisés et armés militairement (article 87.a, alinéa 4.1 GG).

3.4 Fonctionnement des institutions démocratiques dans les situations d'urgence interne

Contrôle parlementaire. Il ressort des dispositions précitées que la Loi fondamentale habilite le pouvoir exécutif (les gouvernements des Länder et le gouvernement fédéral) à constater des situations d'urgence internes et à appliquer

les dispositions d'exception sans l'approbation du parlement; il n'est tenu de promulguer ni la constatation de la situation d'urgence ni les mesures prises. Du point de vue du contrôle parlementaire, on peut se demander si ces dispositions de la Loi fondamentale □ qui reposent certainement sur l'idée qu'il est nécessaire d'agir vite □ sont véritablement satisfaisantes. Il convient toutefois de garder à l'esprit que dans toutes les situations d'urgence internes, l'étendue du contrôle parlementaire est le même qu'en temps normal. La répartition des compétences entre les pouvoirs exécutif et législatif reste inchangée. Rien n'empêche le parlement d'exercer ses fonctions de contrôle habituelles, y compris de renverser le gouvernement (article 67 GG □ motion de défiance). En outre, des dispositions spéciales vont jusqu'à étendre le contrôle des organes représentatifs: toute mesure prise par le gouvernement fédéral en cas de danger causé par une catastrophe naturelle ou un sinistre particulièrement grave doit être rapportée à tout moment à la demande du Bundesrat et, en tout état de cause, immédiatement après que le danger a été éliminé (article 35, alinéa 3.2 GG). Les mesures prises par le gouvernement fédéral en cas de danger menaçant l'ordre constitutionnel libéral et démocratique doivent être rapportées après l'élimination de ce danger et, «en outre, à tout moment à la demande du Bundesrat» (article 91, alinéa 2.2 GG). L'engagement des forces armées pendant un tel état de danger doit cesser dès que le Bundestag ou le Bundesrat l'exigent (article 87.a, alinéa 4.2 GG).

Contrôle judiciaire. Les règles relatives à l'état d'exception interne ne limitent pas le contrôle judiciaire. Il est capital qu'aucun acte de l'Etat fondé sur une loi d'exception ne soit exclu du contrôle judiciaire, notamment de la Cour constitutionnelle. Il convient toutefois de garder à l'esprit que les mesures prises pendant l'état d'exception répondent à des conditions extrêmement arbitraires. Aussi la justice se bornera-t-elle normalement à vérifier s'il y a eu abus de pouvoirs constitutionnels. Il y a lieu d'espérer que l'efficacité du contrôle judiciaire réside surtout dans le fait que les institutions habilitées à intervenir dans des situations d'urgence savent que leurs actes sont soumis au contrôle judiciaire.

Contrôle du peuple. Aux termes de l'article 20 alinéa 4 GG, tous les Allemands ont le droit de résister à toute personne ou institution qui entreprendrait de renverser l'ordre constitutionnel institué par la Loi fondamentale. Cependant ce droit est strictement assujéti à la condition qu'il n'y ait pas d'autre remède possible (notamment juridictionnel). Le droit de résistance peut être considéré comme l'ultime contrôle (exercé par le peuple) des abus susceptibles d'être commis dans une situation d'urgence.

3.5 Droits de l'homme dans une situation d'urgence interne

Le respect des droits fondamentaux est garanti en cas d'état d'exception interne. La Constitution ne suspend ni ne restreint les droits et les libertés fondamentales par

une clause ou une habilitation générale. Seuls les articles relatifs aux droits fondamentaux eux-mêmes énoncent certaines règles spéciales. Cependant, il n'est pas exclu que les restrictions constitutionnelles régulières imposées aux droits fondamentaux soient éventuellement étendues pendant un état d'exception interne, où la menace qui pèse sur l'intérêt général revêt plus d'importance par rapport aux libertés civiles, dont elle influence l'appréciation conformément au principe de proportionnalité.

Conformément à l'article 11, alinéa 2 GG, la liberté de circulation peut être limitée par la loi ou en vertu d'une loi en cas de danger menaçant l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou de catastrophe naturelle ou de sinistre particulièrement grave.

En revanche, l'article 9, alinéa 3.3 GG protège explicitement le droit de grève pendant l'état d'exception interne, en interdisant de diriger les forces armées ou les forces de police contre les conflits du travail.

4. État d'exception externe

4.1 Etat de défense (*Verteidigungsfall*), article 115.a ss GG

L'état de défense est promulgué lorsque l'existence de l'Etat et le fonctionnement de ses organes sont gravement menacés.

4.1.1 Définition

Selon l'article 115.a GG, on parle d'état de défense lorsque «le territoire fédéral fait l'objet d'une agression armée ou qu'une telle agression est imminente». Les termes mêmes employés dans cette définition font apparaître que «l'état de défense» n'est pas synonyme «d'état de guerre» en droit international car une «agression imminente» n'est pas encore une déclaration de guerre. C'est également ce qui ressort de la faculté qu'a le Président fédéral de faire des déclarations internationales sur l'existence de l'état de défense; nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

4.1.2 Constatation, promulgation et cessation de l'état d'exception

L'état de défense est constaté comme suit: à la demande du gouvernement fédéral, le Bundestag constate l'état de défense avec l'approbation du Bundesrat. Cette constatation requiert la majorité des deux tiers des voix exprimées correspondant au moins à la majorité des membres composant le Bundestag, article 115.a, alinéa 1 GG. L'approbation du Bundesrat nécessite la majorité au moins de ses voix, article 52, alinéa 3 GG.

Lorsque les circonstances l'exigent, l'état de défense peut également être constaté par la commission commune (*Gemeinsamer Ausschuss*). Il s'agit d'un organe constitutionnel spécial introduit dans la Loi fondamentale par les modifications de 1968. La commission commune se compose de quarante-huit membres, dont les deux tiers sont des députés désignés par le Bundestag en proportion de l'importance des groupes parlementaires, et un tiers de membres du Bundesrat, chaque Land désignant une personne, article 53.a GG. Par sa composition, la commission commune constitue un «Bundestag et un Bundesrat restreints» délibérant en séance commune. Constituée au début de chaque législature (paragraphe 2, règlement intérieur de la commission commune), la commission commune est un organe constitutionnel permanent. Le gouvernement fédéral doit l'informer des mesures envisagées pour l'état de défense, article 53.a, alinéa 2 GG.

La commission commune est appelée à constater l'état de défense lorsque la situation exige impérativement une action immédiate et que, par suite d'obstacles insurmontables, le Bundestag n'a pu se réunir en temps utile *ou* ne peut délibérer faute de quorum, article 115.a, alinéa 2 GG. Les conditions requises pour faire cette constatation sont les mêmes que celles imposées au Bundestag: une demande correspondante du gouvernement fédéral, une majorité des deux tiers des voix exprimées correspondant au moins à la majorité des membres de la commission commune. Celle-ci ne peut constater l'état de défense qu'après avoir été informée par le président en exercice du Bundestag que des obstacles insurmontables empêchent celui-ci de se réunir en temps utile ou de délibérer faute de quorum (paragraphe 9, règlement intérieur de la commission commune).

La constatation de l'état de défense doit être promulguée par le Président fédéral au Journal officiel fédéral. Si cette promulgation ne peut être accomplie en temps voulu, elle intervient sous une autre forme (article 115.a, alinéa 3 GG), par exemple par voie de radio, de télévision et de presse, conformément à une loi spéciale relative aux promulgations et aux annonces simplifiées (du 18 juillet 1975).

Une autre disposition de la Loi fondamentale (article 115.a, alinéa 4) règle ce qu'on peut appeler le commencement ou le début automatique de l'état de défense. Lorsque le territoire fédéral fait l'objet d'une agression armée et que les organes fédéraux compétents sont dans l'impossibilité de constater l'état de défense, cette constatation est «réputée avoir été faite et promulguée au moment où l'agression a débuté». Le Président fédéral fait connaître cette date dès que les circonstances le permettent.

Lorsque la constatation de l'état de défense a été promulguée (ou est réputée avoir été faite et promulguée) *et* que le territoire fédéral fait l'objet d'une agression

armée, le Président fédéral peut, avec l'approbation du Bundestag ou □ dans les circonstances précitées □ de la commission commune «procéder à des déclarations internationales sur l'existence de l'état de défense», article 115.a, alinéa 5 GG. Une telle déclaration consiste essentiellement à constater «l'état de guerre».

La cessation de l'état de défense peut être proclamée à tout moment par le Bundestag avec l'accord du Bundesrat; celui-ci peut demander au Bundestag qu'il se prononce à ce sujet. La cessation de l'état de défense doit être déclarée immédiatement lorsque les conditions nécessaires à sa constatation ne sont plus réunies. La décision du Bundestag doit être promulguée par le Président fédéral, article 115.l, alinéa 2 GG.

4.1.3 *Fonctionnement des institutions démocratiques pendant l'état de défense: Redistribution des pouvoirs et continuité des institutions démocratiques*

La constatation de l'état de défense se traduit, sur le plan juridique, par une importante redistribution des compétences législatives et exécutives.

Redistribution des compétences législatives. Pendant l'état de défense, la Fédération a la compétence législative concurrente, même dans les domaines relevant habituellement de la compétence législative des Länder (dont le plus important est la police). Cependant, pour protéger les intérêts des Länder, ces lois requièrent l'approbation du Bundesrat (article 115.c, alinéa 1 GG).

La Loi fondamentale règle en détail, aux sections VIII, VIII.a et X, le système administratif et fiscal de la Fédération et des Länder. Des lois fédérales prises pour l'état de défense peuvent organiser l'administration et les finances en dérogation à ces sections, dans la mesure où cela est nécessaire pour faire échec à une agression en cours ou à une menace imminente d'agression. Ces lois requièrent l'approbation du Bundesrat (article 115.c, alinéa 3 GG).

Pendant l'état de défense, une *procédure simplifiée d'adoption des lois fédérales* est mise en place. En temps normal, les projets de loi du gouvernement fédéral sont d'abord soumis au Bundesrat puis, lorsque celui-ci a pris position, au Bundestag (article 76 GG). Selon la «constitution d'exception», les projets de loi que le gouvernement fédéral a déclaré urgents sont transmis au Bundesrat en même temps qu'ils sont déposés au Bundestag, qui délibèrent immédiatement en commun sur ces projets (article 115.d, alinéas 1 et 2 GG). La médiation prévue à l'article 77 GG entre le Bundestag et le Bundesrat sous la forme d'une commission spéciale n'a pas lieu.

Dans la procédure législative simplifiée précitée, le pouvoir législatif reste entre les mains du Bundestag et du Bundesrat. Ceux-ci peuvent toutefois être remplacés par la commission commune qui fait alors fonction de «parlement d'exception». Ce transfert des compétences législatives ne peut avoir lieu que si la commission commune constate que des obstacles insurmontables s'opposent à la réunion en temps utile du Bundestag ou que celui-ci ne peut délibérer faute de quorum. Cette constatation requiert la majorité des deux tiers des voix exprimées, correspondant à la majorité au moins des membres qui composent la commission commune. Celle-ci se substitue alors au Bundestag et au Bundesrat et exerce l'ensemble de leurs prérogatives (article 115.e, alinéa 1 GG).

La substitution de la commission commune au Bundestag et au Bundesrat est certainement l'un des éléments clés des dispositions relatives à l'état de défense. Cette règle garantit le maintien, pendant l'état de défense, d'un organe parlementaire, même restreint, au cas où le parlement dans son ensemble serait incapable de fonctionner. L'autre solution aurait été de transférer les compétences législatives au gouvernement fédéral. L'institution de la commission commune montre qu'un tel transfert n'est pas indispensable. L'on pourrait objecter, par ailleurs, qu'en autorisant la commission commune à s'assurer que le Bundestag et le Bundesrat ne peuvent se réunir en même temps, on offre à celle-ci la possibilité de s'arroger le droit de se substituer à eux. Cependant, quelle est la bonne solution? En assujettissant cette substitution à une décision du gouvernement fédéral, celui-ci pourrait, en ne rendant pas cette décision, agir dans un vide parlementaire. En outre, il convient de souligner que des restrictions législatives sont imposées à la commission commune. Celle-ci ne peut édicter une loi portant révision, suspension ou abrogation en tout ou partie de la Loi fondamentale, ni édicter des lois relatives au transfert de droits de souveraineté à des institutions internationales (article 115.e, alinéa 2 GG). Enfin, le Bundestag peut à tout moment, avec l'accord du Bundesrat, rapporter les lois adoptées par la commission commune, et le Bundesrat peut demander au Bundestag qu'il se prononce à ce sujet (article 115.l, alinéa 1.1 GG).

Redistribution des compétences exécutives. L'autorité et le commandement sur les forces armées, normalement exercés au sein du gouvernement fédéral, par le ministre fédéral de la Défense (article 65.a GG) sont transférés au chancelier fédéral (article 115.b GG).

Selon l'article 115.f GG, le gouvernement fédéral peut, pendant l'état de défense et pour autant que les circonstances l'exigent, donner des instructions non seulement à l'administration fédérale indépendante mais aussi aux gouvernements des Länder et même, s'il l'estime urgent, aux autorités administratives des Länder. Il est en outre habilité à engager la police fédérale des frontières sur l'ensemble du territoire fédéral, élargissant ainsi les attributions de celle-ci. L'application de cet article se

traduirait par une forte centralisation des pouvoirs administratifs du gouvernement fédéral.

Par ailleurs, la décentralisation des pouvoirs administratifs est également possible pendant l'état de défense lorsque les organes fédéraux compétents sont dans l'impossibilité de prendre les mesures qui s'imposent pour écarter le danger et que la situation exige une action autonome et immédiate dans différentes parties du territoire fédéral. Dans ces conditions, les gouvernements des Länder sont habilités à donner dans leur ressort des instructions à l'administration fédérale et à décider d'engager la police fédérale des frontières (article 115.i, alinéa 1 GG). Les mesures prises par les gouvernements des Länder peuvent toutefois être rapportées à tout moment par le gouvernement fédéral (article 115.i, alinéa 2 GG).

En temps normal, l'armée n'intervient pas à l'intérieur du pays. Pendant l'état de défense, elle est habilitée à protéger des objectifs civils et à assumer des missions de police de la circulation, dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de la mission de défense. Elle peut également être chargée de protéger des objectifs civils pour renforcer l'effet des mesures de police (article 87.a, alinéa 3 GG).

Compétences judiciaires inchangées. Au regard du droit, le statut des tribunaux reste inchangé pendant l'état de défense. En ce qui concerne le statut et l'exercice des fonctions constitutionnelles de la Cour constitutionnelle fédérale, l'article 11.g GG interdit expressément d'y porter atteinte. La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale ne peut être modifiée par une loi de la commission commune que dans la mesure où, de l'avis même de la Cour constitutionnelle, cela est nécessaire pour maintenir celle-ci en état de remplir ses fonctions. Le mandat d'un membre de la Cour constitutionnelle fédérale qui arrive à échéance pendant l'état de défense prend fin six mois après la cessation de l'état de défense (article 115.h, alinéa 1.3 GG). L'on ne saurait évidemment exclure que des événements survenant pendant l'état de défense empêchent les tribunaux d'exercer leurs fonctions, mais ils se situent hors du contrôle de la «constitution d'exception».

L'interdiction des tribunaux d'exception (*Ausnahmegerichte*, visés à l'article 101 GG) n'est pas suspendue pendant l'état de défense. L'article 96, alinéa 2 GG permet toutefois de créer sous forme de tribunaux fédéraux des tribunaux pénaux militaires pour les forces armées, qui exercent leur juridiction à l'égard des membres des forces armées pendant l'état de défense.

Continuité des institutions démocratiques. En envisageant l'hypothèse selon laquelle les institutions démocratiques pourraient ne pas fonctionner normalement pendant l'état de défense, et en prévoyant des organes de substitution comme la

commission commune, la Loi fondamentale vise principalement à assurer la continuité du fonctionnement des organes constitutionnels pendant l'état d'urgence et la période qui suit sa cessation. Cette volonté transparaît à travers les dispositions suivantes: la dissolution du Bundestag est exclue pour la durée de l'état de défense (article 115.h, alinéa 3 GG). Compte tenu de l'impossibilité d'organiser des élections législatives, le Bundestag et les parlements des Länder restent au pouvoir, les législatures qui arrivent à échéance pendant l'état de défense prenant fin six mois après la cessation de celui-ci. Quant au mandat du Président fédéral arrivant à échéance pendant l'état de défense, il prend fin neuf mois après la cessation de l'état de défense (article 115.h, alinéa 1 GG).

Il convient de relever qu'il n'existe pas de dispositions analogues protégeant les membres du gouvernement fédéral ou des gouvernements des Länder. Le gouvernement fédéral peut être renversé, y compris par la commission commune. Ainsi, le parlement et la commission commune conservent leurs pleins pouvoirs de contrôle sur l'exécutif.

4.1.4 Droits de l'homme pendant l'état de défense: restriction des droits et des libertés fondamentales

La «constitution d'exception» de la Loi fondamentale est également caractérisée par l'absence d'une clause générale relative à la suspension ou à la restriction des droits et des libertés fondamentales. Des restrictions ne peuvent être imposées que lorsque la Loi fondamentale le prévoit expressément.

La section «Xa. L'état de défense» ne comporte qu'une seule disposition de ce genre □ l'article 115.c alinéa 2 GG □ qui concerne l'expropriation et la privation de liberté. Cet article permet d'édicter une réglementation provisoire en matière d'indemnisation pour expropriation ou privation de liberté non ordonnée par le juge pendant une période n'excédant pas quatre jours au lieu d'un jour normalement. De telles dérogations aux articles 14 et 104 GG doivent faire l'objet d'une loi fédérale prise pour l'état de défense.

En outre, comme dans les situations d'urgence internes, le droit à la liberté de circulation peut être limité par une loi pendant l'état de défense (article 11, alinéa 2 GG). Les lois relatives à la défense peuvent prévoir des restrictions à l'inviolabilité du domicile (article 17.a, alinéa 2 GG).

L'article 12.a, alinéas 3, 4 et 6 GG permet de restreindre le droit au libre choix de la profession ou de l'emploi et de déroger au principe selon lequel aucun emploi ne peut être imposé à qui que ce soit. Ainsi, les personnes soumises aux obligations militaires qui ne sont pas appelées à accomplir un service peuvent, en règle générale, être obligées à fournir dans le cadre de rapports de travail des

prestations de service de nature civile à des fins de défense, y compris à des fins de protection de la population civile. Les femmes âgées de 18 ans révolus peuvent être appelées à 55 ans révolus, à accomplir des prestations de service de nature civile dans les établissements sanitaires et hospitaliers civils ainsi que les hôpitaux militaires fixes. Cependant, elles ne doivent en aucun cas accomplir un service armé. Toutes ces restrictions peuvent être imposées uniquement par la loi ou en vertu d'une loi.

Il peut paraître surprenant, mais c'est vraiment ainsi, que le droit de grève pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques soit garanti non seulement pendant l'état d'exception interne mais également pendant l'état de défense (article 9, alinéa 3 GG).

L'article 10 GG appelle une remarque particulière. Dans sa version initiale de 1989, il disposait que le secret de la poste et des télécommunications est inviolable. Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi. Dans sa version de 1968, il prévoit que «la loi peut disposer que l'intéressé ne sera pas informé» de la restriction si celle-ci «est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land», et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple. La loi relative à la limitation du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications, adoptée le 13 août 1968 sur la base de l'article 10 GG, s'applique indépendamment de l'existence d'un état d'exception, mais son importance peut être renforcée pendant un état d'exception externe ou interne.

Etant donné que les tribunaux de droit commun et, surtout, la Cour constitutionnelle continuent de fonctionner, ils sont en mesure de protéger les droits et les libertés fondamentales du peuple également pendant l'état de défense. A cet égard, il est capital que le principe de l'intangibilité de la dignité de l'être humain, énoncé à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale, reste inviolable pendant l'état d'exception. Il en va de même en ce qui concerne l'article 19, alinéa 2, qui interdit à l'Etat de porter atteinte directement à la substance d'un droit fondamental protégé.

4.2 Etat de tension (*Spannungsfall*), article 80.a, alinéa 1

4.2.1 Sens (ratio legis) de l'article 80.a GG

Comme indiqué plus haut, certaines dispositions de la Loi fondamentale ne s'appliquent que pendant l'état de défense et dans d'autres situations d'urgence (interne). Il en va de même pour les lois d'exception dites simples, qui sont débattues, adoptées et promulguées avant l'instauration de l'état d'exception. De la

sorte, le parlement peut élaborer des lois dans le cadre de discussions approfondies et relativement calmes, sans subir la pression d'une situation réelle d'urgence. Les lois d'exception promulguées, ainsi que les dispositions d'exception pertinentes de la Loi fondamentale forment une catégorie spéciale de lois fédérales: bien qu'étant en vigueur, elles sont applicables uniquement pendant l'état de défense. L'article 80.a. GG permet d'appliquer ce type de dispositions déjà pendant l'état dit de tension.

4.2.2 *Définition*

La Loi fondamentale ne donne aucune définition de la notion d'«état de tension». Cependant, on considère généralement que cette situation est rattachée à l'état de défense en ce sens qu'elle le précède. L'état de tension désigne une situation internationale dangereuse, une crise risquant de déboucher sur une agression armée et, par suite, sur l'instauration de l'état de défense. Il va sans dire qu'il serait préjudiciable à la République Fédérale d'Allemagne, mais avantageux pour l'agresseur potentiel si la loi interdisait de prendre des mesures préliminaires avant le début des hostilités. L'article 80.a GG autorise de telles mesures. Ainsi, l'état de tension correspond à la phase traditionnellement qualifiée de «mobilisation».

4.2.3 *Constataion, proclamation et cessation de l'état d'exception*

En principe, il appartient au Bundestag de constater l'état de tension à une majorité des deux tiers; l'approbation du Bundesrat n'est pas nécessaire. Cependant, pour éviter qu'une telle constatation n'entraîne un regain de tension, la Loi fondamentale dispose qu'au lieu d'une constatation expresse et spectaculaire de l'état de tension, le Bundestag se borne à approuver l'application des lois d'exception spécifiques. C'est également ce souci d'éviter un regain de tension qui, sans doute, explique pourquoi il suffit d'une majorité simple des suffrages exprimés pour constater l'état de tension, et que la Loi fondamentale ne prévoit aucune promulgation ou proclamation spéciale de l'état de tension.

Il existe une troisième manière d'appliquer les règles de droit pertinentes avant l'état de défense. L'application de ces dispositions est également permise en vertu et selon les conditions d'une décision prise par un organe international dans le cadre d'un traité d'alliance, avec l'accord du gouvernement fédéral (article 80.a, alinéa 3 GG). Dans ce cas, l'approbation du Bundestag n'est pas obligatoire. Cette disposition renvoie à l'appartenance de l'Allemagne à l'Otan et à l'UEO.

Toutes les mesures prises en vertu des règles de droit applicables pendant l'état de tension, y compris celles qui font suite à une décision rendue par un organe international dans le cadre de l'Otan ou de l'UEO, doivent être rapportées si le

Bundestag l'exige (article 80.a, alinéa 2). Ainsi, le parlement reste maître de la situation.

4.2.4 Règles de droit applicable pendant l'état de tension

Celles-ci sont énoncées soit dans la Loi fondamentale elle-même, soit dans les lois d'exception simples.

Il est possible, déjà pendant l'état de tension, d'obliger, par la loi ou en vertu d'une loi, les personnes soumises aux obligations militaires qui ne sont pas appelées à accomplir un service à fournir, dans le cadre de rapports de travail, des prestations de service de nature civile à des fins de défense, y compris à des fins de protection de la population civile, et de restreindre le droit de ne plus exercer une profession ou de ne plus occuper un emploi (article 12.a, alinéas 5 et 6 GG).

Comme pendant l'état de défense, les forces armées sont habilitées à protéger des objectifs civils (y compris pour renforcer l'effet des mesures de police) et à assumer des missions de police de la circulation dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de leur mission de défense (article 87.a, alinéa 3 GG).

Les principales lois d'exception simples sont les suivantes: la loi sur la protection des catastrophes et celle sur la sécurité du travail, toutes deux du 9 juillet 1968, les lois sur la sécurité de l'économie, sur la sécurité alimentaire et sur la sécurité de la circulation, toutes trois de 1965, révisées en 1968, et la loi sur la protection civile de 1976.

* * *

(Le présent rapport s'inspire en partie de l'ouvrage d'Eckart Klein, «The States of Emergency according to the Basic Law of the Federal Republic of Germany», in: Bernhardt/Beyerlin (ed.), *Reports on German Public Law, Heidelberg, 1990*, p. 63-79).

c droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence: la constitution espagnole par M. Jaime NICOLÁS MUÑIZ

Directeur Adjoint du Centre d'études sur le Droit Constitutionnel, Madrid, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Sommaire

I. Les divers types d'état d'exception

- II. Proclamation de l'état d'exception
- III. Fonctionnement des organes législatifs, pendant la durée de l'état d'exception
- IV. Maintien des autorités civiles durant l'état d'exception; rôle des tribunaux militaires
- V. Restrictions et garanties en matière de droits de l'homme en cas d'état d'exception
- VI. Contrôle juridictionnel des pouvoirs d'exception
- VII. Annexes

* * *

I. Les divers types d'état d'exception

La Constitution espagnole énonce et définit explicitement, à ses articles 55.1, 116, 117.5 et 117.6 (voir annexe), les aspects constitutionnels de l'état d'exception. La principale disposition applicable en la matière □ disposition qui privilégie clairement les garanties □ est constituée par l'article 116 de la Constitution, lequel décrit de façon précise les principales caractéristiques des divers types d'état d'exception envisageables, en laissant toutefois à une loi organique le soin d'en réglementer l'application; il s'agit en l'occurrence de la loi organique n° 4/1981. L'article 55.1 énumère les droits fondamentaux susceptibles d'être suspendus dans les situations d'exception les plus graves. L'article 117 délègue quant à lui au législateur la réglementation de l'exercice d'une juridiction militaire lorsque est institué l'état d'exception maximal, à savoir «l'état de siège», pour reprendre les termes figurant dans la Constitution (article 117.5); cette dernière interdit aussi (article 117.6) l'institution de tribunaux d'exception.

La Constitution espagnole adopte, s'agissant de la déclaration d'un état d'exception, un modèle diversifié ou pluraliste renvoyant à trois situations spécifiques, baptisées respectivement «état d'alerte», «état d'urgence» et «état de siège» (ou loi martiale). La Constitution comporte des dispositions particulièrement détaillées concernant les conditions dans lesquelles ces différents états d'exception peuvent être déclarés, le mode de fonctionnement des institutions dans de telles situations (s'agissant notamment du parlement et du pouvoir judiciaire) ainsi que les durées maximales pendant lesquelles peuvent être exercés ces pouvoirs d'exception. Toutefois, la Constitution ne précise pas les motifs pour lesquels l'état d'exception peut être proclamé, laissant ce soin à une loi organique. C'est ainsi que la loi organique n° 4/1981 a adopté, sur la base de cette habilitation constitutionnelle, un modèle différencié plutôt que graduel, dans lequel les divers types d'état d'exception prévus se fondent davantage sur des distinctions de cause que sur des distinctions d'intensité de réponse à une situation d'urgence particulière ou à une menace pesant sur le fonctionnement normal des

institutions démocratiques. La loi organique précitée définit ainsi les trois types d'état d'exception prévus par la Constitution:

- l'«état d'alerte», défini par l'article 4 de la loi organique comme une réponse à des situations d'urgence «naturelle», doit permettre de faire face à des catastrophes et autres désastres publics (paragraphe *a*), à des crises sanitaires (paragraphe *b*) ou à des situations de pénurie de denrées de base (paragraphe *d*); l'état d'alerte peut également être décrété en cas de paralysie des services publics essentiels (paragraphe *c*), c'est-à-dire dans des situations pouvant être considérées comme faisant peser une menace plus ou moins grave sur l'ordre public, ce qui est également susceptible de se produire en cas de pénurie;
- l'«état d'urgence» est quant à lui décrété «lorsque le libre exercice des droits et libertés des citoyens ou le fonctionnement normal des institutions démocratiques, des services publics indispensables à la collectivité ou de tout autre organe de l'autorité publique se trouvent entravés à un point tel que les pouvoirs ordinaires ne suffisent pas à les rétablir ou à les maintenir» (article 13.1 de la loi organique); l'«état d'urgence» apparaît donc ainsi lié à des troubles affectant la société civile ou l'ordre public;
- l'«état de siège» (ou loi martiale) est défini comme un état d'exception militaire pouvant être décrété «en cas d'insurrection ou de menace d'insurrection, ou dans le cas d'un coup de force contre la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale ou l'ordre constitutionnel de l'Espagne, lorsque aucun autre moyen n'est susceptible d'aboutir» (article 32.1 de la loi organique).

Il y a lieu de s'attarder ici quelque peu sur l'article 55.2 de la Constitution, lequel prévoit la possibilité de suspendre les droits individuels constitutionnels des citoyens dans le cadre d'enquêtes portant sur l'action de bandes armées ou d'éléments terroristes. C'est sur la base de cette disposition constitutionnelle qu'ont été adoptées les lois antiterroristes qui font aujourd'hui partie intégrante du Code pénal et du Code de procédure pénale au terme, respectivement, des lois organiques n^{os} 3/1988 et 4/1988. Ces textes ont rendu possible l'adoption de mesures extraordinaires en l'absence de toute situation d'urgence et sans avoir à décréter un état d'exception; la portée concrète de ces mesures demeure toutefois relativement limitée, tout particulièrement si on les compare à celles qu'autoriseraient des états d'exception, notamment l'état d'urgence ou l'état de siège.

II. Proclamation de l'état d'exception

1. Les compétences et procédures requises pour la déclaration des différents états d'exception sont variables:

- l'«état d'alerte» est décrété par le gouvernement; le décret, adopté en Conseil des ministres, est communiqué au Congrès des députés (c'est-à-dire à la Chambre basse du Parlement espagnol), lequel se réunit immédiatement (article 116.2 de la Constitution et article 6.1 de la loi organique n° 4/1981); lorsqu'une situation d'urgence affecte tout ou partie du territoire d'une communauté autonome, son président (c'est-à-dire le chef de son exécutif) ne peut que demander au gouvernement de déclarer l'état d'alerte (article 5 de la loi organique);
- l'«état d'urgence» est décrété par le gouvernement; le décret en question ne peut être adopté par le Conseil des ministres (article 116.3 de la Constitution et article 13.1 de la loi organique) qu'après autorisation du Congrès des députés; cette autorisation ne saurait être interprétée comme un «blanc-seing», étant donné que la demande de délégation faite par le gouvernement doit préciser la nature des pouvoirs spéciaux dont il souhaite disposer et de toutes les autres mesures qu'il entend prendre durant la période d'exception (article 13.2 de la loi organique); le Congrès des députés peut accepter ou rejeter dans sa totalité la demande du gouvernement, ou encore la modifier (article 13.3 de la loi organique);
- l'«état de siège» est déclaré à la majorité absolue du Congrès des députés, à l'initiative exclusive du gouvernement (article 116.4 de la Constitution et article 32.1 de la loi organique).

2. En ce qui concerne la durée maximale de l'état d'exception et la procédure permettant de reconduire cette période:

- l'«état d'alerte» est décrété pour une période maximale de quinze jours; cette période peut être prorogée avec l'autorisation du Congrès des députés (article 116.2 de la Constitution et article 6.2 de la loi organique);
- la Constitution fixe la durée maximale de l'«état d'urgence» à trente jours, renouvelable pour la même durée et dans les mêmes conditions (article 116.3 de la Constitution et article 15.3 de la loi organique);
- la Constitution ne précise pas la durée maximale de l'«état de siège» (loi martiale) mais stipule qu'il revient au Congrès des députés d'en décider lors de la déclaration de l'état d'exception (article 116.4); cette disposition constitutionnelle est reprise mot pour mot par la loi organique (article 32.2); toutefois, ni la durée de l'état de siège ni son renouvellement ne

sauraient être illimités; l'article 2.2 de la loi organique affirme très clairement le caractère temporaire de toutes les situations d'exception prévues par la Constitution; l'article 2 de la loi organique pose une autre condition préalable à toute déclaration d'état d'exception, à savoir le caractère indispensable des mesures adoptées et de la durée de celles-ci.

III. Fonctionnement des organes législatifs pendant la durée de l'état d'exception

1. Le principe de base sur lequel repose la réglementation, par la Constitution et la loi, des pouvoirs d'exception en Espagne consiste en ceci que la déclaration de l'état d'exception ne peut en aucun cas interrompre le fonctionnement normal des organes constitutionnels de l'Etat (article 116.5, alinéa 2 de la Constitution, lequel insiste sur le Congrès, et article 1.4 de la loi organique). Par conséquent, aucune autre compétence ne saurait être déléguée que celles spécifiquement énoncées par la loi organique à laquelle la Constitution a confié le soin de préciser son article 116.

2. La Constitution interdit expressément toute dissolution du Congrès aussi longtemps qu'est en vigueur l'un des trois états d'exception qu'elle définit, et ce conformément à la mission assignée par la Constitution elle-même au Congrès des députés en matière de déclaration, d'autorisation ou de prorogation (et de contrôle) de ces états d'exception. Bien que cette interdiction expresse ne mentionne que le Congrès, la dissolution du Sénat ne semble pas envisageable, étant donné que l'un des effets automatiques de la déclaration d'un état d'exception réside justement dans la convocation des deux chambres dans le cas où celles-ci ne seraient pas en session (fin du premier alinéa de l'article 116.5).

3. Les textes espagnols régissant ces états d'exception ne prévoient pas de transfert particulier de compétences législatives, ni de modification dans l'exercice de ces dernières. Il n'existe donc pas de décrets ou arrêtés d'urgence au sens strict, et les décrets-lois ne sauraient être considérés comme des instruments normatifs susceptibles d'être utilisés durant un état d'exception. Outre le texte de la Constitution lui-même, qui accorde au gouvernement la possibilité d'adopter des décrets-lois «en cas de nécessité extraordinaire et urgente», la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'est efforcée de bien marquer la différence qui sépare cette compétence de celles résultant de situations d'exception au sens strict.

IV. Maintien des autorités civiles durant l'état d'exception. Rôle des tribunaux militaires

Même en cas d'état de siège, les autorités civiles conservent leurs compétences. Si la loi organique n° 4/1981 permet bien au gouvernement de désigner une autorité

militaire pour mettre en œuvre, sous sa direction, les mesures d'exception nécessaires, c'est au seul gouvernement que la loi organique confère les pouvoirs extraordinaires □ définis par la Constitution et la loi organique elle-même □ devant être exercés durant l'état de siège, l'accent étant mis sur le fait que le gouvernement continuera à diriger lui-même la politique militaire et de défense. Il va sans dire que le gouvernement continue à exercer toutes les autres compétences qui ne sont pas mentionnées dans cette loi organique. Il s'ensuit que les autorités militaires ne peuvent tout au plus exercer dans ce cas que certains pouvoirs précis en matière d'administration et de police.

Précisant les dispositions de l'article 117.5 de la Constitution, l'article 35 de la loi organique n° 4/1981 se limite à autoriser la déclaration de l'état de siège □ qui, ainsi que cela a été précédemment indiqué, exige un vote à la majorité du Congrès des députés □ et à définir les délits relevant d'une juridiction militaire, mais uniquement pendant la durée de l'état de siège. Toutefois, il ne s'ensuit pas un transfert massif du pouvoir judiciaire aux tribunaux militaires, ni une quelconque possibilité d'instituer des cours martiales, l'article 117.6 de la Constitution interdisant expressément la création de tribunaux d'exception.

V. Restrictions et garanties en matière de droits de l'homme en cas d'état d'exception

1. La possibilité de modifier ou de restreindre le fonctionnement des pouvoirs et organes constitutionnels de l'Etat ayant été ainsi écartée, les mesures les plus largement applicables susceptibles d'être adoptées dans le cadre d'un état d'exception concernent notamment la suspension des garanties constitutionnelles. A cet égard, la Constitution espagnole a adopté une position très restrictive, laquelle a été scrupuleusement respectée par la loi organique. En effet, la Constitution espagnole, contrairement aux modèles les plus courants que nous propose le droit comparé, n'a pas choisi de définir un noyau intangible constitué de dispositions ou de droits constitutionnels qui ne sauraient en aucun cas être suspendus ou modifiés, mais a plutôt énoncé une liste exclusive et rigoureuse de droits pouvant être restreints dans une situation d'exception telle que définie par la Constitution. Ainsi, selon l'article 55.1 de cette dernière:

- durant l'état d'urgence, les seuls droits pouvant être suspendus sont ceux reconnus à l'article 17 (droit à la liberté personnelle) □ à l'exception toutefois de ceux de l'article 17.3 (droits de toute personne placée en détention et droit à l'assistance d'un avocat), lesquels ne sauraient être suspendus dans ce cas □ à l'article 18.2 (inviolabilité du domicile), à l'article 18.3 (secret des communications), à l'article 19 (droit de choisir librement sa résidence et droit de circulation), à l'article 20.1.a (liberté

d'expression), à l'article 20.1.d (droit à l'information), à l'article 20.5 (interdiction de toute saisie de publication et autre moyen d'information en l'absence d'une décision judiciaire), à l'article 21 (droit de réunion et de manifestation), à l'article 28.2 (droit de grève) et à l'article 37.1 (droit à la négociation collective);

- durant l'état de siège, la liste des droits pouvant être suspendus n'est accrue que de ceux énoncés à l'article 17.3 (droits de toute personne placée en détention et droit à l'assistance d'un avocat);
- la déclaration de l'état d'alerte n'entraîne la suspension d'aucun droit fondamental.

2. En tout état de cause, la suspension de ces droits est toujours partielle et consiste généralement en la possibilité d'y déroger sans l'autorisation d'un tribunal, ce qui ne signifie pas la suppression de toute garantie ou possibilité d'intervention judiciaire. Ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, les articles 16 et suivants de la loi organique réglementent de façon précise les droits concernés dans l'intention très claire d'apporter des garanties à cet égard. La meilleure illustration de cette volonté réside dans le régime d'exception appliqué à la liberté individuelle: la durée maximale de détention a été fixée à dix jours (durée normalement inférieure à celle de l'état d'urgence), le détenu devant être présenté à un magistrat dans les vingt-quatre heures suivant son arrestation, et les autorités judiciaires disposant de droits étendus et permanents d'inspection durant la détention, laquelle doit toujours se fonder sur une preuve concrète que la personne arrêtée était sur le point, sinon de commettre un délit, tout au moins de troubler l'ordre public (article 16). Cette volonté d'apporter des garde-fous se manifeste également à l'égard d'autres droits affectés tels que la suspension du droit à l'inviolabilité du domicile (article 18.2), suspension qui se trouve assortie de toute une série de formalités et de conditions préalables, parmi lesquelles la communication immédiate au juge des raisons et des résultats de la perquisition. En ce qui concerne la suspension de la liberté d'information, s'il est vrai que disparaît la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable à toute saisie de publications, il n'en reste pas moins que les pouvoirs publics n'ont aucun moyen d'obliger les médias à publier quelque texte que ce soit.

3. Il nous faut enfin préciser que la suspension des droits fondamentaux n'est jamais une conséquence automatique ni générale de la déclaration de l'état d'exception, mais qu'il incombe au décret proclamant cet état d'exception de préciser dans quelle mesure le gouvernement entend se prévaloir des dispositions constitutionnelles applicables en la matière (fin de l'article 116.2 et articles correspondants de la loi organique).

VI. Contrôle juridictionnel des pouvoirs d'exception

1. La Constitution et, de façon plus explicite, la loi organique n° 4/1981, instituent un contrôle juridictionnel rigoureux sur les mesures et actes susceptibles d'être adoptés pendant la durée de l'état d'exception.
2. L'intervention des pouvoirs judiciaires est régie par un certain nombre de principes généraux consacrés par la Constitution et la loi organique:
 - a. ainsi que le stipulent l'article 116.6 de la Constitution et l'article 3.2 de la loi organique n° 4/1981, la déclaration de l'état d'exception n'affecte pas le principe de la responsabilité du gouvernement et de ses agents;
 - b. le principe général du droit de recours est reconnu à l'égard de tous les actes et dispositions adoptés par les pouvoirs publics en vertu des pouvoirs d'exception dont ils disposent (article 3.1 de la loi organique);
 - c. en ce qui concerne les institutions, la déclaration de l'état d'exception n'affecte ni les fonctions, ni les compétences, ni la juridiction des organes judiciaires ordinaires.
3. Conformément aux principes ainsi établis, les organes judiciaires ordinaires disposent d'importants pouvoirs de contrôle sur les mesures adoptées dans le cadre des différents états d'exception, y compris au moment de leur application. Le contrôle exercé sur les actes et dispositions adoptés concerne aussi bien leur forme que leur fond.
4. En ce qui concerne la possibilité d'exercer un contrôle juridictionnel sur la déclaration elle-même, on admet généralement que celui-ci serait possible si la Cour constitutionnelle assimilait l'autorisation du parlement ou la déclaration de l'état d'exception à une norme ayant force de loi. Compte tenu de la jurisprudence constitutionnelle en matière de contrôle des conditions autorisant l'adoption de décrets-lois par le gouvernement, on peut en tout état de cause s'attendre à ce que la Cour constitutionnelle fasse preuve de réserve lorsqu'elle est invitée à se prononcer sur le caractère approprié de la déclaration de l'état d'urgence, mais non lorsqu'elle est appelée à en examiner les aspects formels et les limites concrètes.

VII. Annexe

Article 55

1. Les droits reconnus aux articles 17 et 18, paragraphes 2 et 3, aux articles 19 et 20, paragraphes 1 a et d et 5, aux articles 21 et 28, paragraphe 2, et à l'article 37, paragraphe 2, pourront être suspendus dans les cas où il aura été décidé de

déclarer l'état d'exception ou l'état de siège, dans les termes prévus par la Constitution. Toutefois, en cas de déclaration de l'état d'exception, il ne peut être dérogé aux dispositions de l'article 17, paragraphe 3.

2. Une loi organique pourra déterminer la forme et les cas où, à titre individuel et avec l'intervention judiciaire nécessaire et le contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17, paragraphe 2, et 18, paragraphes 2 et 3, peuvent être suspendus à l'égard de certaines personnes, dans le cadre des enquêtes sur l'action de bandes armées ou d'éléments terroristes.

L'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues dans ladite loi organique entraînera une responsabilité pénale pour violation des droits et des libertés reconnus par les lois.

Article 116

1. Une loi organique réglera l'état d'alerte, l'état d'exception et l'état de siège, ainsi que les compétences et les limitations correspondantes.

2. L'état d'alerte sera déclaré par le Gouvernement par un décret pris en Conseil des ministres pour une période maximum de quinze jours. Il en sera rendu compte au Congrès des députés qui se réunira immédiatement à cet effet et sans l'autorisation duquel ce délai ne pourra pas être prorogé. Le décret déterminera le territoire auquel s'appliquent les effets de la déclaration.

3. L'état d'exception sera déclaré par le Gouvernement par un décret pris en Conseil des ministres, après autorisation du Congrès des députés. L'autorisation de proclamation de l'état d'exception devra déterminer expressément les effets de celui-ci, le territoire auquel il s'applique et sa durée, qui ne pourra pas excéder une période de trente jours, renouvelable pour la même durée et dans les mêmes conditions.

4. L'état de siège sera déclaré à la majorité absolue du Congrès des députés sur la proposition exclusive du Gouvernement. Le Congrès déterminera le territoire auquel il s'applique, sa durée et ses conditions.

5. On ne pourra pas procéder à la dissolution du Congrès aussi longtemps que sera en vigueur l'état d'alerte, l'état d'exception ou l'état de siège. Les Chambres seront automatiquement convoquées au cas où elles ne seraient pas en session. Leur fonctionnement, ainsi que celui des autres pouvoirs constitutionnels de l'Etat, ne pourra pas être interrompu tant que seront en vigueur les états mentionnés.

Lorsque le Congrès aura été dissous ou que son mandat aura expiré et que se produit l'une ou l'autre des situations donnant lieu à l'un des états indiqués, les compétences du Congrès seront assumées par sa députation permanente.

6. La déclaration de l'état d'alerte, de l'état d'exception et de l'état de siège ne modifiera pas le principe de la responsabilité du Gouvernement et de ses agents reconnu dans la Constitution et dans les lois.

Article 117

5. Le principe de l'unité juridictionnelle est la base de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux. La loi réglera l'exercice de la juridiction militaire dans le domaine strictement limité à l'armée et dans le cas d'un état de siège, conformément aux principes de la Constitution.

6. Les tribunaux d'exception sont interdits.

d. Les règles relatives aux situations d'urgence en Hongrie par M. János ZLINSZKY

Juge à la Cour constitutionnelle, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Les différents types d'état d'exception en Hongrie

Dans la République de Hongrie, c'est la Constitution qui définit les différents types d'état d'exception et fixe les règles les plus importantes relatives aux situations d'exception.

La Constitution mentionne trois types d'état d'exception: l'état de siège, l'état d'urgence et l'état de danger public.

L'état de siège est proclamé en cas d'état de guerre ou le danger immédiat d'attaque armée extérieure. Pendant l'état de siège, c'est le Conseil de défense nationale qui exerce les pouvoirs du Gouvernement et du Président de la République et les pouvoirs qui lui sont délégués par l'Assemblée nationale.

L'état d'urgence est proclamé en cas d'actes graves et violents internes qui menacent l'ordre constitutionnel, ou bien en cas de désastres naturels ou industriels. Pendant l'état d'urgence, les mesures exceptionnelles sont mises en place par le Président de la République par voie de décrets.

Le troisième type d'état d'exception est le danger public, le Gouvernement pouvant adopter des décrets qui peuvent contredire certaines lois. En cas de

danger public, la menace pour l'ordre public, pour la sécurité publique etc. n'est pas aussi grave qu'en cas d'état d'urgence.

En dehors de la Constitution, il y a deux lois qui contiennent des règles relatives aux situations d'exception:

L'une est la loi sur la défense nationale, qui contient les dispositions détaillées concernant les mesures applicables pendant l'état de siège et l'état d'urgence. Cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 1994.

L'autre est la loi sur la défense civile, qui définit les règles détaillées applicables aux situations de danger public. Cette loi est entrée en vigueur le 14 juin 1996.

La déclaration de l'état d'exception

Selon la Constitution de la République de Hongrie, c'est l'Assemblée nationale qui:

- décide de la déclaration de l'état de guerre et de la conclusion de la paix,
- proclame l'état de siège en cas d'état de guerre ou de danger immédiat d'attaque armée d'une puissance étrangère (danger de guerre) et établit un Conseil de Défense nationale,
- proclame l'état d'urgence en cas de subversion armée ayant pour but de renverser l'ordre constitutionnel ou d'acquérir un pouvoir exclusif, d'actes graves et violents réalisés à main armée ou en armes mettant massivement en danger la sécurité de la vie et des biens des citoyens, en cas de catastrophes naturelles ou d'accidents industriels (dans l'ensemble: situations de nécessité),
- décide de l'emploi de la force armée à l'intérieur du pays ou hors de ses frontières (Article 19 (3) points g, h, i, j).

L'adoption de ces décisions requiert la majorité des deux tiers des voix des députés.

Au cas où l'Assemblée nationale est empêchée de prendre ces décisions, le Président de la République a le droit de décréter l'état de guerre, de proclamer l'état de siège, de créer un Conseil de Défense nationale et de décréter l'état d'urgence.

L'Assemblée nationale est considérée comme empêchée de prendre ces décisions si elle ne siège pas et si, à cause de l'urgence et des événements provoquant l'état

de guerre, l'état de siège ou l'état d'urgence, sa convocation se heurte à des obstacles insurmontables.

Le fait de l'empêchement, ainsi que le bien-fondé de la proclamation de l'état de guerre, de l'état de siège ou de l'état d'urgence, sont constatés conjointement par le président de l'Assemblée nationale, le président de la Cour constitutionnelle et le Premier ministre.

A sa première séance tenue après la cessation de son empêchement, l'Assemblée nationale vérifie le bien-fondé de la proclamation de l'état de guerre, de l'état de siège ou de l'état d'urgence et statue sur la légalité des mesures appliquées.

Cette décision requiert aussi la majorité des deux tiers des voix des députés (Article 19/A alinéas 1, 2, 3, 4).

Les pouvoirs et les mesures d'exception

Pendant l'état de siège, le Conseil de défense nationale décide de l'emploi des forces armées à l'étranger ou à l'intérieur du pays, ainsi que de l'introduction de mesures exceptionnelles fixées par la loi particulière.

Le président du Conseil de défense nationale est le Président de la République; ses membres sont le président de l'Assemblée nationale, les dirigeants des groupes parlementaires des partis représentés au sein de l'Assemblée nationale, le premier ministre, les ministres, le commandant ainsi que le chef d'état-major de l'armée hongroise.

Le Conseil de Défense nationale exerce:

- les pouvoirs qui lui sont délégués par l'Assemblée nationale
- les pouvoirs du Président de la République
- les pouvoirs du Gouvernement.

Le Conseil de défense nationale peut rendre des décrets, par lesquels il peut suspendre l'application de certaines lois ou déroger à certaines dispositions des lois et peut prendre d'autres mesures exceptionnelles, mais il ne peut suspendre l'application de la Constitution.

Le décret du Conseil de défense nationale devient caduc au moment de la cessation de l'état de siège, sauf si l'Assemblée nationale prolonge l'effet du décret.

L'activité de la Cour Constitutionnelle ne peut être limitée même pendant l'état de siège (Article 19/B, alinéas 1, 2, 3, 4, 5, 6).

Dès la proclamation de l'état d'urgence - en cas d'empêchement de l'Assemblée nationale - le Président de la République décide de l'emploi des forces armées.

Au cours de l'état d'urgence, les mesures exceptionnelles fixées par la loi particulière sont mises en place par le Président de la République par voie de décrets.

Le Président de la République informe immédiatement le président de l'Assemblée nationale des mesures exceptionnelles introduites. Pendant la durée de l'état d'urgence, l'Assemblée nationale - ou si elle en est empêchée, la Commission de défense de l'Assemblée nationale - siège en permanence. L'Assemblée nationale ou la Commission de défense nationale de l'Assemblée nationale peuvent suspendre l'application des mesures exceptionnelles introduites par le Président de la République.

Les mesures exceptionnelles introduites par décrets restent en vigueur pendant trente jours, sauf si leur effet est prolongé par l'Assemblée nationale, ou, au cas où elle est empêchée, par la Commission de défense nationale de l'Assemblée nationale (Article 19/C alinéas 1, 2, 3, 4).

En cas d'invasion subite du pays par des groupes extérieurs armés, afin de la contenir et de défendre le territoire du pays, - jusqu'à la décision relative à la proclamation de l'état d'urgence ou de l'état de siège - le Gouvernement, conformément au projet de défense approuvé par le Président de la République, prend les mesures nécessaires. Ces mesures doivent être adaptées et proportionnées à l'attaque. Le Gouvernement informe immédiatement l'Assemblée nationale et le Président de la République des mesures exceptionnelles prises (Article 19/E alinéas 1, 2).

En cas de situation de danger public, le Gouvernement - sur autorisation de l'Assemblée nationale - peut prendre des décrets et des mesures qui dérogent aux dispositions de certaines lois (Article 35 (3)).

Les forces armées peuvent être utilisées en cas de subversion armée ayant pour but de renverser l'ordre constitutionnel ou d'acquiescer un pouvoir exclusif, d'actes graves et violents réalisés à main armée ou en armes mettant massivement en danger la sécurité de la vie et de la propriété des citoyens, en période d'état d'urgence proclamé conformément aux dispositions de la Constitution si le recours à la police est insuffisant.

En période d'état de siège ou d'état d'urgence, l'Assemblée nationale ne peut déclarer sa dissolution et ne peut être dissoute.

Si le mandat de l'Assemblée nationale expire au cours de l'état de siège ou de l'état d'urgence, son mandat est prorogé jusqu'à la cessation de l'état de siège ou de l'état d'urgence.

En cas d'état de guerre, de danger de guerre ou de situation de nécessité, le Président de la République peut convoquer à nouveau l'Assemblée nationale dissoute ou déclarée dissoute. L'Assemblée nationale décide elle-même de la prorogation de son mandat (Article 28/A, alinéas 1, 2, 3).

Les droits de l'homme dans les situations de nécessité

En période d'état de siège, d'état d'urgence ou de situation de danger public, l'exercice des droits fondamentaux peut être suspendu ou limité, exception faite de ceux prévus aux articles 54-56, aux alinéas 2-4 de l'article 57, aux articles 60, 66-69 et 70/E de la Constitution.

Les droits fondamentaux dont l'exercice ne peut être limité ou suspendu, sont les suivants:

- le droit à la vie et à la dignité humaine, personne ne peut en être privé arbitrairement;
- nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, nul ne peut en être privé, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi;
- tout individu soupçonné d'une infraction pénale et gardé à vue doit être soit libéré soit traduit devant un juge dans le plus court délai possible. Le juge est tenu de donner audience à la personne traduite devant lui et de statuer sans retard sur sa mise en liberté ou son arrestation par une décision écrite motivée;
- tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation;
- toute personne possède la capacité juridique;

- personne ne peut être considéré comme coupable jusqu'à ce qu'une décision du tribunal ayant force de chose jugée n'ait constaté sa responsabilité pénale,
- les personnes traduites devant le tribunal pénal ont droit à la défense au cours de chaque phase de la procédure;
- la défense ne peut être mise en cause pour son opinion exposée au cours de la défense;
- nul ne peut être déclaré coupable ou puni pour des actions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit hongrois au moment où elles ont été commises;
- le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion;
- les hommes et les femmes jouissent des droits égaux, aussi bien en matière de droits civils et politiques que de droits économiques, sociaux et culturels;
- les enfants ont droit à la protection de leur famille, de l'Etat et de la société, les droits sociaux des femmes, des mères, des jeunes et des familles ne peuvent être limités;
- les minorités nationales et ethniques font partie du pouvoir du peuple, l'Etat assure leur participation collective dans la vie publique, leurs droits sociaux et culturels ne peuvent être limités;
- personne ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité, un ressortissant hongrois ne peut être expulsé du territoire du pays;
- un ressortissant hongrois peut à tout moment rentrer de l'étranger dans son pays;
- pendant son séjour légal à l'étranger, tout ressortissant hongrois a le droit de bénéficier de la protection de la République de Hongrie;
- les citoyens de la République de Hongrie ont droit à la sécurité sociale, en cas de vieillesse, maladie, invalidité, veuvage, orphelinat et chômage sans qu'ils soient en faute, ils ont droit aux prestations nécessaires à leur subsistance.

e. **La constitution grecque et la gestion des crises** * par M^{me} Ismini KRIARI-KATRANI

Professeur assistante, Université Panteion, Athènes

En période de crise nationale (guerre, risque de guerre, troubles civils ou insurrection armée), il arrive que l'administration normale de l'Etat ne puisse pas fonctionner correctement, alors même que la nécessité d'une action rapide est renforcée. On reconnaît généralement qu'un gouvernement constitutionnel démocratique doit être modifié temporairement, dans la mesure qui est nécessaire, pour surmonter ces dangers et retrouver des conditions normales. Le fait que les institutions d'un gouvernement libre ne puissent pas fonctionner normalement en période extraordinaire a toujours été admis¹. Il est admis également que le système parlementaire doit s'adapter aux exigences des situations de crise, à savoir:

- a. une partie des compétences législatives du parlement doit être transférée au gouvernement;
- b. pendant la crise, le gouvernement aura davantage de pouvoirs et la population moins de droits;
- c. il faut prévoir des garanties pour la protection des droits des individus et l'élimination du risque inhérent d'abus des pouvoirs d'urgence.

Un système opérationnel de règles d'urgence a précisément pour objectif d'assurer l'équilibre entre le pouvoir et les restrictions, entre les exigences de la guerre ou de l'insurrection et celles d'une tradition démocratique.

Un peuple libre dont l'histoire est chargée de guerres et de révolutions, comme celui de la Grèce, a nécessairement une connaissance approfondie de l'usage, des risques et des problèmes des dispositifs de gestion des crises.

I. Historique

Si la Grèce est devenue un Etat indépendant en 1830, c'est beaucoup plus tard que des dispositions concernant la gestion des crises ont été incluses dans la

* *Rapport national sur le droit constitutionnel au XIII^e Congrès international de droit comparé publié en premier lieu dans la Revue Héliénique de Droit International 44 (1991), pp. 149 ss., et réimprimé avec l'aimable autorisation de "Hellenic Institute of International and Foreign Law" (Montréal, Canada, 19-24 août 1990).*

¹ *Voir Cl. Rossiter, Constitutional Dictatorship, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1948, 2^e édition 1963, p. 5, avec de nombreuses références à l'Histoire.*

Constitution écrite. Lors des préparatifs de la réforme de la Constitution en 1911, l'idée dominante était qu'il fallait éviter le recours à des règles d'urgence non codifiées. Un tel recours risque toujours de donner des motifs de contester la légalité des actes des autorités de l'Etat, ce qu'il faut éviter. Par conséquent, le législateur a jugé essentiel d'insérer des dispositions particulières dans la Constitution révisée de 1991 (article 91). La réglementation grecque s'est inspirée essentiellement des lois françaises sur l'état de siège (loi de 1849 et loi de 1878)¹.

L'article 91 comportait les dispositions suivantes:

"En cas de guerre ou de mobilisation générale en raison de dangers extérieurs, une loi spéciale suspend temporairement sur l'ensemble ou une partie du territoire les droits fondamentaux établis dans les articles 5 (*habeas corpus*), 6 (garantie de libération des détenus accusés d'avoir commis des crimes politiques), 10 (liberté de réunion), 11 (liberté d'association), 12 (inviolabilité du domicile), 14 (liberté de la presse), 20 (secret des communications) et 95 (compétence et procédure en matière de crimes politiques et liés à la presse) de la Constitution ou dans certains de ces articles, et en déclarant la loi sur l'état de siège, qui peut s'appliquer dans ces cas, met en place des tribunaux exceptionnels.

Cette loi ne peut pas être modifiée pendant les travaux du parlement convoqué pour sa mise en œuvre. Elle est mise en œuvre en totalité ou partiellement par un décret royal édicté avec l'autorisation du parlement. En cas d'absence du parlement, la loi peut être mise en œuvre sans l'autorisation de celui-ci par un décret royal contresigné par l'ensemble du Conseil des ministres, mais, sous peine de nullité, le même décret convoque le parlement même si la législature a pris fin ou si le parlement a été dissout, pour décider de la poursuite de la mise en œuvre ou de l'abrogation du décret royal. L'immunité parlementaire prévue à l'article 63 entre en vigueur dès la promulgation du décret royal en question.

En cas de guerre, la durée d'application du décret royal prendra fin à l'issue de cette guerre et en cas de mobilisation elle prendra fin au bout de deux mois, sauf si elle a été prolongée dans l'intervalle avec l'accord du parlement."

On peut considérer que l'article 91 est une véritable règle constitutionnelle d'urgence, puisque les moyens éventuels permettant de maîtriser une crise sont prévus et prescrits dans la Constitution.

¹ N. Alivizatos, *Les institutions politiques de la Grèce à travers les crises 1922-1974*, LGDJ., tome LX, 1979, p. 16; Ismini Kriari, «Les dispositifs constitutionnels de l'état d'urgence en Grèce et à l'étranger», thèse de doctorat (en grec), Athènes, 1985, p. 156, et suiv.

La loi envisagée par l'article 91 a été promulguée un an plus tard, en 1912. Les principales dispositions de cette loi n° 4069 «sur l'état de siège» précisaient les détails techniques de la déclaration, la forme et les effets de celle-ci. Les conséquences essentielles de la déclaration d'état de siège étaient les suivantes:

- a. les pouvoirs de police pour le maintien de l'ordre étaient entièrement transférés aux autorités militaires. Le maintien de l'ordre dans tout le pays était confié à l'armée grecque. L'article 9 de la loi n° 4069 stipulait que les autorités militaires avaient le pouvoir, notamment, de fouiller de jour ou de nuit le domicile des citoyens, d'expulser les détenus libérés et les personnes ne résidant pas dans la zone placée en état de siège; d'ordonner le dépôt des armes et des munitions et de procéder à la recherche et à la confiscation de celles-ci; d'interdire les publications qu'elles estiment de nature à fomenter ou entretenir les troubles; d'interdire les réunions publiques (en cas de suspension de l'article 10); de procéder à des arrestations et des détentions sommaires (en cas de suspension de l'article 5);
- b. un autre effet de l'état de siège était que les tribunaux militaires avaient compétence pour juger tous les crimes et autres délits contre la sûreté de l'Etat, le gouvernement et la sécurité publique, indépendamment du statut de leurs auteurs et complices (article 5 de la loi n° 4069).

Il est évident que cette loi a été conçue comme un instrument de crise, destiné à être employé en période de guerre et d'invasion. Plus précisément, il s'agissait d'une extension des règlements militaires à la population civile.

La fin de l'état de siège amenait un retour pratiquement complet à la normalité en ce qui concernait le gouvernement et la vie civile. Les autorités régulières étaient immédiatement investies de leurs compétences antérieures, les droits suspendus étaient restaurés, les tribunaux ordinaires remplaçaient les tribunaux militaires.

Pendant la première guerre mondiale et jusqu'à la signature du Traité de Sèvres en 1920, les règles d'urgence n'ont été utilisées que pour la défense de l'Etat. Au cours des années difficiles qui ont suivi, qui coïncident avec une des périodes les plus troublées de l'histoire de la Grèce moderne, les règles d'urgence ont été employées plusieurs fois contre l'ordre qu'elles étaient censées défendre. Le dispositif initialement conçu et développé pour défendre l'Etat démocratique a été utilisé comme une arme pour le détruire. Les limitations prévues n'ont pas empêché de recourir à l'article 91, contrairement à ce qu'avait prévu le législateur, et de manière finalement abusive. Ici, il convient de mentionner la remarque courante selon laquelle une institution est toujours une chose pour ses créateurs et une autre pour ses utilisateurs.

Les gouvernements qui se sont succédé après l'abdication du roi Constantin en 1922 ont fait usage de l'article 91 comme un moyen pratique de contrôler politiquement la situation dans un pays submergé après la victoire de la Turquie par 1 500 000 réfugiés en provenance d'Asie mineure. Les dirigeants politiques se sont servi de l'état de siège comme d'un instrument pour conquérir ou conserver le pouvoir et plus tard comme un moyen d'étouffer la demande de progrès social, qui était très forte à l'époque¹.

Un article analogue a été incorporé dans la Constitution de 1927 (article 87) qui proclamait la seconde République grecque. Cette Constitution indiquait que le chef de l'Etat n'était plus le roi héréditaire mais le Président élu de la République². La seconde République grecque, qui a duré moins de neuf ans, a connu «une histoire morcelée et troublée, avec une succession confuse de coups d'Etat et de contrecoups séparés par des périodes de gouvernements plus constitutionnels (...)»³. Cette période a pris fin avec la dictature de I. Metaxas, inaugurée par un décret royal proclamant l'état de siège pour des raisons qui n'étaient pas prévues par la Constitution. Selon la pratique d'alors, le parlement avait déjà été dissout, si bien qu'il n'y avait pratiquement aucun obstacle institutionnel à l'abus des règles d'urgence⁴.

L'article 91 de la Constitution de 1952, première Constitution grecque après la seconde guerre mondiale, a eu pour conséquence de transférer le droit de déclaration de l'état de siège du pouvoir législatif au pouvoir exécutif (le roi sur recommandation du Conseil des ministres)⁵. De plus, l'état de siège n'était plus prévu seulement dans les cas de guerre ou de mobilisation partielle due à des dangers extérieurs mais aussi en cas de troubles graves ou de menaces manifestes à l'ordre public et à la sûreté du pays par des dangers internes.

¹ *En ce qui concerne les problèmes constitutionnels de l'époque, voir: N. Alivizatos, op. cit., p. 19, et suiv.; G. D. Daskaladis, Die Verfassungsentwicklung Griechenlands, JÖR 24, 1937, p. 266-234; I. Kriari, op. cit., p. 180 et suiv., Pour un aperçu historique, voir R. Glogg, A Short History of Modern Greece, 2^e édition, Cambridge University Press, 1986, p. 118 et suiv.; Chris Woodhouse, Modern Greece, A Short History, nouvelle 4^e édition, 1986, p. 207 et suiv.*

² *Pour une traduction et une présentation de cette Constitution, voir H. Gmelin, Die Verfassung der griechischen Republik, JÖR Bd 16, 1928.*

³ *Woodhouse, op. cit., p. 214 (traduction libre).*

⁴ *Th. Veremis, «The Greek Army in Politics, 1822-1935», thèse de doctorat, Trinity College, Oxford, 1974.*

⁵ *Le roi était revenu après avoir obtenu une écrasante majorité au référendum de 1946.*

L'instrument de l'état de siège pouvait maintenant fonctionner ouvertement en cas de guerre civile. Le gouvernement devait juger s'il y avait un trouble grave ou une menace manifeste provenant d'un danger interne: les traces de la guerre civile étaient évidentes.

L'article 91 n'a été utilisé qu'une seule fois, mais c'était pour enterrer le gouvernement démocratique qu'il était censé soutenir. Un groupe de colonels et de capitaines prit le pouvoir sous le prétexte que la situation politique déplorable ne laissait pas à l'armée d'autre choix que celui d'intervenir pour sauver le pays du chaos et de l'anarchie. Par le décret royal du 21 avril (n° 280/1967), ils déclarèrent l'état de siège et se servirent de toutes les dispositions prévues à l'article 91 pour établir une dictature pure et simple^{1,2}.

Après l'effondrement du régime de la junte militaire, la forme de gouvernement prévue par la Constitution grecque de 1975 est une république parlementaire (article 1, paragraphe 1). Le chef de l'Etat est le Président de la République, élu par le parlement pour cinq ans. La Constitution de 1975 suivit la tendance générale des constitutions européennes après la seconde guerre mondiale qui renforçait l'exécutif, les conséquences désastreuses de cette guerre ayant mis en évidence la nécessité d'une action efficace et rapide³.

Selon le Premier ministre de l'époque, C. Caramanlis, la Constitution prévoyait ce qu'il appelait un système de gouvernement équilibré, permettant à l'exécutif d'agir

¹ Voir M. Kaltsoglia-Tournaviti, *Greece: The Struggle for Democracy*, JÖR, NF Band 32, 1983, p. 297-353 (299 et suiv.); E. Nikolopoulos, «Les notions de légitimité et de légalité en Grèce de 1967 à 1974», thèse, Paris, 1980.

² La «5^e Chambre des députés révisionnelle des Hellènes» a précisé dans une déclaration la nature de l'abolition du régime démocratique le 21 avril 1967 par sa Résolution D du 19 janvier 1975 «relative au coup du 21 avril 1967 ainsi qu'à la poursuite des crimes et au redressement des affaires pertinentes»: «La démocratie n'a jamais été légitimement abolie. Le mouvement révolutionnaire du 21 avril 1967, déclenché par un groupe d'officiers et la situation qui en a découlé jusqu'au 23 juillet 1974 constituaient un coup d'Etat visant à usurper le pouvoir de l'Etat et la souveraineté du peuple. Les gouvernements qu'ils ont imposés étaient des gouvernements de contrainte» (article 1) dans N. Kaltsoglia-Tournaviti, *op. cit.*, p. 305 (traduction libre).

³ Pour les grandes lignes de la Constitution de 1975, voir P. Dagtoglou, *Die griechische Verfassung von 1975*, JÖR NF, 1983, p. 354 et suiv.; A. Partelis, *Les grands problèmes de la nouvelle Constitution hellénique*, Paris, L.G.D.J., LXIV, 1979; A. Raikos, *Le droit constitutionnel*, t. A, B, C, Athènes, 1990 (en grec); D. Tsatsos, *Die neue griechische Verfassung*. R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1980, p. 22 et suiv. La transition du régime militaire au régime civil et les relations subséquentes entre civils et militaires sont traitées par C. Dazopoulos, *From Military to Civilian Rules in Contemporary Greece*, *Armed Forces and Society*, Vol. 10, n° 2, 1984, p. 229-250.

rapidement, sans interférer avec les responsabilités du parlement. Cette interprétation a été accueillie avec scepticisme par la majorité des professeurs de droit et par ses opposants politiques. Une grande partie, pour ne pas dire la majorité, de leurs critiques portait sur le statut constitutionnel et les pouvoirs du Président. La plupart des critiques souhaitaient diminuer son rôle dans le processus législatif en supprimant ou limitant son droit de veto et son droit d'organiser des plébiscites. Ils estimaient aussi qu'une des principales menaces pour la démocratie était le pouvoir du Président de dissoudre le parlement s'il estimait que celui-ci était en désaccord évident avec l'opinion publique ou si sa composition ne garantissait pas la stabilité gouvernementale (article 41, paragraphe 1). C'est surtout le libellé de l'article 48, relatif aux situations d'urgence, qui malheureusement avait le même numéro que l'article de la Constitution de Weimar de sinistre mémoire, qui était le plus inquiétant¹. Il accordait au Président le pouvoir de déclarer l'état de siège. Ce décret devait être contresigné par le Premier ministre ou le Cabinet, ce qui constituait une garantie pour cette mesure exceptionnelle, mais les débats à la chambre révisionnelle concernant l'état de siège ont été cependant extrêmement animés². Puisqu'aucune clause ne prévoyait de proposition préalable à la déclaration de l'état de siège, et que par ailleurs le Président pouvait désigner le Premier ministre de son choix, les menaces aux libertés des citoyens semblaient manifestes. Certains critiques qui redoutaient la possibilité d'une dictature présidentielle prétendaient que le pouvoir de déclarer l'état de siège et d'y mettre fin devait être confié au parlement³.

¹ Article 48, paragraphe 1: «Le Président de la République peut suspendre sur la totalité ou une partie du territoire de l'Etat le fonctionnement des dispositions de l'article 5, paragraphe 4, des articles 6, 8, 9, 11, 12, paragraphes 1 à 4, des articles 14, 17, 22, 23, 96, paragraphe 4, et de l'article 97, ou de plusieurs de ces articles, mettre en œuvre la loi sur l'état de siège en vigueur à l'époque et constituer des tribunaux extraordinaires en cas de guerre ou de mobilisation due à des dangers extérieurs au moyen d'un décret présidentiel contresigné par le Cabinet, et en cas de troubles graves ou de menaces évidentes contre l'ordre public et la sûreté de l'Etat découlant de dangers internes, au moyen d'un décret présidentiel contresigné par le Premier ministre. Cette loi ne peut pas être modifiée au cours de son application» (traduction libre).

² La controverse au sein de la Chambre des députés révisionnelle a atteint son comble au cours de la discussion des clauses concernant les droits et les devoirs du Président de la République. L'opposition a quitté la salle au cours du débat, pour protester contre le manque de souplesse du parti au pouvoir. Voir N. Kaltsogia-Tournaviti, *op. cit.*, p. 324.

³ Pour une critique très sévère des règles d'urgence, voir A. Manassis, *The legal-political position of the President of the Republic in the Governmental Draft of the Constitution*, *Nomikon Vima*, vol. 23, 1975, p. 448 et suiv.; également A. Raikos, *Leçons de droit constitutionnel*, tome A, Athènes, 1980, p. 294 (en grec). Sur la protection des droits de l'homme et des libertés en Grèce, voir J. Iliopoulos-Strangas, *Grundrechtsschutz in Griechenland*, *JÖR NF* 1983, p. 395 et suiv.

Des problèmes encore plus graves se sont posés lors de la discussion de la nouvelle loi sur l'état de siège (n° 566/1977). De nombreuses clauses de cette loi reprennent les dispositions de l'ancienne loi n° 4069/1912. Pourtant, certaines dispositions nouvelles ont été considérées, à la lumière de l'expérience historique récente, comme susceptibles d'être interprétées de manière autoritaire. En particulier, la règle suivante est jugée inacceptable pour une Constitution démocratique: pendant l'état de siège, les affaires pendantes devant les tribunaux correctionnels concernant des crimes contre la sûreté de l'Etat, la forme de gouvernement et l'ordre public peuvent être transférées aux tribunaux militaires, le cas échéant. Cette règle déroge ouvertement du principe général de l'interdiction de l'application rétroactive des lois pénales, garantie par l'article 7 de la Constitution grecque¹.

II. La révision constitutionnelle de 1986

Plus que toute autre période, les années 1985 et 1986 ont fait apparaître les difficultés qui se posent fréquemment dans les démocraties quand on s'efforce de concilier les exigences fondamentales de la sûreté nationale et du respect des droits des individus et des groupes.

Dès la campagne électorale pour son second mandat, le gouvernement Papandreou a annoncé le 9 mars 1986 son intention de procéder à une révision des règles constitutionnelles concernant les devoirs, les responsabilités et, selon l'intéressé, les «prérogatives» du Président de la République.

Au cours de l'examen du projet de révision par le parlement, M. Papandreou et ses partisans ont répété que l'objectif principal de la révision consistait à renforcer les caractéristiques parlementaires du système gouvernemental et à réduire le rôle du Président dans le processus législatif et en tant qu'instance de contrôle et réglementaire du gouvernement. Ce n'était pas l'avis de nombreux juristes éminents qui ont prétendu que la suppression des pouvoirs du Président revenait à renforcer les pouvoirs du Premier ministre, estimant que le rôle du parlement, quoique symboliquement renforcé, était en fait très limité.

De fait, depuis la révision de 1986, le Premier ministre partage avec le Président de la République le droit d'adresser des messages au peuple grec (article 44, paragraphe 3) et celui de décider de la déclaration de l'état de siège (article 48, paragraphe 2).

¹ Article 5, paragraphe 4 de la loi 566/1977.

Si l'on considère que le régime politique de la Grèce est fondamentalement bipartite avec deux grands partis luttant pour le pouvoir (celui qui a la majorité des sièges au parlement étant contrôlé par l'autre) on comprend aisément qu'une résolution du parlement contrôlé par le parti au pouvoir n'est rien de plus qu'une décision du chef de ce parti¹.

Le libellé de l'article 48 révisé est le suivant:

«1. En cas de guerre, de mobilisation en raison de dangers extérieurs ou d'une menace imminente pour la sûreté nationale, ainsi que dans le cas où un mouvement armé tendant au renversement du régime démocratique se manifeste, la Chambre des députés, par une résolution prise sur proposition du gouvernement, met en application, sur l'ensemble ou une partie du territoire, la loi sur l'état de siège, institue des tribunaux d'exception et suspend la vigueur de l'ensemble ou d'une partie des dispositions des articles 5, paragraphes 4, 6, 8, 9, 11, 12, paragraphes 1 à 4, 14, 19, 22, paragraphes 3, 23, 96, paragraphes 4 et 97. Le Président de la République publie la résolution à la Chambre des députés.

Par cette même résolution de la chambre est fixée la durée de la vigueur des mesures imposées, qui ne peut excéder quinze jours.

2. En cas d'absence de la Chambre des députés ou d'impossibilité objective de sa convocation à temps, les mesures prévues au paragraphe précédent sont prises par décret présidentiel édicté sur proposition du Conseil des ministres. Le décret est soumis par le gouvernement pour approbation à la chambre dès que la convocation de celle-ci devient possible, même si la législature a pris fin ou si la chambre est dissoute, et en tout cas dans les quinze jours au plus tard.

3. La durée des mesures prévues aux paragraphes précédents ne peut être prolongée que par résolution préalable de la Chambre des députés, et pour quinze jours chaque fois, la chambre étant convoquée même si elle a été dissoute ou si la législature a pris fin.

4. Les mesures prévues aux paragraphes précédents sont levées de plein droit dès que les délais prévus aux paragraphes 1, 2 et 3 expirent, à moins qu'elles ne soient prorogées par résolution de la Chambre des députés, et

¹ Voir les remarques justifiées de A. Manassis, «L'évolution des institutions politiques de la Grèce», dans *Les Temps Modernes*, décembre 1985, numéro spécial: *La Grèce en mouvement*, p. 772-814; également J. Catsiapis, «Les dix ans de la Constitution grecque du 9 juin 1975», *RDP*, 1987, p. 399 et suiv. (407 et suiv.).

en tout état de cause dès la fin de la guerre si elles ont été imposées à cause de celle-ci.

5. Dès l'entrée en vigueur des mesures prévues aux paragraphes précédents, le Président de la République peut, sur proposition du gouvernement, édicter des actes de contenu législatif pour faire face à des nécessités urgentes ou pour rétablir le plus rapidement possible le fonctionnement des institutions constitutionnelles. Ces actes sont soumis à la Chambre des députés pour ratification dans les quinze jours à compter de leur édicton ou de la convocation de la chambre en session; s'ils ne sont pas soumis à la chambre dans les délais ci-dessus ou s'ils ne sont pas ratifiés par elle dans les quinze jours à partir de leur dépôt, ils deviennent caducs pour l'avenir. La loi sur l'état de siège ne peut être modifiée durant son application.

6. Les résolutions de la Chambre des députés prévues aux paragraphes 2 et 3 sont prises à la majorité du nombre total des députés, tandis que la résolution prévue au paragraphe 1 est prise à la majorité des trois cinquièmes du nombre total des députés. La chambre statue en une seule séance.

7. Durant toute l'application des mesures de l'état de nécessité prévues par le présent article, les dispositions des articles 61 et 62 de la Constitution demeurent de plein droit en vigueur, même si la Chambre des députés a été dissoute ou si la législature a pris fin.»¹

A. Circonstances pouvant motiver la déclaration de l'état de siège

Il est évident que les législateurs de 1986 se sont attachés à restreindre les conditions de la déclaration de l'état de siège, afin d'empêcher tout abus. La loi réglementant les conséquences de l'état de siège est la même loi n° 566/77 mentionnée précédemment, page 7. Ainsi, l'état de siège peut être déclaré en cas de:

- a. guerre;
- b. mobilisation en raison de dangers extérieurs;
- c. menace imminente pour la sûreté nationale; et

¹ Les articles 61 et 62 concernent les immunités parlementaires.

d. mouvement armé tendant au renversement du régime démocratique.

Ce sont les deux derniers cas qui ont soulevé la majorité des objections. L'expression «sûreté nationale» n'est pas suffisamment précise pour pouvoir fonder des limitations et restrictions de l'exercice de certains droits et libertés de l'individu. Elle a au contraire, un sens et une application extrêmement larges. Par conséquent, elle pourrait être invoquée par l'Etat pour justifier des limitations ou des restrictions déraisonnables de l'exercice des droits de l'homme. Il est toutefois accepté que cette notion se réfère à des mesures prises en vue de sauvegarder l'intégrité territoriale et l'indépendance nationale contre toute menace extérieure. Elle couvre toute activité préjudiciable à l'existence même de l'Etat¹.

Des problèmes d'interprétation peuvent aussi découler de l'emploi de l'expression «régime démocratique» (par exemple dans la phrase «dans le cas d'un mouvement armé tendant au renversement du régime démocratique»), puisqu'elle ne fait pas référence à l'ordre constitutionnel existant; d'aucuns ont fait remarquer que même les usurpateurs éventuels pourraient employer cette expression pour motiver leur action.

Au moment de décider de la déclaration d'état de siège, les organes compétents de l'Etat (parlement, Premier ministre, Président) doivent prendre en considération l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, puisque la Grèce a ratifié cette convention (décret 52/19.9.74).

L'article 15, paragraphe 1, de la Convention stipule: «En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.»

La Commission et la Cour des Droits de l'Homme mises en place par la Convention européenne des Droits de l'Homme ont interprété les exigences de l'article 15 dans une série d'affaires jugées au cours des vingt dernières années.

Le rapport de la Commission dans l'affaire *Lawless* comporte deux déclarations de principe: premièrement, la Commission a déclaré qu'à son avis, les mots «danger public menaçant la vie de la nation» désignent une situation de crise ou de danger exceptionnel et éminent qui affecte non pas certains groupes particuliers, mais bien l'ensemble de la population, et qui constitue une menace pour la vie organisée

¹ N. Alivizatos, *La position constitutionnelle des forces armées (en grec)*, Athènes, 1987, p. 199 et suiv.

de la communauté composant l'Etat en question; deuxièmement, il réaffirme l'idée évidente qu'il faut laisser au gouvernement une certaine latitude, une certaine marge d'appréciation pour déterminer s'il existe un danger public qui menace la vie de la nation et appelle de sa part des mesures exceptionnelles, tout en affirmant qu'en même temps la Commission a le pouvoir et le devoir en vertu de l'article 15 d'examiner comment le gouvernement a déterminé l'existence d'un danger, et de se prononcer à ce sujet.

La Cour est parvenue à la même conclusion par un raisonnement analogue, estimant que c'est à elle qu'il appartient de vérifier si les conditions énumérées à l'article 15 pour l'exercice du droit exceptionnel de dérogation étaient réunies^{1,2}.

B. Déclaration

La «nouveau» la plus importante de la révision (bien qu'il s'agisse d'un retour au modèle de 1911) est qu'elle donne au parlement le pouvoir de déclarer l'état de siège, sur proposition du gouvernement (article 48, paragraphe 1).

C'est le législateur qui doit décider si une situation particulière crée un état d'urgence tel qu'il autorise l'adoption de mesures juridiques spéciales. Comme le soulignait C. Rossiter: «Le pouvoir de suspendre les lois doit toujours être confié à ceux qui ont été chargés de faire les lois»³. C'est en effet la meilleure garantie qu'on ne profitera pas d'une situation politique dangereuse pour limiter abusivement des libertés et des droits fondamentaux. Un autre critère qui découle de la pratique du droit romain est que la décision d'instituer des règles d'urgence ne doit jamais être prise par celui ou ceux qui seront autorisés à gérer la crise.

¹ *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 1961, p. 473 et suiv. Pour un bref résumé du domaine de compétence de la Cour des Droits de l'Homme par le rapporteur spécial du Conseil de l'Europe, voir E.I. Daes, *Freedom of the Individual under Law*, New-York, Nations Unies, 1990, p. 189-190.

² L'article 4, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques correspond à l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme: «Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.» Les conditions d'application des mesures d'urgence prescrites dans le pacte sont plus strictes que celles prévues dans la Convention européenne. Voir l'analyse approfondie faite dans E.I. Daes, *op. cit.*, p. 183 et suiv. et p. 203. La Grèce n'a pas encore ratifié le Pacte.

³ Rossiter, *op. cit.*, p. 84 (traduction libre).

L'exécution de l'état de siège est de la responsabilité du cabinet et de l'armée, mais ceux-ci ne peuvent agir que par la volonté de la Chambre des députés.

Le gouvernement peut faire une telle déclaration si la chambre n'est pas en session ou s'il est objectivement impossible de la convoquer à temps. Le modèle du Comité mixte de la loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne (article 53.a), qui doit fonctionner comme une sorte de législation de remplacement en période d'urgence lorsque le parlement risque de ne pas pouvoir siéger, n'a pas été suivi¹.

Il devient toutefois évident que la solution adoptée en 1986 offre à la Chambre des députés plus de possibilités de décider effectivement s'il y a une situation d'urgence. La majorité des professeurs de droit critiquent la solution adoptée, craignant qu'elle donne au gouvernement trop de pouvoir discrétionnaire en cas de crise. Il convient d'accorder une attention plus grande à la réglementation des points suivants:

- a. le gouvernement ne doit pas avoir une si grande latitude pour décider des possibilités réelles de convocation de la chambre;
- b. en cas de déclaration de l'état de siège par un décret présidentiel, la Chambre des députés doit être convoquée par le même décret, sous peine de nullité, dans un délai bien inférieur aux quinze jours prévus;
- c. la majorité requise pour les résolutions mentionnées aux paragraphes 2 et 3 doit être des trois-cinquièmes afin de garantir un plus large consensus².

C. Limitations du recours à l'article 48

1. Limitations prévues expressément par la Constitution

Que la déclaration originale émane de la Chambre des députés ou, en son absence, du gouvernement, de toute façon seule une résolution de la chambre peut rendre l'état de siège effectif et durable.

¹ *L'instrument de gouvernement de la Suède prévoit une institution analogue, chapitre 13:2-3: en période de guerre ou de risque immédiat de guerre, s'il est impossible de réunir la totalité du parlement (Riksdag), il est prévu de constituer au sein du Riksdag une délégation à la guerre qui le remplacera, si les circonstances l'exigent. Voir Constitutions of the Countries of the World, Dobbs Ferry, N.-Y., Oceana Publications Inc., volume X, p. 111-113.*

² *Alivizatos, op. cit., 209 et suiv.; voir également l'approche critique de C. Chrysogonos, «L'état de siège avant et après la révision de la Constitution», dans Droit et politiques, t. 13-14, p. 285-327 (en grec).*

Puisque la chambre doit demeurer en session pendant la durée de l'état de siège, sa vigilance est la principale sinon la seule barrière prévue dans la Constitution contre un abus potentiel de l'article 48¹. C'est le pouvoir législatif qui est le principal instrument de critique et de contrôle de l'action de l'exécutif dans les situations modernes d'urgence; c'est lui qui peut traduire ces critères en contraintes effectives.

Le Cabinet demeure responsable devant la Chambre des députés, ce qui constitue un facteur fortement dissuasif pour toute action arbitraire de l'exécutif. Grâce au principe de responsabilité ministérielle et au droit de la Chambre des députés de refuser ou de modifier toute mesure adoptée par le gouvernement en vertu de l'article 48, paragraphes 2 à 5, les représentants du peuple sont l'ultime rempart contre le recours aux pouvoirs d'urgence. De plus, la chambre continue de fonctionner en tant qu'autorité législative et de contrôle du régime constitutionnel.

En outre, on prévoit que la résolution ou le décret établissant l'état de siège fixera sa durée. A l'expiration de cette période, l'état de siège prend fin automatiquement, sauf s'il est prolongé par une nouvelle résolution.

Outre cette limitation dans le temps, il existe une limitation dans l'espace: la résolution ou le décret déclarant l'état de siège doit préciser les régions précises auxquelles il s'applique. Cette disposition vise à empêcher une extension ultérieure inconsidérée de l'état de siège à des régions qui ne seront pas véritablement concernées par la situation d'urgence.

Les mesures législatives prises par le gouvernement en application de l'article 48, paragraphe 5, ne dépasseront pas ce qui est strictement requis par les exigences de la situation. Elles ne serviront que deux objectifs: répondre à des conditions d'urgence extraordinaires ou restaurer le fonctionnement des institutions constitutionnelles².

La présence de la Chambre des députés garantit le caractère constitutionnel de l'action présidentielle, puisque le Président de la République peut être destitué pour haute trahison ou violation délibérée de la Constitution pour tout ce qu'il fait en vertu de l'article concernant l'état d'urgence, comme pour chacun de ses actes

¹ *Rossiter, op. cit.*, p. 87, 89.

² *Cette règle est inspirée de l'article 16 de la Constitution française de 1958. Pour une interprétation approfondie de cet article, voir M. Voisset, L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, t. XXXIX, Paris, L.G.D.J., 1969.*

(article 49, paragraphe 1). La procédure dans ce cas est engagée par un tiers des membres de la chambre (article 49, paragraphe 2).

Il faut noter que tout recours aux pouvoirs d'urgence et tout réajustement de l'organisation du gouvernement doivent nécessairement répondre à des exigences constitutionnelles ou juridiques. Il est de règle dans un gouvernement constitutionnel qu'aucune action officielle n'est engagée sans l'existence d'un minimum de sanction constitutionnelle ou légale. C'est un principe qui vaut autant en période de crise que dans les conditions normales.

En ce qui concerne le contrôle juridictionnel, on constate qu'absolument rien n'est prévu dans ce domaine concernant la déclaration de l'état de siège, ni au moment de sa proclamation, ni après que les conditions difficiles se soient apaisées. La déclaration est considérée comme un acte de gouvernement et n'est soumise à aucun contrôle juridictionnel.

Le recours pour excès de pouvoir est la méthode habituelle permettant de contester un abus de pouvoir flagrant. Le Conseil d'Etat (Haute Cour administrative) peut annuler une mesure qui ne serait pas de la compétence des responsables du maintien de l'ordre.

2. Limitations découlant de la nature de la Constitution

L'article 48 autorise la Chambre des députés ou le gouvernement à supprimer l'application partielle de douze articles de la Constitution, mais pas les autres articles.

Les dispositions constitutionnelles autorisant des limitations ou des restrictions des droits de l'individu doivent être rédigées en termes très précis. Elles seront interprétées strictement et de manière à assurer qu'il n'y a pas d'autres dérogations aux droits de l'homme que celles clairement et expressément décidées. Tout doute concernant l'interprétation de ces dispositions constitutionnelles doit profiter à l'individu.

Les principes régissant les limitations ou restrictions des droits de l'homme sont les suivants¹.

a. Le principe du respect de la dignité de l'individu

¹*E.I. Daes, op. cit., p. 178-179, 200.*

Puisque la Constitution grecque n'autorise aucune dérogation au droit à la dignité humaine, l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ne peut faire l'objet d'aucune restriction ou dérogation. Par conséquent, les personnes arrêtées ou détenues ne doivent pas être maltraitées physiquement ou psychologiquement. Même les affaires d'extrême importance, touchant directement l'intérêt général de l'Etat ne peuvent l'emporter sur la dignité humaine, puisque celle-ci doit être inviolable¹.

b. Le principe de la non-rétroactivité de la législation pénale

Aucune infraction pénale ne sera jugée par un tribunal autre que celui prévu au départ par la loi. Ce principe non seulement interdit l'application rétroactive des lois et sanctions pénales, mais aussi confirme le principe fondamental *nullum crimen nulla poena sine lege*.

c. Le principe de proportionnalité

Les restrictions autorisées par la loi ne doivent pas aller au-delà de ce qui est absolument essentiel pour atteindre l'objectif fixé et doivent être proportionnelles à cet objectif. C'est le principe de proportionnalité, qui figure dans la Constitution et dont le respect peut être contrôlé par les tribunaux².

Ainsi, aucune institution ne doit être créée, aucun droit limité, aucune procédure normale modifiée plus qu'il n'est absolument nécessaire pour résoudre une crise particulière.

d. Liberté d'action de la police et de l'armée pour ce qui est du recours à la force

Il ne sera pas recouru à la force plus que ce que l'on estime de bonne foi et pour des motifs raisonnables et acceptables nécessaires et appropriés aux circonstances: l'importance de la contrainte employée ne sera jamais disproportionnée par rapport à la gravité du danger à éviter.

Dans un pays où les électeurs sont vigilants, le pouvoir législatif puissant et la Constitution un document excessivement fort et sacré, profondément enraciné

¹ Selon l'article 2, paragraphe 1 de la Constitution grecque, «Le respect et la protection de la valeur humaine constituent l'obligation primordiale de la République».

² Le principe de proportionnalité est tiré du principe général de la prééminence du droit. Voir la décision du Conseil d'Etat 2112/1984, *Revue de droit administratif public*, t. 28, 1984 (en grec), p. 86 et suiv.

dans l'histoire et la conscience de la population, ces limites devraient suffire à empêcher tout abus des pouvoirs constitutionnels d'urgence. Après tout, le plus important c'est la place fondamentale d'une constitution dans la conscience des citoyens, la manière dont les valeurs qu'elle définit ont pénétré nos idéaux. Si ces limites ne suffisent pas, le rempart ultime contre un abus éventuel de l'article 48 figure dans l'article 120, paragraphe 4 de la Constitution: «L'observation de la Constitution est confiée au patriotisme des Hellènes qui ont le droit et le devoir de résister par tous les moyens à quiconque entreprendrait son abolition par la violence.»

**f. Regles applicables en roumanie aux situations d'urgence par M. Petru
GAVRILESCU**

Conseiller, Ambassade de Roumanie à Bruxelles, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

La Constitution roumaine prévoit la possibilité d'instituer deux types d'état d'exception: l'état de siège et l'état d'urgence.

Institution de l'état de siège et de l'état d'urgence

En vertu de l'article 93, alinéa [1], il incombe au Président de la Roumanie d'instituer, conformément à la loi, l'état de siège ou l'état d'urgence, dans tout le pays ou dans certaines localités.

Le décret émis par le Président de la Roumanie dans l'exercice de ses attributions prévues à l'article 93, alinéa [1], est contresigné par le Premier Ministre. Comme tous les décrets émis par le Président de la Roumanie dans l'exercice de ses attributions, ce décret est publié, également, dans le Moniteur Officiel de la Roumanie. L'absence de publication entraîne l'inexistence du décret.

Durée de l'état de siège ou de l'état d'urgence

La Constitution n'établit pas une période maximum pour la durée de l'état de siège ou de l'état d'urgence.

Cependant, l'institution de l'état de siège ou de l'état d'urgence est temporaire, puisque la Constitution dispose que **le Parlement**, s'il n'est pas en session, est convoqué de droit et **siège pour toute la durée** de ceux-ci.

Rôle du Parlement

La décision d'instituer l'état d'exception est soumise à l'approbation du Parlement. Le Président de la Roumanie, en instituant l'état de siège ou l'état d'urgence, demande au Parlement d'approuver la mesure adoptée, dans un délai maximum de

5 jours à compter de la date de celle-ci. Si le Parlement n'est pas en session, il est convoqué de droit dans un délai maximum de 48 heures à compter de l'institution de l'état de siège ou de l'état d'urgence.

Pendant l'état de siège ou l'état d'urgence, le Parlement ne peut pas être dissous et siège pour toute la durée de ceux-ci.

Le contrôle législatif

Le contrôle législatif du décret présidentiel instituant l'état de siège ou l'état d'urgence ainsi que des autres actes adoptés durant ceux-ci, découle de la Constitution. Comme il a été déjà montré ci-dessus, l'article 93, alinéa [1], de la Constitution prévoit d'une part que la mesure adoptée par le Président instituant l'état de siège ou l'état d'urgence doit être soumise à l'approbation du Parlement et d'autre part que le Parlement siège pour toute la durée de ceux-ci.

Instances judiciaires

Conformément à la Constitution - article 125, alinéa [2] - il est interdit de créer des instances extraordinaires.

La Constitution établit que la justice est rendue par la Cour Suprême de Justice et par les autres instances judiciaires déterminées par la loi.

La Loi no. 92 du 4 août 1992 sur l'organisation judiciaire, en énumérant à l'article 10 les instances judiciaires, prévoit que les instances militaires fonctionneront également dans les limites fixées par la loi. Il est aussi précisé que la compétence des instances judiciaires est fixée par la loi.

L'article 11 de la même Loi no. 92/1992 prévoit que l'organisation et le fonctionnement des instances militaires sont réglementés par une autre loi.

Restrictions à l'exercice de certains droits ou de certaines libertés

En vertu de la Constitution - article 49, alinéa [1] -, l'exercice de certains droits ou de certaines libertés peut être restreint uniquement par la loi et seulement s'il s'impose, selon le cas, pour: défendre la sécurité nationale, l'ordre, la santé ou la morale publique, les droits et les libertés des citoyens; le déroulement de l'instruction pénale; prévenir les conséquences d'une calamité naturelle ou d'un sinistre extrêmement grave.

C'est la garantie constitutionnelle la plus importante de la légalité de la restriction: elle peut être instituée uniquement par la loi et seulement si elle s'impose, selon les cas, dans les situations énumérées. Cette énumération est limitative. La solution

adoptée par la Constitution roumaine permet tant le contrôle judiciaire de l'acte administratif par lequel s'introduirait une restriction d'un droit ou d'une liberté, dans les conditions et les limites de l'exercice de ce droit établies par une loi organique (Constitution, article 48, alinéa [2]), que le contrôle de la constitutionnalité exercé par la Cour Constitutionnelle. Une loi ou une ordonnance qui dépasserait les cas limitatifs prévus par l'article 49, alinéa [1] de la Constitution serait illégale du fait que les dispositions constitutionnelles ont été enfreintes.

L'alinéa [2] de l'article 49 de la Constitution dispose que la restriction doit être proportionnelle à la situation l'ayant déterminée et ne peut pas porter atteinte à l'existence du droit ou de la liberté.

Par conséquent, la restriction constitue une limitation et, donc, elle ne peut pas avoir comme effet la suppression du droit. En fait, un droit, dont l'exercice a été restreint, constitue un droit dont l'exercice, dans ces limites, est libre. C'est une garantie constitutionnelle qui découle de la consécration par la Constitution des droits et des libertés fondamentales.

Une autre garantie prévue dans cet alinéa [2] est le principe de proportionnalité, en vertu duquel la restriction d'un droit ou d'une liberté doit être proportionnelle à la situation qui la détermine. Donc, toute restriction peut être établie uniquement dans le but pour lequel elle a été prévue et dans certaines limites strictement nécessaires à la situation qui justifie la restriction.

Ces deux conditions peuvent faire l'objet du contrôle de constitutionnalité de la restriction par la Cour Constitutionnelle, ce qui représente une garantie constitutionnelle institutionnalisée.

La Constitution roumaine prévoit expressément que certains droits de l'homme et libertés fondamentales ne peuvent être limités d'aucune manière: le droit à la vie (la peine de mort est interdite - article 22, alinéas [1] et [3]), le droit à l'intégrité physique et psychique de la personne (nul ne peut être soumis à la torture ni à aucune punition ou traitement inhumain ou dégradant (article 22, alinéas [1] et [2]), l'exercice du droit de toute personne de s'adresser à la justice pour la défense de ses droits, de ses libertés et de ses intérêts légitimes ne pas être limité par aucune loi (article 21, alinéas [1] et [2]), la liberté de pensée et d'opinion, ainsi que la liberté de religion ne peuvent pas être limitées aucunement (article 29, alinéa [1]), etc.

Une autre garantie constitutionnelle pour les droits et libertés fondamentaux est prévue par l'article 148, alinéa [3], de la Constitution, en conformité avec lequel

"La Constitution ne peut pas être révisée pour la durée de l'état de siège ou de l'état d'urgence"(...)

Loi organique

Conformément à la Constitution - article 72, alinéa [3], lettre e - les régimes de l'état de siège et de l'état d'urgence sont réglementés par une loi organique. Jusqu'à présent, cette loi organique n'a pas encore été adoptée.

g. Les dispositions nationales dans la fédération de Russie par M. Yuri KOUDRYAVTSEV

Chef du Secrétariat, Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie

1. Pour la première fois dans l'histoire politique russe (et soviétique), la Constitution de 1993 contient une longue liste de droits et libertés qui s'inspire des principaux instruments internationaux sur les droits de l'homme, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, et la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950. En outre, l'article 15, paragraphe 4 de la Constitution dispose que «Les principes et normes universellement reconnus du droit international et les Traités internationaux auxquels a adhéré la Fédération de Russie font partie intégrante de son ordre juridique. Si un traité international auquel la Fédération de Russie est partie établit des règles qui diffèrent de celles prévues par la loi, ce sont les règles prévues par le Traité international qui s'appliquent».

Aux termes de l'article 17, paragraphe 1: «Dans la Fédération de Russie, les droits et libertés de l'homme et du citoyen sont reconnus et garantis conformément aux principes et normes universellement reconnus du droit international et en conformité avec la présente Constitution».

Les dispositions constitutionnelles contiennent des garanties contre les restrictions illégales et volontaires des droits et libertés de l'homme et du citoyen. Par exemple, les paragraphes 2 et 3 de l'article 55 sont ainsi libellés:

«Dans la Fédération de Russie, aucune loi supprimant ou restreignant les droits et libertés de l'homme et du citoyen ne peut être adoptée. Les droits et libertés de l'homme et du citoyen ne peuvent être limités par la loi fédérale que dans la mesure nécessaire pour protéger les fondements de l'ordre constitutionnel, des bonnes mœurs, de la santé, des droits et des intérêts légaux d'autrui, et pour assurer la défense du pays et la sécurité de l'Etat».

La Constitution accorde une attention particulière à l'état d'urgence car il s'agit d'une situation qui peut menacer la mise en œuvre et la protection des droits de l'homme. Le texte de l'article 56 de la Constitution dispose:

- «1. Dans les conditions de l'état d'urgence, pour assurer la sécurité des citoyens et la protection de l'ordre constitutionnel conformément à la loi constitutionnelle fédérale, certaines restrictions peuvent être imposées aux droits et libertés avec indication de leurs limites et de la durée pendant laquelle elles produisent leurs effets.
2. L'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la Fédération de Russie et dans certaines parties de celui-ci peut être instauré dans les circonstances et selon les modalités prévues par la loi constitutionnelle fédérale.
3. Les droits et libertés précisés aux articles 20, 21, 23 (paragraphe 1), 24, 28, 34 (paragraphe 1), 40 (paragraphe 1) et 46-54 de la Constitution de la Fédération de Russie ne peuvent faire l'objet d'aucune restriction».¹

2. Conformément à la Constitution, l'état d'urgence peut être instauré par le Président de la Fédération de Russie, ainsi que le prévoit l'article 88 qui est ainsi libellé: «Dans les circonstances et selon les modalités prévues par le droit constitutionnel fédéral, le Président de la Fédération de Russie instaure l'état d'urgence sur tout le territoire de la Fédération de Russie ou dans certaines parties de celui-ci et en informe immédiatement le Conseil de la Fédération et la Douma d'Etat».

L'article 87 contient des dispositions relatives à l'instauration de l'état de siège.

L'instauration de l'état d'urgence, évoquée à l'article 88, se fait par décret présidentiel qui, conformément à l'article 102, paragraphes 1 et 3, doit être approuvé par le Conseil de la Fédération à la majorité des voix de l'ensemble de ses membres.

3. La loi constitutionnelle fédérale évoquée au paragraphe 2 de l'article 56 ci-dessus n'a pas encore été adoptée. La loi de la République socialiste fédérative soviétique russe «sur l'état d'urgence» du 17 mai 1991 est toujours en vigueur. A

¹ Article 20 (droit à la vie); Article 21 (interdiction de la torture); Article 23, paragraphe 1 (inviolabilité de la vie privée); Article 24 (protection des informations confidentielles concernant une personne); Article 28 (liberté de conscience et de religion); Article 34, paragraphe 1 (droit à la libre activité économique); Article 40, paragraphe 1 (droit au logement); Articles 46-54 (droits et garanties dans le cadre d'une procédure pénale).

l'époque, cette loi avait été reconnue comme étant l'un des textes juridiques les plus réussis satisfaisant aux normes du droit international. La loi définit l'«état d'urgence» comme étant un régime juridique temporaire spécial régissant l'activité des organes de l'Etat, des entreprises, des institutions et des organisations et permettant de restreindre les droits et les libertés.

L'état d'urgence ne peut être proclamé que dans des circonstances capables de conduire à une menace réelle, extraordinaire et inévitable pour la sécurité des citoyens ou pour l'ordre constitutionnel de la République, et qu'il est impossible de supprimer sans mesures d'urgence.

L'article 4 de la loi définit des motifs spécifiques pour la proclamation de l'état d'urgence:

- a) les tentatives de changement par la violence de l'ordre constitutionnel, les troubles massifs, la violence, les conflits ethniques, ainsi que le blocus de certains territoires, menaçant la vie et la sécurité des citoyens ou l'activité normale des organes de l'Etat.
- b) les catastrophes naturelles, les épidémies, les accidents graves menaçant la vie et la santé de la population.

La loi envisage des formes spécifiques d'administration dans les territoires pour lesquels l'état d'urgence a été proclamé: les organes existants du pouvoir exécutif ou des organes exécutifs créés spécialement.

Le régime d'urgence est une mesure temporaire qui ne doit pas durer plus d'un ou deux mois: en cas de nécessité, sa durée peut être prolongée.

Il y a dans la loi une caractéristique incontestablement positive: la loi contient une liste exhaustive de mesures qui peuvent être appliquées dans le cadre d'un régime d'urgence (articles 22 et 23). Parmi ces mesures, on peut citer:

- un régime spécial pour l'entrée, le départ et la circulation;
- la protection accrue de l'ordre public et des voies de communication vitales;
- l'interdiction des grèves;
- la restriction et le contrôle des transports;

- les restrictions de la liberté de la presse et des autres médias par la censure préalable et par la saisie provisoire de moyens techniques et de matériel de reproduction;
- la suspension de l'activité des partis politiques, des organisations publiques et des mouvements qui empêchent la normalisation de la situation;
- le contrôle des papiers et, dans des cas exceptionnels, s'il existe des informations concernant des armes, la fouille des personnes ou les perquisitions à l'intérieur des habitations et des moyens de transport;
- la restriction ou l'interdiction de la vente d'armes et d'alcool, le retrait provisoire des armes, des munitions et des substances toxiques;
- l'expulsion des personnes qui portent atteinte à l'ordre public et qui ne résident pas sur le territoire, à leurs frais, vers le lieu de leur résidence permanente ou en dehors du territoire pour lequel l'état d'urgence a été proclamé.

L'article 27 de la loi prévoit l'interdiction des mesures pouvant justifier la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou la restriction du droit à la vie, du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et du droit de ne pas être soumis à une législation pénale rétroactive créant une infraction pénale ou alourdissant une sanction. Cette liste de restrictions reprend presque mot pour mot les dispositions de l'article 4 paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il convient toutefois de noter qu'il subsiste quelques discordances avec la Constitution de 1993. Notamment:

- a) A la différence de la Constitution de 1993, la loi ne contient dans sa section V (articles 26-36) aucune liste exhaustive de droits dont la restriction est interdite pendant l'état d'urgence;
- b) Seul le Président a le droit de proclamer l'état d'urgence (article 88 de la Constitution). Cependant, la loi confère aussi ce droit aux organes législatifs et exécutifs de la Fédération et des entités qui la composent (sur leurs territoires respectifs);
- c) Conformément à la Constitution, le Conseil de la Fédération soit approuve soit désapprouve le décret présidentiel relatif à l'état d'urgence. Cependant, la loi donne au Parlement (l'ancien Soviet Suprême) le droit de modifier le décret, de contrôler les territoires concernés et de lever l'état d'urgence;

- d) Selon la loi, l'accord des autorités locales est une condition préalable à la proclamation de l'état d'urgence causée par des catastrophes naturelles, des épidémies et des accidents graves;
- e) La loi autorise la modification de la compétence territoriale en matière pénale et civile sur décision de la Cour suprême. Cette disposition est en contradiction avec l'article 47 de la Constitution qui garantit à toute personne «le droit à l'examen de sa cause par le tribunal et par le juge compétents pour cette affaire en vertu de la loi».

De toute évidence, ces discordances ont besoin d'être corrigées. Il ne faut cependant pas oublier que, conformément aux dispositions transitoires de la Constitution, «les lois et autres actes juridiques valides sur le territoire de la Fédération de Russie avant l'entrée en vigueur de la présente Constitution s'appliquent dans la mesure où ils ne sont pas contraires à la Constitution de la Fédération de Russie».

On peut trouver aussi des dispositions régissant les activités des organes de l'Etat dans des situations d'urgence dans la «Loi relative au Président de la RSFSR» du 24 avril 1991, dans la «Loi relative à la sûreté» du 5 mars 1992 et dans la «Loi relative à la défense» du 31 mai 1996.

En vertu de l'article 5 de la «Loi relative au Président de la RSFSR», le Président:

«9. dirige le Conseil de sécurité de la RSFSR dont la structure, la compétence et la composition sont régies par la loi;

...

11. prend des mesures pour préserver la sûreté de l'Etat et l'ordre public de la RSFSR ...;

12. conformément au droit de la RSFSR, proclame l'état d'urgence ...»

4. L'état d'urgence a été proclamé ces dernières années, à plusieurs reprises, dans certaines parties de la Fédération de Russie.

Tout d'abord, le prétendu Comité d'Etat sur l'état d'urgence, créé illégalement par un groupe d'anciens dirigeants communistes, a proclamé l'état d'urgence à Moscou le 19 août 1991, tandis que le Président légitime de l'URSS était bloqué dans sa résidence d'été au bord de la Mer noire. Le 21 août 1991, la sédition était enrayée, l'état d'urgence était levé et les organisateurs du coup d'Etat étaient arrêtés.

Un état d'urgence provoqué par des troubles massifs continus et des conflits ethniques armés accompagnés de violences contre la population civile a été proclamé à plusieurs reprises en 1992-1995 dans les républiques d'Ossétie du Nord et d'Ingouchie (nord du Caucase) ou dans certaines parties de celles-ci.

Le 3 octobre 1993, en vertu du décret présidentiel n° 1575, l'état d'urgence provoqué par le conflit armé entre la branche législative et la branche exécutive du pouvoir fédéral a été proclamé dans la ville de Moscou. Le décret a été suivi d'autres décrets et décisions gouvernementales concernant les particularités de l'ordre juridique, la restriction des droits, le fonctionnement des réseaux énergétiques et les transports.

5. Dans la plupart des cas, le pouvoir étatique, dans les limites territoriales de l'état d'urgence, était confié à des «administrations provisoires» ou à d'autres organes de pouvoir *ad hoc* soutenus par l'armée. Aucune juridiction spéciale n'a été mise sur pied, conformément à l'article 118 qui dispose que «le système judiciaire de la Fédération de Russie est établi par la Constitution de la Fédération de Russie et la loi constitutionnelle fédérale. La création de juridictions d'exception est interdite».

6. Les événements les plus tragiques se sont produits en République tchétchène. L'armée et la police fédérales y ont fait de nombreuses tentatives pour désarmer des groupes paramilitaires illégaux d'activistes locaux. Des dizaines de milliers de soldats et de civils des deux bords ont été tués ou blessés. Les droits et les libertés ont été restreints.

Il convient toutefois de noter que l'état d'urgence n'a jamais été officiellement proclamé en Tchétchénie. Les autorités fédérales ont fondé leurs actions sur la Constitution, sur la «Loi relative au Président de la RSFSR» et sur la «Loi relative à la sûreté».

Conformément à l'article 125 de la Constitution fédérale, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a vérifié la constitutionnalité de l'ensemble de lois concernant l'activité militaire en Tchétchénie et elle a rendu sa décision le 31 juillet 1995. La Cour a jugé constitutionnelles la plupart des dispositions destinées à lutter contre la menace qu'étaient devenus le régime séparatiste tchétchène et ses forces militaires pour l'ordre constitutionnel et l'intégrité territoriale de la Fédération et les droits et libertés de la population. Seules deux dispositions ont été reconnues incompatibles avec la Constitution: celles qui concernaient l'expulsion forcée du territoire tchétchène des personnes «dangereuses pour la sécurité de la société» et la restriction des droits des journalistes.

Le débat complexe et multinational concernant le problème tchétchène se poursuit en Russie et au-dehors. Je suis convaincu que le problème doit être et sera résolu de manière démocratique, pacifique, juste et équitable dans le respect total des droits et libertés individuels et collectifs généralement reconnus.

h. Les dispositions nationales dans la république du bélarus par M. Alexandre VACHKEVITCH

Professeur à l'université d'Etat du Bélarus, Juge à la Cour constitutionnelle du Bélarus

Il est assez difficile d'imaginer un Etat dont la Constitution ne ferait pas mention de l'état d'exception.

Au XIX^e siècle, un célèbre juriste russe, N. Korkounov, écrivait ces lignes:

«Dans la vie de tout Etat, il y a parfois des moments où la souveraineté et l'intégrité nationales sont menacées, où l'existence de l'Etat est suspendue à l'instant. Si l'on reconnaît à une personne le droit à l'autodéfense dans des cas d'extrême nécessité, on ne saurait priver un Etat de ce même droit; c'est pourquoi, dans des circonstances où un danger extérieur ou intérieur précis menace, l'Etat est pleinement autorisé à prendre des mesures extraordinaires et à restreindre temporairement les libertés civiles.»

Toutefois, la première version de la Constitution de 1978 de la République de Biélorussie ne prévoit pas l'état d'exception. De toute évidence, le législateur était convaincu que dans «un Etat socialiste développé», l'état d'exception n'avait aucune raison d'être.

La catastrophe de Tchernobyl, les hostilités entre les nations sur le territoire de l'ex-Union soviétique, comme dans le Haut-Karabakh, etc., ont démontré le contraire. Le 27 octobre 1989, était adoptée une modification de la Constitution, en vertu de laquelle le Présidium du Soviet suprême de la RSSB était chargé d'envisager, en concertation avec le Présidium du Soviet suprême de l'URSS, la déclaration de l'état d'exception sur le territoire de la Biélorussie ou d'une partie de celui-ci «afin de défendre les intérêts de l'Etat et la sécurité des citoyens soviétiques». La loi de l'ex-Union soviétique réglementant l'état d'exception, la déclaration de celui-ci et les mesures pouvant l'accompagner, a été adoptée le 3 avril 1990.

A la suite de l'effondrement de l'Union soviétique et de l'acquisition, par la République du Bélarus, de sa souveraineté, il s'est avéré nécessaire d'inscrire dans la législation du Bélarus les indispensables dispositions relatives à l'état d'exception.

La Constitution de 1994 de la République comporte six articles se rapportant directement à l'état d'exception et régissant divers aspects de son application.

Dans quelle mesure correspondent-ils à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que le Bélarus a signé, et à l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales? Pour répondre à cette question, nous devons analyser la loi fondamentale du Bélarus, qui fixe les notions clés ci-après.

1. En vertu de l'article 100, alinéa 18, c'est le Président de la République qui a le droit de déclarer l'état d'exception. Toutefois, sa décision doit être approuvée par le Conseil suprême dans les trois jours qui suivent. Le parlement peut accepter la décision du président ou la rejeter.

La Cour constitutionnelle est habilitée à vérifier si la décision du Président est conforme aux dispositions de la Constitution et aux accords internationaux ratifiés par le Bélarus. Elle peut annuler toute décision qui n'est pas conforme aux obligations de fond découlant des textes susmentionnés.

2. L'article 100, alinéa 18, dresse, en outre, la liste de toutes les situations pouvant conduire à l'instauration de l'état d'exception:

- a. calamités naturelles;
- b. catastrophes;
- c. troubles de l'ordre public s'accompagnant de la menace ou de l'emploi de la force par des groupes d'individus ou des organisations et pouvant mettre en péril la vie ou la santé de la population, l'intégrité territoriale ou l'existence de l'Etat.

3. La Constitution envisage expressément l'adoption d'une loi spéciale relative à l'état d'exception avant le 15 mars 1996.

4. Aux termes de l'article 72, il ne peut y avoir d'élections pendant toute la durée de l'état d'exception. Il est également impossible de réviser la Constitution (article 148). Il convient, en outre, d'ajouter qu'en vertu de l'article 7 de la loi sur les référendums, aucun débat ne peut avoir lieu sur des questions référendaires, et aucun référendum ne peut être organisé, tant que l'état d'exception est en vigueur.

5. Conformément au droit international, même l'état d'exception ne saurait restreindre:

- a. le droit à la vie;
- b. le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et l'interdiction de soumettre une personne à des expériences médicales ou autres sans son consentement;
- c. la présomption d'innocence;
- d. le droit de chacun d'adopter une position de son choix en matière de religion, le droit de professer individuellement ou en commun une religion, quelle qu'elle soit, ou de n'en avoir aucune; d'exprimer et de diffuser des croyances religieuses ou d'exercer un culte religieux et de pratiquer un rituel ou des rites religieux (article 63).

On constate donc que, d'une manière générale, les dispositions constitutionnelles de la République du Bélarus ne sont pas contraires aux normes internationales des droits de l'homme. Elles doivent servir de fondement à la loi sur l'état d'exception qui sera sous peu débattue au parlement.

A mon avis, cette loi devrait également stipuler la convocation immédiate et automatique du parlement après que le Président a déclaré l'état d'exception, comme le prévoit la Constitution espagnole de 1978.

i. Quelques réflexions sur la suspension des droits fondamentaux lors de situations d'exception en droit italien par M. Giuseppe CATALD

Professeur à l'université de Naples

Je voudrais décrire brièvement l'expérience constitutionnelle italienne en matière de suspension des droits fondamentaux dans les situations d'exception.

Comme on le sait, la Constitution italienne fut rédigée après la guerre, sur le modèle de celle de Weimar. Toutefois, à l'issue de longs débats, la disposition de Weimar prévoyant la suspension des garanties constitutionnelles et l'attribution au gouvernement de pouvoirs spéciaux en cas d'état d'exception, a été délibérément exclue. Ce choix s'explique évidemment par une évaluation plutôt pessimiste de ce type de disposition. Et, de fait, l'expérience récente a démontré que l'exercice de pouvoirs d'exception peut servir à ébranler les fondements de la démocratie, sous prétexte de la défendre contre un prétendu danger public. Il est significatif de constater que le Japon et l'Allemagne □ engagés comme l'Italie à rebâtir des institutions démocratiques après leur expérience commune de la guerre □ ont également décidé de ne pas inclure ce type de disposition dans leur Constitution

(bien que des articles régissant l'état d'exception aient été ultérieurement introduits dans le *Grundgesetz* avec les amendements de 1968).

Certes, comme l'a fait observer le professeur Özbudun dans son document, l'absence de dispositions constitutionnelles spécifiques ne signifie pas que les règles et compétences requises en cas d'état d'exception fassent défaut. Les pouvoirs nécessaires découlent, en effet, de la responsabilité des institutions de l'Etat qui doit assurer la protection et la sécurité des citoyens. La nécessité se fait donc source du droit. Mais quels sont, dans la pratique, les instruments normatifs utilisables en droit italien?

Mis à part l'état de guerre (régé par l'article 78 de la Constitution), il convient d'abord de préciser, en ce qui concerne les situations d'exception, que l'article 2 de la loi du 18 juin 1931 sur la sécurité publique □ loi toujours en vigueur bien que datant de l'époque fasciste □ doit se lire, comme l'a spécifié la Cour constitutionnelle, à la lumière des modifications constitutionnelles intervenues depuis. Il s'ensuit que le pouvoir du « préfet » de limiter les libertés et les droits fondamentaux, établi par cet article doit être considéré comme implicitement révoqué.

Il est donc clair qu'en temps de paix l'état d'exception est exclusivement régi par l'article 77 de la Constitution qui, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, autorise le gouvernement à adopter des mesures provisoires juridiquement valables. Ces mesures doivent être soumises au parlement le jour même de leur adoption et sont considérées comme sans effet dès le début, à moins d'être converties en loi dans les soixante jours qui suivent leur publication. Il existe donc un contrôle politique du parlement sur ces lois, ainsi qu'un contrôle juridictionnel de la Cour constitutionnelle. Ce contrôle, comme le précise ladite Cour (en particulier dans l'arrêt n° 29 du 27 janvier 1995) s'étend aux conditions requises pour l'adoption de mesures exceptionnelles, à savoir l'existence effective d'une situation *de facto* comportant la nécessité et l'urgence de recourir à un instrument exceptionnel, tel que le décret-loi. L'existence de ce type de situation est, en effet, une condition de validité constitutionnelle pour l'adoption des mesures en question.

La pratique suivie par le gouvernement pour l'adoption de tels décrets va cependant bien au-delà de ce que prescrit la Constitution. A la suite d'une augmentation progressive et impressionnante du nombre de ces actes normatifs et de l'habitude blâmable de réitérer à plusieurs reprises des décrets non convertis en lois par le parlement, il s'est produit une « quasi-substitution » de ce type de décrets à la loi ordinaire. Même la participation des forces armées italiennes à la guerre du Golfe a été décidée par un « décret-loi » du gouvernement (n° 17 de 1991). Les conséquences de cette pratique, surtout en ce qui concerne la valeur de certitude

du droit dans les rapports entre les sujets sont faciles à imaginer et particulièrement préoccupantes quand les décrets-lois touchent aux droits fondamentaux. Fort heureusement, le législateur, tout comme la Cour constitutionnelle, sont intervenus sur ce point. L'article 15 de la loi n° 400 du 23 août 1988 (Réglementation de l'activité du gouvernement et dispositions touchant la présidence du Conseil des ministres) restructure, en effet, le cadre dans lequel ces décrets sont promulgués; il impose aussi, pour chaque décret, l'obligation d'indiquer les circonstances d'exception qui justifient son adoption. Il faut également mentionner une très récente et importante décision (n° 360 du 24 octobre 1996) de la Cour constitutionnelle qui déclare l'illégalité constitutionnelle des décrets se limitant à reproduire le contenu de décrets-lois antérieurs, non convertis en lois par le parlement. Selon la Cour, pour que le gouvernement puisse intervenir sur le même sujet par la procédure du décret d'urgence, il faut que le contenu normatif de l'acte soit différent ou que soient changés les critères justificatifs, à savoir les conditions de nécessité et d'urgence.

Fort heureusement, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution – presque un demi-siècle – l'Italie n'a connu aucun état d'exception nécessitant une procédure normative d'urgence qui aurait suspendu de manière significative la jouissance des libertés et droits fondamentaux. Le seul cas où la nécessité d'une législation d'urgence s'est fait sentir a été la période des Brigades rouges, groupe terroriste actif dans les années 70 et la première moitié des années 80. Le décret-loi du 15 décembre 1979, converti en loi le 6 février 1980 prévoyait, par exemple, l'adoption de «mesures urgentes pour sauvegarder l'ordre démocratique et la sécurité publique». Ces mesures conféraient à la police des pouvoirs d'exception pour l'arrestation des suspects – pouvoirs qui se traduisaient par une limitation de la liberté individuelle et, selon l'auteur, ne semblaient pas figurer parmi ceux considérés comme légalement valables par l'article 5 de la Convention des Droits de l'Homme (sur ce point, voir Cataldi, *la clausola di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, dans *Rivista di diritto europeo*, 1983, p. 10). A notre avis, le Gouvernement italien aurait dû informer dans ce cas le Secrétaire Général, conformément à l'article 15 de la Convention, de la dérogation apportée aux obligations prescrites par l'article 5 de la Convention.

j. Situations d'exception en arménie par M. Khatchig SOUKIASSIAN

Conseiller à la Cour constitutionnelle de l'Arménie chargé des relations avec l'extérieur, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Les alinéas 13 et 14 de l'article 55 de la Constitution arménienne établissent une distinction entre l'état de loi martiale (facteur externe) et la menace immédiate à l'ordre constitutionnel (facteur interne). Conformément à ces deux dispositions constitutionnelles, le Président de la République d'Arménie:

- "13. décide du recours aux forces armées. En cas d'agression militaire contre la république ou de danger immédiat, ou de déclaration de guerre par l'Assemblée nationale, le Président décrète la loi martiale et peut déclarer la mobilisation générale ou partielle. En cas de déclaration de la loi martiale, une séance extraordinaire de l'Assemblée nationale est convoquée
14. en cas de menace immédiate à l'ordre constitutionnel, après les consultations avec le président de l'Assemblée nationale et le Premier ministre, il prend les mesures dictées par la situation et s'adresse au peuple à ce sujet."

A. Conditions préalables pour l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55 de la Constitution arménienne

Les pouvoirs conférés au Président de la République par les alinéas 13 et 14 de l'article 55 de la Constitution arménienne ne sont pas illimités; en réalité, ces alinéas eux-mêmes, et plusieurs autres dispositions constitutionnelles imposent des restrictions aux mesures que le Président peut prendre. Ces restrictions sont les suivantes:

(a) Conditions pour l'application de l'alinéa 13 de l'article 55

Le pouvoir de décréter la loi martiale en Arménie est conféré au Président de la République par l'alinéa 13 de l'article 55 de la Constitution. La loi martiale peut être proclamée dans trois cas:

- agression militaire contre la république;
- danger immédiat d'une telle agression;
- déclaration de guerre par l'Assemblée nationale.

En d'autres termes, le pouvoir d'appréciation du Président de la République d'Arménie est très étroit, s'agissant de l'application de l'alinéa 13 de l'article 55. La Constitution confère au Président de la République – et à lui seul – le pouvoir d'apprécier l'imminence d'une telle agression contre la république. Dans les deux autres cas, le Président de la République est lié par la situation *de facto*; soit la république est effectivement attaquée, soit l'Assemblée nationale a déclaré la guerre (seule l'Assemblée nationale est habilitée par la Constitution à déclarer la guerre).

L'application de l'alinéa 13 de l'article 55 de la Constitution donne au Président d'Arménie les pouvoirs constitutionnels ci-après:

- premièrement, si le Président décide d'appliquer l'alinéa 13 de l'article 55, il est alors dans l'obligation de proclamer la loi martiale publiquement: il doit s'adresser au peuple et l'informer de sa décision;
- deuxièmement, le Président de la République a le pouvoir d'adopter des résolutions (ordonnances présidentielles) sur le recours aux forces armées et de proclamer la mobilisation générale ou partielle.

Dans tous les cas, l'Assemblée nationale est réunie en session extraordinaire. Bien que la Constitution n'interdise pas expressément au Président de la République de dissoudre l'Assemblée nationale en cas de proclamation de la loi martiale, comme elle le fait pour l'application de l'alinéa 14 de l'article 55 de la Constitution (voir ci-après), l'interdiction est implicite, puisque l'Assemblée nationale se réunit en session extraordinaire, pendant que la loi martiale est proclamée.

(b) Conditions pour l'application de l'alinéa 14 de l'article 55

Tout d'abord, le Président de la République est obligé, avant d'appliquer l'alinéa 14 de l'article 55, de consulter le président de l'Assemblée nationale et le Premier ministre. Dans le même temps, il doit en outre adresser un message à la nation afin de justifier son action. Bien qu'aux termes de la Constitution, le Président de la République ne soit pas lié par les avis du président de l'Assemblée nationale et du Premier ministre, en réalité, il ne peut pas prendre les mesures qu'il veut, s'ils y sont catégoriquement opposés¹.

Deuxièmement, le Président de la République ne peut appliquer cette disposition que si l'ordre constitutionnel est menacé par un danger immédiat et il ne peut prendre alors que des mesures adaptées à la situation engendrée par la crise.

Enfin, deux mécanismes restrictifs sont prévus par la Constitution; l'Assemblée nationale ne peut être dissoute par le Président de la République durant l'application de l'alinéa 14 de l'article 55 (paragraphe 4 de l'article 63) et l'Assemblée nationale ne peut voter une motion de censure contre le gouvernement pour le forcer à démissionner (article 84).

¹ *L'Assemblée nationale dispose de pouvoirs constitutionnels pour destituer le Président de la République, s'il est reconnu coupable de haute trahison ou d'un autre crime grave (article 57 de la Constitution).*

Que se passe-t-il si le Président de la République dissout l'Assemblée nationale avant l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55? Peut-il alors, en toute liberté, en l'absence de contrôle parlementaire, prendre des mesures qui portent atteinte aux droits de l'homme et aux libertés constitutionnelles?

Le paragraphe 2 de l'article 63 apporte une réponse à cette préoccupation. Il dispose que «le mandat de l'Assemblée nationale expire (...) le jour de l'ouverture de la première session de l'Assemblée nationale nouvellement élue, jour où commence le mandat de l'Assemblée nationale nouvellement élue». En conséquence, même si l'Assemblée nationale est dissoute par le Président de la République avant l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55, elle conserve le pouvoir et exerce son contrôle sur le Président de la République, jusqu'à l'élection de la nouvelle Assemblée nationale qui lui succédera.

(c) Autres conditions préalables à l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55

L'article 45 de la Constitution impose des restrictions fondamentales aux pouvoirs du Président de la République. Conformément à cet article, le Président de la République ne peut en aucun cas porter atteinte aux articles 17, 19, 20, 39, 41, 42 et 43 de la Constitution (qui concernent des droits civils et des libertés publiques), lorsqu'il applique les alinéas 13 et 14 de l'article 55 de la Constitution. En conséquence, le Président de la République ne peut jamais porter atteinte aux droits constitutionnels ci-après:

- le droit à la vie (article 17 de la Constitution);
- l'interdiction de soumettre à la torture, d'infliger un traitement cruel ou une sanction dégradante et de faire subir une expérimentation médicale ou scientifique (article 19 de la Constitution);
- le droit au respect de la vie privée et familiale, l'illégalité de la collecte, conservation, utilisation, exploitation et divulgation d'informations sur la vie privée et familiale, ainsi que la confidentialité de la correspondance, des communications téléphoniques, postales, télégraphiques et autres (article 20);
- le droit d'être entendu publiquement par un tribunal indépendant et impartial (article 39);
- le droit à la présomption d'innocence (article 41);

- le droit de ne pas témoigner contre soi-même, son conjoint ou ses proches parents, l'invalidité (nullité) des preuves obtenues par des moyens illégaux, l'interdiction d'infliger une peine plus lourde que celle applicable d'après la législation en vigueur au moment où l'infraction a été commise et l'innocence, si un acte ne constituait pas une infraction d'après la législation en vigueur au moment de son exécution; la non-rétroactivité des lois (article 42).

En outre, les autres droits civils et libertés publiques non visés par les articles 17, 19, 20, 39, 41 et 42, mais ayant force constitutionnelle, et les «autres droits et libertés individuels universellement reconnus» non mentionnés dans la Constitution (article 43) ne peuvent être provisoirement restreints par le Président de la République d'Arménie que dans le cadre des conditions définies et des mesures autorisées par les lois correspondantes votées par le Parlement arménien.

B. Contrôle a posteriori de l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55

La Constitution confère à l'Assemblée nationale d'Arménie le pouvoir de suspendre l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55.

a. Si un tiers au moins des députés¹ de l'Assemblée nationale estime que le Président de la République d'Arménie n'a pas de raison valable de mettre en application les alinéas 13 et 14 de l'article 55, ils peuvent saisir, conformément à l'alinéa 2 de l'article 101, la Cour constitutionnelle d'Arménie². Celle-ci fait connaître ses conclusions sous la forme d'une décision de la Cour constitutionnelle qui doit être rendue conformément au premier paragraphe de l'article 102, dans les trente jours suivant la réception de la requête des députés. Et conformément au paragraphe 3 de l'article 102 de la Constitution, la Cour constitutionnelle prend ses décisions aux deux tiers des voix de la cour (c'est-à-dire six sur neuf membres de la Cour constitutionnelle)³.

¹ C'est-à-dire, à présent, 64 sur 190 et pour les législatures futures, 44 signatures de députés sont requises pour que l'Assemblée nationale puisse saisir la Cour constitutionnelle (l'article 63 de la Constitution arménienne limite à 131 le nombre de députés de la future Assemblée nationale).

² L'alinéa 6 de l'article 100 de la Constitution confère à la Cour constitutionnelle le pouvoir d'examiner les recours concernant l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55. Et aux termes du dernier paragraphe de l'article 101 de la Constitution, «la Cour constitutionnelle examine les affaires seulement sur la base d'une requête pertinente».

³ Autrement, les décisions de la Cour constitutionnelle sont prises à la majorité simple, c'est-à-dire par cinq membres sur neuf (voir paragraphe 3 de l'article 102).

Dans l'examen des conditions et circonstances de l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55, la Cour constitutionnelle a le droit de convoquer le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le Premier ministre, les ministres, le haut commandement des armées, d'autres fonctionnaires de l'Etat ainsi que certains citoyens. De même, la Cour constitutionnelle est en droit de demander des documents officiels, y compris des documents contraignants. Le Président de la République ou d'autres fonctionnaires ne peuvent ignorer la convocation ou refuser de communiquer les documents demandés (article 60 de la loi de la République d'Arménie sur la Cour constitutionnelle).

Les conclusions de la Cour constitutionnelle n'ont pas force exécutoire¹ et l'Assemblée nationale peut décider de ne pas s'y conformer. Ce n'est qu'après avoir entendu ces conclusions que le Parlement arménien peut mettre la question de la suspension de l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55 aux voix (voir le dernier paragraphe de l'article 81 de la Constitution). L'Assemblée nationale, par un vote de la majorité des députés présents à la session, décide de mettre fin ou non aux mesures prévues par les alinéas 13 et 14 de l'article 55 de la Constitution et mises en œuvre par le Président².

b. La Constitution prévoit un second contrôle de la mise en œuvre des alinéas 13 et 14 de l'article 55. Conformément au deuxième paragraphe de l'article 56: «Les décrets et les ordonnances du Président de la République ne peuvent pas contredire la Constitution et les lois.» Cette disposition constitutionnelle s'applique également en cas de mise en œuvre des alinéas 13 et 14 de l'article 55.

Conformément au premier alinéa de l'article 100 de la Constitution, la Cour constitutionnelle examine la conformité à la Constitution des décrets et ordonnances du Président de la République à la demande d'au moins un tiers des députés de l'Assemblée nationale (article 101, alinéa 2). La Cour constitutionnelle délivre une décision (et non une conclusion) de la Cour constitutionnelle (premier alinéa de l'article 100) à la majorité, c'est-à-dire cinq sur neuf de ses membres (troisième paragraphe de l'article 102).

¹ Contrairement aux décisions de la Cour constitutionnelle qui sont «définitives, ne sont pas sujettes à réexamen et entrent en vigueur dès leur publication» (paragraphe 2 de l'article 102), les conclusions ne sont pas exécutoires. Cela signifie que, même si la Cour constitutionnelle trouve que les circonstances justifient l'application par le Président des alinéas 13 et 14 de l'article 55, l'Assemblée nationale peut toujours mettre fin aux mesures prévues par lesdits alinéas.

² Pour que la décision soit juridiquement valable, il faut qu'au moins quatre-vingt-seize (et pour les législatures futures, soixante-six) députés soient présents à la session de l'Assemblée nationale (article 71 de la Constitution).

La décision de la Cour constitutionnelle est définitive et non sujette à réexamen. Si la Cour constitutionnelle estime que les décrets et ordonnances du Président de la République faisant suite à l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55 ne sont pas conformes à la Constitution, ils sont immédiatement privés de toute force juridique.

C. Les problèmes de l'application des alinéas 13 et 14 de l'article 55

La mise en œuvre de ce contrôle sur le Président d'Arménie soulève deux problèmes délicats:

- premièrement, la condition nécessaire de réunir soixante-quatre (et pour les futures législatives, quarante-quatre) députés, pour avoir le droit de saisir la Cour constitutionnelle semble en général très restrictive. La Constitution arménienne ne tient pas compte de la répartition des forces politiques en Arménie; aujourd'hui, l'opposition ne dispose pas au sein de l'Assemblée nationale du nombre de députés requis pour faire usage de ce droit théorique. Nombreux sont ceux qui estiment en Arménie que ce nombre doit être abaissé, pour passer d'un tiers à 10 ou 12 % des députés de l'Assemblée nationale;
- deuxièmement, comme on l'a vu plus haut, le second paragraphe de l'article 56 de la Constitution dispose que les décrets et les ordonnances du Président de la République ne peuvent pas contredire la Constitution et les lois. Bien que la Constitution prévoie l'examen de la constitutionnalité des actes du Président, elle ne régleme nte pas la question du contrôle de leur légalité: la Cour constitutionnelle ne dispose pas d'un tel pouvoir constitutionnel. De fait, nous ne savons pas quelle est l'autorité chargée d'examiner la légalité des décrets et ordonnances du Président et quelles sont les personnes morales qui peuvent s'adresser à cette autorité sur ce point. La réforme du système judiciaire qui suit son cours devrait apporter une réponse à cette question.

Troisième séance de travail

«Situations d'urgence dans les instruments juridiques internationaux»

- a. Les règles applicables aux pouvoirs d'exception dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme
par M. Jan KOLASA

- b. Situations d'urgence: La pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme
par M. Francis JACOBS

- c. Quelques réflexions sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme
par M. Giuseppe CATALDI

a. Les règles applicables aux pouvoirs d'exception dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme par M. Jan KOLASA

Professeur de Droit International, Chef de l'Institut de droit public, Université de Wrocław

Table des matières

- I. LA NATURE JURIDIQUE DES OBLIGATIONS FONDAMENTALES DES ÉTATS
 - 1. Caractère juridique des traités relatifs aux droits de l'homme
 - 2. Nature juridique des clauses dérogatoires

- II. LE CONCEPT DE SITUATION D'URGENCE

- III. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RÉGISSANT L'EXERCICE LÉGITIME DU DROIT DE DÉROGATION
 - 1. La proclamation officielle
 - 2. La notification
 - 3. L'intangibilité des droits
 - 4. La proportionnalité
 - 5. La non-discrimination
 - 6. La compatibilité

IV. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

* * *

Je ne saurais évidemment prétendre le moins du monde traiter à fond ce sujet dans une communication aussi brève. Ce ne serait ni possible ni souhaitable. Je me bornerai donc à un exposé général des caractéristiques juridiques fondamentales des pouvoirs d'exception prévus par les clauses pertinentes des trois principaux instruments traitant des droits de l'homme: le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le Pacte), la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (la Convention européenne) et la Convention américaine relative aux droits de l'homme (la Convention américaine). L'accent est mis dans cet exposé sur les aspects juridiques les plus propres aux règles énoncées dans les clauses d'exception, sur leur pertinence ou non-pertinence juridique.

I. LA NATURE JURIDIQUE DES OBLIGATIONS FONDAMENTALES DES ÉTATS

1. Caractère juridique des traités relatifs aux droits de l'homme

Le caractère juridique d'un tel instrument exerce une forte influence sur ses modalités d'application et sur la nature des responsabilités incombant aux parties. Les traités internationaux traditionnels se fondent notoirement sur le principe de réciprocité, créant ainsi des obligations mutuelles aux parties. A l'inverse, les instruments relatifs aux droits de l'homme que nous examinons ne sont pas conclus en vue de l'échange de droits au profit réciproque des Etats parties. Il faut les considérer comme des instruments juridiques multilatéraux habilitant les Etats parties «à s'engager unilatéralement à ne pas violer les droits de l'homme de leurs ressortissants». Ils doivent assurer la protection des droits fondamentaux de chaque être humain, indépendamment de sa nationalité, contre l'Etat dont il a la nationalité et toutes les autres parties contractantes¹.

Le caractère particulier des instruments concernant les droits de l'homme ne se limite pas uniquement à la question de la réciprocité. Après avoir analysé la Convention européenne, J.A.C. Salcedo en a conclu que les Etats parties, membres du Conseil de l'Europe, ne se proposaient pas d'instaurer des droits et des obligations réciproques dans leur propre intérêt national, mais «de promouvoir

¹ *Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion n° OC-2/82, September 24, 1982, Ser. A. Judgments and Opinions, n° 3, paragraphes 29 et 33. Cité d'après T. Buergenthal, The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court. 79 AJIL, 1985, pp. 22-23.*

les buts et les idéaux du Conseil de l'Europe énoncés dans son Statut et d'instaurer un ordre public commun aux démocraties libres d'Europe»¹.

La notion d'ordre public nouveau, et d'humanité qui en fait partie, se trouve dans les opinions de spécialistes et d'organismes internationaux. Dès 1962, la Commission européenne des Droits de l'Homme faisait valoir que le recours à l'article 24 de la Convention européenne par un Etat contre un autre s'extrapolait d'une violation de l'«ordre public européen». La Cour européenne des Droits de l'Homme raisonnait de même².

La Cour internationale de Justice s'est rangée à ces opinions dans l'affaire *Barcelona Traction* (1970). Elle a expressément déclaré que les obligations en matière de droits de l'homme sont celles «d'un Etat envers la communauté internationale tout entière (...); ce sont des obligations *erga omnes*». Tous les Etats ont donc un intérêt légitime à les protéger³. Dans le rapport de Montréal de l'ILA (1982), on peut lire que les droits de l'homme «ne sont plus l'envers des lois, en quelque sorte leur image réfléchie dans un miroir». Ils doivent «continuer d'exister même si tous les Etats devaient s'écrouler, avec leurs lois et leurs règlements», car ils se fondent «sur l'être humain lui-même»⁴. Et comme ils ne procèdent ni d'un Etat ni de tout autre pouvoir extérieur, aucun pouvoir ne peut les éliminer⁵.

Les obligations découlant de ces instruments revêtent ainsi un caractère juridique particulier qui peut s'exprimer en général par deux conclusions des plus fondamentales:

¹ J.A.C. Salcedo, *The Place of the European Convention in International Law*, dans R.S.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, London 1993, p.15.

² *Annuaire* 4 (1961), pp. 116 et 140 (*Autriche c. Italie*). Cité aussi par J.A.C. Salcedo, p. 17; voir également T. Buergenthal, *Proceedings against Greece under the European Convention of Human Rights*, 62 *AJIL*, 1968, p. 442.

³ *Affaire Barcelona Traction*, CIJ, rapports 1970, p. 32. Voir également C. Mik, *On the Specific Character of State Obligations in the Field of Human Rights*, 20 *Polish Yearbook of International Law*, 1993, pp. 129-132.

⁴ ILA, *Report of the Sixtieth Conference held at Montreal, 29 août-4 septembre 1982* (ILA, *Montreal Report 1982*), p. 123.

⁵ O. Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept*, 77 *AJIL*, 1983, p.835. Cf. l'avis exprimé par M. Cohen, *Towards a Paradigm of Theory and Practice: The Canadian Charter of Rights and Freedoms; International Law Influences and Interactions; in Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haye 1984, p. 90.

- a. les droits de l'homme échappent à l'emprise de l'Etat dans les limites définies par ces mêmes instruments;
- b. il existe, *in statu nascendi*, une nouvelle branche du droit international instaurant un nouvel ordre juridique dans lequel la notion de société internationale constitue un sujet distinct de ce droit; certaines normes de ce nouvel ordre juridique ont le caractère d'obligations *erga omnes*.

Ces conclusions, qui se fondent sur les opinions de spécialistes et les déclarations d'organismes internationaux, créent le contexte dans lequel seront analysées les clauses dérogoires des instruments relatifs aux droits de l'homme.

2. Nature juridique des clauses dérogoires

Le droit de déroger aux obligations concernant les droits de l'homme est interprété d'ordinaire comme l'expression conventionnelle du concept ancien de nécessité et son adaptation particulière aux droits de l'homme dans une situation d'urgence¹. Que cette opinion soit parfaitement juste ou non ne semble pas très important aux fins du présent exposé; ce qui importe, c'est de savoir dans quelle mesure les clauses d'exception figurant dans les trois principaux instruments concernant les droits de l'homme se rapprochent ou s'éloignent du principe ancien de nécessité admis en droit international général.

Avant tout, en droit international général, les Etats peuvent toujours exciper en cas de situation d'urgence de la nécessité sans être tenus de suivre une procédure particulière; dans la pratique, ce principe a été abusivement invoqué par de grandes puissances pour justifier une agression contre de petits Etats². Il constitue un droit vraiment souverain des Etats. En fait, les Etats parties aux instruments internationaux traitant des droits de l'homme jouissent également du droit souverain de proclamer l'état d'urgence, droit qui n'a été contesté ni en théorie ni en pratique; par exemple, dans l'affaire *Lawless*, M. G. Maridakis a déclaré: «Lorsque l'Etat livre un combat de vie ou de mort, nul ne peut exiger qu'il renonce à prendre des mesures d'exception extraordinaires.»³ Un avis allant dans le même sens figure dans le rapport de l'ILA: «un Etat est non seulement fondé, mais

¹ Voir par exemple J. Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford 1992, pp. 220-228, et J. Barboza, *Necessity (Revised) in International Law*; dans *Essays (...)*, pp. 27, 41-43.

² Voir J. Oraá, p. 232, et J. Barboza, p. 27.

³ *Affaire Lawless (Les faits de la cause)*, Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt du 1^{er} juillet 1961, 56 AJIL, 1962, p. 207.

encore obligé d'user d'un tel pouvoir pour faire face à une situation extraordinaire qui ne pourrait être maîtrisée autrement.»¹

Contrairement à ce qu'il en est du principe de force majeure, un Etat invoquant l'existence d'une situation d'urgence ne peut toutefois, au regard des instruments relatifs aux droits de l'homme, manquer aux obligations qu'il a contractées en ratifiant ces instruments². En outre, il faut vigoureusement mettre en relief le fait que le genre de situation d'urgence pouvant justifier une dérogation aux obligations en matière de droits de l'homme est expressément défini dans ces instruments. Il s'agit de rien moins que des cas «où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation»³. Qui plus est, un gouvernement dérogeant à ses obligations doit faire la preuve que la situation d'urgence invoquée par lui constitue un tel danger. Les organes de contrôle internationaux sont en droit d'en examiner la nature. Dans l'affaire de Chypre, la Commission européenne des Droits de l'Homme s'est expressément déclarée compétente pour se prononcer sur l'existence ou l'inexistence d'un «danger public»⁴. La clause dérogatoire définit le caractère des mesures pouvant être prises et les soumet également à la supervision des organes de contrôle internationaux. Elles sont soumises à un contrôle et un examen international rigoureux. Ces restrictions font du droit de dérogation aux obligations en matière de droits de l'homme un droit nouveau et sensiblement différent du droit souverain fondé sur le principe de nécessité.

Il convient de rappeler que les instruments relatifs aux droits de l'homme avaient pour objet principal de donner du danger public une définition claire et nette qui ne se prêterait pas à un usage abusif de la part des Etats, puisque c'est précisément dans des situations exceptionnelles que la protection de ces droits est le plus nécessaire.

Après avoir étudié attentivement ces instruments, J. Oraá parvient à la conclusion que la clause dérogatoire figurant à l'article 4 du pacte constitue une nouvelle règle conventionnelle qui a, du moins en partie, un caractère normatif. Il s'agit d'une

¹ *ILA, Report of the Fifty-Ninth Conference held at Belgrade, 17-23 août 1980, Londres 1982 (ILA, Belgrade Report 1980), p. 95.*

² *Affaire Landinelli, the Human Rights Committee, Communication n° R.8/34, Adoption of Views, 8 April 1981, in A/36/40, pp. 132-133. Cité aussi par J. Oraá, p. 21.*

³ *Article 4, paragraphe 1 du Pacte. La même idée, plus ou moins, se retrouve dans l'article 15, paragraphe 1 de la Convention européenne et dans l'article 27, paragraphe 1 de la Convention américaine.*

⁴ *Annuaire, 2 (1958-1959), p. 176. Voir également R. Higgins, Derogations under Human Rights Treaties, 48 BYBIL, 1976-1977, pp. 301-303.*

norme nouvelle visant à instaurer un régime juridique qui régleme uniquement dans des situations d'exception la protection des droits de l'homme. La proclamation et l'acceptation de cette clause, présentée comme un vrai succès et comme la pierre angulaire de la protection des droits de l'homme, n'ont soulevé aucun problème sérieux¹. En particulier, le succès réside dans une définition relativement précise du mécanisme de dérogation et dans le fait qu'il est placé sous le contrôle d'organismes internationaux agissant au nom de la communauté internationale tout entière. Grâce aux instruments internationaux, une dérogation aux obligations en matière de droits de l'homme est admissible uniquement lorsque les événements la rendent absolument nécessaire et qu'elle est proportionnée au danger résultant de ces événements.

II. LE CONCEPT DE SITUATION D'URGENCE

Avant d'étudier la clause d'urgence, il faut évidemment commencer par définir le terme «situation d'urgence» tel qu'il est mentionné dans les trois instruments sur les droits de l'homme.

Certes, il y a quelques différences dans la formulation du concept de situation d'urgence dans ces trois instruments, mais ces différences ne paraissent pas importantes. La Convention européenne autorise une dérogation «en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation» (article 15, paragraphe 1). Le pacte mentionne «le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation» (article 4, paragraphe 1), tandis que la Convention américaine parle de «guerre, danger public ou autre situation d'urgence menaçant l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie» (article 17, paragraphe 1)².

Les divergences entre la Convention européenne et le Pacte semblent être strictement de forme, la notion de danger formulée à l'article 4 du Pacte s'appliquant directement à la guerre, qui est le plus grand danger public. Dans la Convention américaine, cette notion paraît quelque peu différente de prime abord, mais en pratique elle ne diffère pas du concept de danger public tel que l'entendent les deux autres instruments. En fait, la menace suspendue sur l'indépendance ou la sécurité d'un Etat est un danger pour l'existence de la nation³.

¹ Voir par exemple J. Oraá, p. 231, et R. Higgins, p. 286.

² D'autres informations sur cette question se trouvent dans: E. Özbudun et M. Turhan, *Les Pouvoirs d'urgence, Commission européenne pour la démocratie par le droit (1995)*, p. 4ss, J. Oraá, pp. 12-14, et ILA, *Report of the Sixty-First Conference held at Paris (26 août-1^{er} septembre 1984), Londres 1985 (ILA, Paris Report 1984)*, p. 59.

³ Voir J. Oraá, pp. 12-16.

Que la «situation d'urgence» soit définie en termes analogues dans les trois instruments sur les droits de l'homme ne rend évidemment pas compte *ipso facto* de sa signification réelle. Cette question a été largement débattue à la conférence de l'ILA, qui est parvenue dans son rapport final à la conclusion que ce terme n'est pas facile à définir complètement en raison de la grande diversité des situations qui se présentent dans les différentes régions du monde et aussi des idées différentes que les gouvernements se font de la gravité et de l'ampleur de la menace. L'avis le plus souvent exprimé au cours du débat était qu'il n'est ni souhaitable ni possible de caractériser *in abstracto* un danger public au sens du terme utilisé dans les trois instruments considérés. Chaque cas doit être examiné au fond, compte tenu du souci primordial de pérenniser une société démocratique. On n'en a pas moins jugé indispensable de définir rigoureusement le terme et d'en restreindre l'usage à des situations concrètes telles que la guerre, une agression étrangère, une rébellion armée ou une insurrection civile mettant en jeu la survie ou la sécurité d'une nation¹.

Les circonstances justifiant une dérogation sont en principe les suivantes:

- a. une crise politique provoquée par une guerre, des troubles intérieurs, de graves menaces pour l'ordre public ou des menées subversives;
- b. une catastrophe publique ou nationale;
- c. une crise économique².

En termes juridiques simples, «l'Etat d'urgence appelle», selon le Rapport de Séoul de l'ILA, «la prise de mesures considérées ou présentées comme exceptionnelles et temporaires par les gouvernements». Nombreux, toutefois, sont les états d'urgence caractérisés par des indices tels que la concentration du pouvoir entre les mains de l'exécutif, la suspension ou même la suppression du législatif, la suspension ou la limitation des garanties des droits individuels, et l'application de lois d'exception sur la «sécurité nationale» prévoyant la mise en détention administrative des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction politique

¹ ILA, *Paris Report 1984*, p. 59, ILA, *Report of the Sixty-Fourth Conference held at Broadbeach, Queensland, Australia, 20-25 août 1990, Sydney 1991 (ILA, Queensland Report 1990)*, p. 239, et ILA, *Report of the Sixty-Second Conference held at Seoul, 24-30 août 1986, Londres 1987 (ILA, Seoul Report 1986)*, pp.112-115.

² J. Oraá, p. 31. Voir également ILA, *Seoul Report 1986*, p. 113.

ou d'avoir porté atteinte à la sécurité, ou encore leur traduction devant une juridiction d'exception¹.

Outre cette différenciation des aspects juridiques formels, les états d'urgence varient aussi en fonction de leurs causes et peuvent se caractériser par tout un éventail de limitations ou de suspensions, de diverses portées et ampleurs, des droits fondamentaux².

L'énonciation des normes internationales régissant les états d'urgence est par contraste bien plus simple que la présentation des diverses causes et conséquences de ces états. Les trois principaux instruments des droits de l'homme et les Paris Minimum Standards de l'ILA en donnent les idées maîtresses.

On s'accorde en général sur les principes suivants: gravité de la cause (définie en général comme «menaçant la vie de la nation»); bonne foi du gouvernement dérogeant; proportionnalité (en fonction de la zone géographique, de la durée d'application et du choix des mesures «dans la stricte mesure où la situation l'exige»); proclamation ou notification; intangibilité des droits fondamentaux; respect des autres obligations internationales; non-discrimination. Il existe néanmoins certaines différences, en particulier dans la définition des droits intangibles³.

Alors qu'il est raisonnablement facile de fixer ces normes, leur application rigoureuse se révèle au contraire très difficile, car il faut connaître à coup sûr et à fond l'ampleur réelle de la menace pour la nation, ainsi que les mesures d'exception prises, la situation se compliquant encore du fait que le tout survient dans un contexte politique très sensible.

Dans l'affaire Lawless, la Commission a donné du «danger public menaçant la vie de la nation» la définition suivante: «une situation de danger ou de crise exceptionnelle (...) qui affecte (...) l'ensemble de la population, et qui constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat en question»⁴.

¹ *ILA, Seoul Report 1986, pp. 112-113.*

² *Voir ILA, Seoul Report 1986, pp. 112-114, et ILA, Report of the Sixty-Third Conference held in Warsaw, 21-27 août 1988, Londres 1988 (ILA, Warsaw Report, 1988), p. 143-159, donnant une classification détaillée des diverses catégories de situations d'urgence.*

³ *ILA, Seoul Report 1986, p. 115.*

⁴ *Rapport sur l'affaire Lawless du 19 décembre 1959, B.1 (1960-1961), p. 82, cité d'après P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Deventer-Boston 1990, p. 551.*

Dans l'arrêt rendu dans cette affaire, la Cour européenne a littéralement fait sienne cette définition¹.

Cette définition a été élaborée par la Commission à partir du texte français de l'arrêt rendu dans l'affaire grecque, où la Cour a employé le mot «imminente» en plus de l'adjectif «exceptionnelle». Dans l'opinion de la Commission, telle qu'elle l'a exprimée dans l'affaire *Lawless* et l'affaire grecque, les conditions ci-dessous doivent être remplies pour qu'une situation d'urgence puisse être qualifiée de «danger public» au sens de l'article 15 de la Convention européenne²:

1. elle doit être immédiate ou du moins imminente; l'état d'urgence dit préventif n'est cependant pas reconnu en droit international³;
2. elle doit affecter la nation tout entière, encore que l'ILA soit moins stricte à cet égard. Dans son rapport de Paris (1984), elle admet qu'un danger menaçant une partie d'un territoire et n'affectant que la population de cette partie peut aussi légitimer une situation d'urgence⁴. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Commission européenne et la Cour paraissent s'être ralliées à ce point de vue. R. Higgins cite de nombreux exemples de dérogations faites par le Royaume-Uni en se fondant sur cette opinion⁵;
3. la menace doit s'étendre à l'existence même de toute la nation, c'est-à-dire qu'elle doit constituer «une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat en question», partant pour l'intégrité physique de la population, l'intégrité territoriale ou le fonctionnement des organes de l'Etat⁶;
4. les mesures et les restrictions normales autorisées par la Convention pour le maintien de la sécurité, de la santé et de l'ordre publics sont manifestement insuffisantes. La situation d'urgence ne doit être proclamée qu'en dernier recours.

¹ *Ibid*, p. 551.

² *Report of November 1969, Yearbook XII, The Greek case (1969)*, p. 72, Cité d'après P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, p. 552.

³ Voir J. Oraá, pp. 28-29 et 33.

⁴ *ILA, Paris Report 1984*, p. 58.

⁵ R. Higgins, pp. 289-290.

⁶ *Affaire Lawless*, 56 *AJIL*, 1962, p. 201, paragraphe 28. Voir également R. Higgins, p. 301, et J. Oraá, p. 29.

Le droit international ne peut évidemment pas fournir une réponse valable dans toutes les situations d'exception. Il n'énonce que des principes généraux visant à:

- a. déterminer les circonstances à l'origine de l'état d'exception;
- b. limiter la mesure dans laquelle de tels pouvoirs peuvent s'exercer en dérogeant aux droits garantis à l'individu;
- c. élaborer des règles pour la protection de l'individu en cas d'état d'exception¹.

On peut en conclure que de grands efforts ont été faits en la matière pour atteindre ces objectifs. Il faut naturellement les parfaire et les contrôler en permanence.

III. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RÉGISSANT L'EXERCICE LÉGITIME DU DROIT DE DÉROGATION

Les clauses dérogatoires des trois instruments relatifs aux droits de l'homme obéissent en principe à des règles fondamentales analogues régissant l'exercice légitime du droit de dérogation dans des situations d'urgence. Ces règles sont les suivantes: proclamation officielle; notification; intangibilité de certains droits fondamentaux; proportionnalité; non-discrimination; compatibilité².

1. Le principe de proclamation officielle

L'introduction dans la clause dérogatoire de l'exigence d'une proclamation officielle de l'état d'urgence avait pour but de réduire la fréquence des états d'urgence *de facto* échappant aux organismes de contrôle internationaux. En fait, le Pacte est le seul instrument qui exige expressément la proclamation de l'état de siège par un acte officiel (article 4 paragraphe 1). Ni la Convention européenne ni la Convention américaine n'imposent *expressis verbis* cette règle de la publication. La mise en pratique sous couvert de ces instruments n'est cependant pas très différente. La Commission européenne des Droits de l'Homme a fait savoir, lors de l'affaire Chypre c. Turquie, qu'un Etat ne peut invoquer le droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention européenne qu'après l'avoir justifié au préalable par une proclamation officielle. Moins catégorique, la Cour européenne a déclaré que le principe de proclamation peut se justifier à certaines fins³.

¹ *ILA, Montreal Report 1982, p. 89.*

² *Voir par exemple ILA, Paris Report 1984, pp. 64-71.*

³ *ILA, Paris Report 1984, p. 59, et J. Oraá, p. 37.*

De même, la pratique n'est pas des plus univoques dans la région américaine. Dans l'affaire Nicaragua - Miskitos, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé qu'en proclamant une situation d'urgence, le Gouvernement nicaraguayen pouvait éviter que le déplacement des Miskitos et leur fuite spectaculaire au Honduras s'accomplissent dans «un climat de terreur et de confusion»¹.

A l'inverse des instruments internationaux des droits de l'homme, l'ordre juridique de la plupart des Etats exige que la proclamation officielle d'une situation d'urgence obéisse à certaines conditions très strictes². Le Rapport de Paris de l'ILA insiste à juste titre sur le fait que chaque pays doit définir dans sa Constitution les modalités de proclamation de l'état d'urgence³.

La proclamation de l'état d'urgence est un acte interne de l'Etat, mais son inclusion dans la clause dérogatoire des trois instruments internationaux en fait une de leurs exigences. J. Oraá déclare expressément que cette proclamation n'est plus une affaire intérieure lorsqu'elle déroge aux dispositions d'un tel instrument. Cette situation soulève la question de savoir si et dans quelle mesure les organes de contrôle internationaux peuvent porter une appréciation sur la condition de conformité avec le droit interne⁴. En fait, on ne s'accorde pas en général sur l'applicabilité du contrôle judiciaire à la proclamation d'une situation d'urgence. Justifier cette proclamation pose un problème difficile en raison de son caractère politique. Certains disent qu'il ne devrait y avoir aucun contrôle de la part du pouvoir judiciaire, alors que d'autres soutiennent qu'un certain contrôle serait de mise⁵. Le problème se complique encore du fait que les Etats disposent d'une grande latitude communément admise dans l'appréciation de l'existence d'un danger public et de la nécessité de prendre des mesures dérogatoires.

Dans l'affaire grecque, la Commission européenne des Droits de l'Homme n'a pas contesté le fait que la proclamation de l'état d'exception par le gouvernement révolutionnaire n'était pas conforme à la Constitution grecque. Cette prise de position de la Commission est considérée comme un bon exemple de la manière correcte d'aborder la question. Etant donné la nature politique de la proclamation,

¹ J. Oraá, p. 38.

² E. Özbudun et M. Turhan, pp. 4-14, et J. Oraá, p. 55.

³ ILA, Paris Report 1984, p. 58.

⁴ J. Oraá, pp. 34-37 et 59.

⁵ E. Özbudun et M. Turhan, p. 21.

les spécialistes sont majoritairement d'avis que le pouvoir judiciaire devrait se borner uniquement à vérifier si toutes les procédures constitutionnelles et juridiques ont été respectées, et qu'il ne devrait pas se prononcer sur le fond de la proclamation¹.

Dans ce contexte, il vaut la peine, semble-t-il, de citer l'opinion de l'ILA. Les «*Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Exception*» se lisent ainsi:

«(...) toute usurpation des pouvoirs de l'Etat par des moyens extraconstitutionnels, c'est-à-dire des moyens autres que ceux qui sont prévus à l'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, constitue une dérogation aux normes fondamentales (...); (...) un gouvernement librement choisi par le peuple et responsable envers lui est seul compétent pour proclamer l'état d'urgence (...)»².

Et le rapport de Paris de l'ILA d'ajouter:

«(...) il n'y a pas de raison pour que le pouvoir judiciaire ne puisse rendre dans des cas appropriés un jugement invalidant la proclamation de l'état d'urgence, lorsque, par exemple, elle est faite *mala fide* ou constitue un exercice abusif des pouvoirs constitutionnels.»³

Le paragraphe 7 des «*Minimum Standards*» de l'ILA limite sensiblement, en même temps, la portée d'un éventuel contrôle judiciaire: «Une proclamation de l'état d'urgence est sujette à contrôle judiciaire, excepté quand il s'agit d'assurer le respect des dispositions constitutionnelles ou législatives applicables à une telle proclamation.»⁴

Pour terminer, on peut poser la question fondamentale de savoir si un gouvernement révolutionnaire antidémocratique est fondé en droit à se prévaloir de la clause dérogatoire du pacte.

En fait, ni le Comité des droits de l'homme de l'ONU ni aucun des autres organes de contrôle internationaux n'ont jusqu'à présent déclaré, en se fondant sur la clause

¹ J. Oraá, pp. 36 et 57-58.

² ILA, *Montreal Report 1982*, p. 90, paragraphes 11 et 12.

³ ILA, *Paris Report 1984*, p. 64, paragraphe 14.

⁴ ILA, *Montreal Report 1982*, p. 95, paragraphe 7.

dérogatoire, nulle et non avenue une proclamation de l'état d'urgence du seul fait qu'elle n'était pas conforme au droit interne¹.

2. La notification

A l'inverse de la proclamation, la notification d'une dérogation est expressément réglementée par des dispositions explicites figurant dans les trois principaux instruments des droits de l'homme. Selon ces dispositions, l'Etat qui proclame une situation d'urgence doit informer les autres Etats parties à l'instrument, par le truchement du dépositaire de cet instrument, des mesures d'exception qu'il prend, des dispositions de son droit interne auxquelles elles dérogent, des dispositions de l'instrument auxquelles il est dérogé, de la date à laquelle il sera mis fin à la dérogation et des motifs de cette dérogation². Cette exigence se justifie par le fait que tous les Etats parties ont le droit d'être avisés de la dérogation afin qu'ils sachent exactement quelle est la situation de l'Etat dérogeant par rapport à l'instrument et de pouvoir exercer en conséquence leurs propres droits.

En ce qui concerne la nature des informations requises, la Convention européenne, contrairement au Pacte et à la Convention américaine, exige que le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe soit «pleinement informé» de la situation d'urgence réelle. Du fait des pouvoirs particuliers qui lui sont conférés par l'article 57 de cette Convention, il peut demander sous sa propre responsabilité et discrétionnairement des renseignements supplémentaires³. Cette disposition ne figure pas dans le pacte. Il ne semble donc pas possible de donner suite à une proposition visant à conférer par analogie un pouvoir semblable au Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire⁴.

Aux termes de l'article 4 paragraphe 3 du Pacte, un Etat partie usant de son droit de dérogation doit «signaler aussitôt» aux autres Etats parties les mesures d'exception prises par lui. La Convention européenne, qui n'exige pas de notification «immédiate», a été interprétée comme signifiant que la notification

¹ J. Oraá, p. 36.

² Article 14 paragraphe 3 du pacte, article 15 paragraphe 3 de la Convention européenne et article 27 paragraphe 3 de la Convention américaine.

³ Article 57: «Toute Haute Partie contractante fournira sur demande du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette convention.» Voir également ILA, Paris Report 1984, p. 65.

⁴ ILA, Paris Report, p. 66.

doit être faite dans un «délai raisonnable», condition qui a été considérée comme remplie dans l'affaire *Lawless* malgré un retard de douze jours¹.

La condition de notification est jugée importante au point que le fait de ne pas la respecter peut entraîner la perte du droit de dérogation. Les trois instruments, dont les règles en matière de notification varient considérablement, ne prévoient toutefois pas expressément de telles conséquences².

De l'avis de certains spécialistes, la notification en vertu de la Convention européenne est pratiquée de façon très cohérente. Les organes de contrôle européens se sont toujours déclarés prêts à vérifier si la notification de la dérogation remplit les conditions fixées à l'article 15 paragraphe 3. En ce qui concerne les Etats parties au Pacte, ils ont souvent manqué à leur obligation de notifier les dérogations. Beaucoup ne les ont pas du tout signalées, alors que d'autres n'envoyaient que des notifications trop générales ou insuffisantes. La situation n'est pas meilleure dans le cas de la Convention américaine. En fait, ni les organes de contrôle de l'ONU, ni la Commission interaméricaine des droits de l'homme n'ont suffisamment insisté sur l'importance de cette condition³.

Le rapport annuel 1980-1981 de la Commission interaméricaine rend bien compte de cette situation. D'après ce rapport, six Etats parties à la Convention américaine ont suspendu les droits de l'homme au cours de cette période, dont deux seulement se sont conformés en partie aux dispositions sur la notification figurant à l'article 27 paragraphe 3. Aucun autre Etat partie ne s'en est toutefois plaint et la Commission elle-même n'a soulevé, sans cependant l'approfondir, la question du respect de cette condition que dans le cas de la Bolivie⁴.

Il paraît donc que ni la nature et l'ampleur des informations requises, ni le délai et les conséquences d'un manque d'information ne soient unifiés et expressément réglementés. Malgré toutes ces lacunes, il semble néanmoins que le principe de l'information inhérent aux instruments des droits de l'homme joue dans la pratique un rôle considérable.

3. L'intangibilité des droits

¹ *Affaire Lawless*, 56 *AJIL*, 1962, p. 206, paragraphe 47. Voir également T. Buergenthal, p. 84.

² J. Oraá, pp. 59 et 84-85.

³ J. Oraá, pp. 85-86.

⁴ Voir T. Buergenthal, R. Norris et D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 3^e édition, Kehl-Strasbourg 1990, p. 355.

Le principe d'intangibilité des droits fondamentaux est l'une des composantes essentielles de la clause de dérogation. Il limite expressément le droit des Etats parties de prendre, après avoir proclamé une situation d'urgence, des mesures dérogeant aux droits fondamentaux de l'homme. Bien que la nécessité d'inclure ce principe dans la clause dérogatoire des trois instruments ait été unanimement reconnue, dresser la liste des droits intangibles était une tâche grosse de sérieuses difficultés¹. De ce fait, chaque instrument contient une liste différente de droits de l'homme entrant dans cette catégorie.

La Convention américaine énumère onze de ces droits (article 27 paragraphe 2). C'est la liste la plus longue, le Pacte ne mentionnant que sept droits intangibles (article 4 paragraphe 2), et la Convention européenne seulement quatre (article 15 paragraphe 2). En outre, la Convention américaine est seule à prévoir des garanties essentielles pour la protection de ces droits; la Cour interaméricaine a souligné qu'une réserve quant aux droits intangibles «doit être considérée comme incompatible avec l'objet et la finalité de la Convention et n'est en conséquence pas autorisée»².

Les motifs de l'inclusion du principe d'intangibilité dans les instruments des droits de l'homme n'ont pas été précisés. Peut-être jugeait-on que certains des droits étaient trop importants pour qu'il puisse y être dérogé même dans une situation d'urgence (par exemple le droit à la vie). En ce qui concerne les autres droits, par exemple le droit de se marier, il serait inconcevable qu'une dérogation doive être prise «dans la stricte mesure qu'exige la situation», même dans une situation d'urgence³.

Parmi les droits humains intangibles figurant sur les trois listes, quatre seulement sont considérés comme tels par les trois instruments: 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; le principe de non-rétroactivité des lois en droit pénal. Ces quatre droits intangibles constituent ce qu'il est convenu d'appeler le «noyau irréductible» des droits de l'homme⁴.

¹ J. Oraá, pp. 87 et 90.

² *Advisory Opinion n° OC-3/83, 8 septembre 1983, Ser. A: Judgments and Opinions, n° 3, paragraphe 61 (1983). Voir également T. Meron, On a Hierarchy of International Human Rights, 80 AJIL, 1986, p. 17.*

³ Voir T. Buergenthal, pp. 83-84, et pour une opinion différente, J. Oraá, pp. 94-96 et 97-101.

⁴ J. Oraá, p. 96, ou T. Meron, *On a Hierarchy*, p. 22.

L'un des rapports de l'ILA propose que le caractère intangible de ces quatre droits de l'homme soit considéré désormais comme "une concrétisation des principes généraux du droit, (...) ou (...) comme ayant institué des normes impératives du droit international au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne"¹. Selon J. Oraá, ces quatre droits intangibles "ne s'inscrivent pas seulement dans le droit international coutumier, ce sont aussi des normes de *jus cogens*"².

Outre ces quatre droits intangibles communs précisés dans les clauses d'exception des trois instruments des droits de l'homme, la Convention américaine en prévoit d'autres. Il n'y a cependant de liens directs entre les situations de crise et quelques-uns seulement de ces droits supplémentaires, par exemple le droit à la liberté de conscience et de religion ou le droit de participer à la vie publique. Les autres ne semblent pas avoir d'incidence directe sur la sécurité de l'Etat, par exemple le droit de ne pas être emprisonné pour la seule raison que l'intéressé n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle, ou encore les droits de la famille, par exemple le droit de porter un nom³.

D'autres droits et principes sont tenus implicitement pour intangibles. J. Oraá les classe en trois catégories⁴:

- a. les dispositions relatives à l'exercice de droits intangibles, c'est-à-dire le droit à un recours effectif et l'interdiction de toute discrimination⁵;
- b. les dispositions comportant des dérogations générales⁶; et

¹ ILA, *Paris Report 1984*, p. 69. Voir la partie C de ce rapport: *Non-Derogable Rights and Freedoms. Draft Articles 1-16*, pp. 71-93.

² J. Oraá, p. 125, et T. Meron, *On a Hierarchy*, pp. 14-16.

³ J. Oraá, pp. 97-101.

⁴ J. Oraá, pp. 101-106, et P.van Dijk et G.J.H. van Hoof, p. 555.

⁵ Voir articles 13 et 14 de la Convention européenne, article 12 paragraphe 3 et article 26 du Pacte, et articles 24 et 25 de la Convention américaine.

⁶ Comme l'interdiction empêchant l'Etat de se livrer à une activité visant à la destruction des droits et des libertés ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues dans les trois instruments (article 5 paragraphe 1 du Pacte, article 17 de la Convention européenne et article 29 de la Convention américaine). A cela s'ajoute l'interdiction d'imposer les restrictions autorisées à des fins autres que celles qui sont précisées dans ces instruments (article 18 du Pacte et article 30 de la Convention américaine). La Convention européenne ne comporte aucune disposition explicite concernant ce principe. J. Oraá, p. 103.

- c. les dispositions concernant les mécanismes de mise en application, c'est-à-dire les recours entre Etats, le droit de recours individuel et la procédure de déclaration prévue par le pacte.

La pratique confirme implicitement l'intangibilité de certains droits de l'homme. C'est ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme était d'avis que les procédures d'*amparo* et d'*habeas corpus* comptent parmi les garanties judiciaires essentielles pour protéger les droits déclarés intangibles par l'article 27 paragraphe 2 de la Convention américaine. Elle a également souligné que figurent parmi ces garanties les procédures judiciaires inhérentes, au sens de l'article 29 alinéa c), à la démocratie représentative comme forme de gouvernement et qu'elles doivent s'exercer dans le cadre d'une procédure régulière telle qu'elle est définie à l'article 8¹. La pratique de cette même Cour confirme aussi l'importance extraordinaire de ces garanties fondamentales d'un jugement équitable, qu'elle considère comme intangibles même dans des situations d'urgence².

Au terme de ce bref exposé sur le principe d'intangibilité des droits, force est de constater que la communauté internationale dans son ensemble n'a pas encore dressé une liste uniforme des droits de l'homme qui sont intangibles. En outre, le statut juridique de ces droits n'est pas clair en ce qui concerne les droits non intangibles. Selon une certaine opinion, en cas d'incompatibilité entre un droit non intangible et un droit intangible, celui-ci ne prévaut pas nécessairement, à moins, évidemment, que son statut de norme impérative du droit international général ne soit reconnu³. Il faut donc s'efforcer de définir la distinction entre les droits ordinaires et les droits supérieurs, ainsi que la portée juridique de cette distinction. De telles mesures contribueraient notablement à mettre un terme à l'antinomie entre ces deux catégories de droits de l'homme⁴.

Des propositions progressistes ont été faites pour améliorer la situation actuelle en ce qui concerne le principe d'intangibilité de certains droits. Il est avant tout nécessaire, et possible, de créer une structure plus rationnelle des droits de l'homme, qui devrait se fonder sur un noyau élargi de droits intangibles admis par la communauté internationale tout entière. L'ILA a d'ores et déjà mis au point une telle proposition. Elle a rédigé des projets d'articles portant sur seize droits de l'homme intangibles et sur les libertés fondamentales. Ces seize droits sont,

¹ ILA, *Report of the Sixty-Third Conference held in Warsaw, 21-27 août 1988, Londres 1988* (ILA, *Warsaw Report 1988*), p. 139; J. Oraá, pp. 119-121.

² J. Oraá, p. 119; ILA, *Warsaw Report 1988*, pp. 137-138.

³ T. Meron, *On a Hierarchy*, p. 16.

⁴ *Ibid.*, p. 22.

semble-t-il, assimilés par elle à des normes impératives du droit international¹. En premier lieu, tous les instruments consacrés aux droits de l'homme doivent reconnaître expressément que le droit à un jugement équitable et le droit à un recours sont intangibles. Ces deux droits sont communément présentés comme les plus fondamentaux pour la protection permanente des êtres humains. Diverses organisations internationales ont aussi proposé officiellement d'assurer ces garanties au moyen d'un protocole complétant les instruments des droits de l'homme. Toutefois, de l'avis de certains spécialistes, il semblerait qu'il ne soit politiquement pas possible pour le moment de donner suite à cette proposition².

4. La proportionnalité

Le principe de proportionnalité, autre règle importante pour prévenir l'usage abusif des pouvoirs d'exception, est contenu sous diverses formes³ dans chacun des trois instruments considérés. En vertu de ce principe, il faut justifier chaque mesure de dérogation en satisfaisant au critère formulé dans cette règle. Cela signifie que le pouvoir exécutif ne peut prendre dans une situation d'urgence que les mesures qu'il peut justifier de façon plausible, et qui doivent être nécessaires et proportionnées à la gravité de la menace, comme elles doivent aussi être strictement proportionnées à la défense de «l'intérêt supérieur de la société protégé par la dérogation»⁴.

Ainsi définie, la règle de la proportionnalité limite considérablement la prise ou l'exercice de pouvoirs d'exception par les gouvernements dérogeants. Son inobservation est considérée comme un phénomène très perturbateur dans un régime d'exception⁵. Les organes de contrôle appelés à se prononcer sur la légalité d'une mesure prise en vertu de cette règle ne peuvent substituer leur propre appréciation à celle de l'Etat en cause. Ils corroborent par leur pratique l'opinion selon laquelle ils ne peuvent contrôler que la légalité des mesures adoptées par un gouvernement. En conséquence, celui-ci doit pouvoir prendre des mesures dérogatoires dans le cadre de la marge d'appréciation qui lui est reconnue par le

¹ *ILA, Paris Report 1984, pp. 71-73, et ILA, Report of the Sixty-Sixth Conference held at Buenos Aires, 14-20 août 1994, Buenos Aires 1994 (ILA, Buenos Aires Report 1994), p. 565.*

² *ILA, Paris Report 1984, pp. 82-86; J. Oraá, p. 107.*

³ *Par exemple, le mot «proportionnalité» n'apparaît nulle part dans la Convention européenne et ses nombreux protocoles, mais cette notion transparait assez clairement dans plusieurs dispositions de la Convention. Voir M.-A. Eissen, p. 125.*

⁴ *ILA, Paris Report 1984, p. 66.*

⁵ *ILA, Belgrade Report 1980, p. 100.*

droit international¹. L'ennui, c'est que la doctrine de la marge d'appréciation s'exprime en termes plutôt vagues. Bien que personne ne la conteste, son application soulève d'énormes problèmes².

Quoique les opinions des organes de contrôle des trois instruments divergent parfois sur certains points³, J. Oraá constate que ces instances ont élaboré quelques directives sur l'application de la règle de la proportionnalité et qu'elles s'accordent largement sur l'interprétation générale du principe de proportionnalité⁴.

5. La non-discrimination

Le principe de non-discrimination n'est mentionné expressément que dans le Pacte et dans la Convention américaine. Cette lacune dans la Convention européenne ne tire guère à conséquence, toute application discriminatoire des mesures de dérogation étant interdite par son article 14⁵. Ce principe signifie en substance que tous les êtres humains doivent être traités en égaux. Les mesures prises ne doivent entraîner aucune discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale⁶. L'emploi du terme «uniquement» à l'article 4 du Pacte donne à entendre que cette règle n'interdit que les dérogations motivées seulement et exclusivement par la discrimination. Les mesures concernant un groupe racial ou religieux en particulier ne seraient pas interdites pour autant qu'elles répondent à un but légitime⁷.

¹ Pour une étude de cette pratique, voir ILA, *Paris Report 1984*, pp. 66-67.

² Voir par exemple ILA, *Queensland Report 1980*, p. 245; R.S. Macdonald, *The Margin of Appreciation*, dans H. Petzold (responsable de publication), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London 1993, pp. 83-84, et P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford 1983, pp. 99-102.

³ Voir quelques exemples dans ILA, *Queensland Report 1990*, p. 245.

⁴ J. Oraá, pp. 168-169.

⁵ *Ibid.*, p. 188.

⁶ ILA, *Paris Report 1984*, p. 68.

⁷ Par exemple, les mesures prises en cas de danger public dans une région du pays dont les habitants appartiennent à une minorité religieuse ne seraient pas illégales du seul fait qu'elles se rapporteraient à ce groupe. T. Buergenthal, pp. 82-83.

L'application du principe de non-discrimination lors d'un état d'urgence n'a jusqu'à présent pas joué, en général, un grand rôle dans la jurisprudence des organes de contrôle internationaux¹.

6. Le principe de compatibilité

Le sixième et dernier principe fondamental que l'Etat doit respecter afin de pouvoir user légitimement des pouvoirs d'exception est celui de compatibilité, qui interdit au gouvernement de prendre des mesures dérogatoires incompatibles avec ses autres obligations internationales, même si ces mesures paraissent de prime abord conformes aux dispositions d'un instrument international. Les obligations internationales peuvent découler d'un tel instrument ou de tout principe du droit international coutumier².

A ce jour, ce principe n'a en fait guère joué de rôle dans la jurisprudence et n'a engendré virtuellement aucune *jurisprudence* dans les organes de contrôle³.

IV. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Il nous faut avant tout admettre un fait évident: des états d'urgence justifiant des restrictions aux droits de l'homme sont très souvent proclamés. Rien qu'au cours de la période 1985-1995, quelque quatre-vingt-dix pays ont fait pleinement usage de la possibilité d'imposer *de facto* ou *de jure* un état d'urgence. Autre fait: c'est dans une situation d'urgence que se produisent le plus massivement les plus graves violations des droits de l'homme.

Les clauses des trois principaux instruments des droits de l'homme qui se rapportent aux situations d'urgence institutionnalisent celles-ci sur la base du droit international conventionnel. Elles introduisent une réglementation qui impose de sérieuses restrictions aux pouvoirs d'exception des gouvernements dérogeants. Les dérogations aux obligations concernant les droits de l'homme ne sont admissibles que pour autant que les événements les rendent absolument nécessaires et qu'elles soient proportionnées au danger que ces événements font courir. Qui plus est, ces règles doivent s'appliquer dans l'intérêt de la communauté internationale tout entière et les obligations qu'elles imposent sont *erga omnes*. Les clauses

¹ J. Oraá cite deux cas intéressants, pp. 88-89. Voir également M.-A. Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, dans H. Petzold (responsable de publication), pp. 125-136.

² J. Oraá, pp. 191-206, et *ILA, Paris Report 1984*, p. 67.

³ Voir par exemple *P. van Dijk et G.J.H. van Hoof*, pp. 554-555, et *R. Higgins*, p. 305.

d'exception des traités sur les droits de l'homme sont ainsi d'une portée incontestable et très importante.

Les restrictions apportées aux pouvoirs d'exception des gouvernements dérogeants sont formulées principalement dans la définition des situations d'urgence et dans les six principes qui précisent les conditions dans lesquelles ces pouvoirs peuvent être valablement exercés.

Les termes utilisés par les auteurs du pacte rendent le mieux compte de l'essence même de la définition: il s'agit de rien moins que d'un «danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation». Les deux autres instruments considérés contiennent des définitions très semblables. Certes, elles sont plutôt laconiques et formulées en termes généraux, mais elles ne peuvent être différentes en raison de l'énorme diversité des dangers publics exceptionnels. Une définition exacte ne pourrait être donnée qu'*in abstracto*. Il importe de savoir que les organes de contrôle internationaux ont dégagé par la pratique une interprétation et une concrétisation passablement unifiées de ces définitions: le danger doit être exceptionnel, réel ou du moins imminent, et menacer l'existence de toute la nation. Ces mêmes organes internationaux laissent malheureusement aux gouvernements intéressés une trop grande latitude dans l'appréciation des situations critiques.

Les principes essentiels auxquels doivent obéir les gouvernements pour être à même d'user légitimement des pouvoirs de dérogation sont les suivants: proclamation officielle, notification, intangibilité des droits de l'homme fondamentaux, proportionnalité, non-discrimination et compatibilité. Ces règles figurent dans les trois instruments concernant les droits de l'homme, bien qu'elles soient diversement énoncées, parfois même indirectement. Malgré cela, elles sont interprétées en pratique de façon uniforme par les organes de contrôle.

Ces principes sont souvent critiqués et par des théoriciens et par des praticiens. La plupart des critiques portent sur des détails, mais le concept général de chacun de ces principes est universellement admis.

Le principe de proclamation devrait certainement préciser mieux la forme de l'acte officiel et la procédure applicable, et le principe de notification, sa propre teneur ainsi que le délai. En outre, les pouvoirs du dépositaire de l'instrument devraient être élargis. Les principes de proportionnalité, de non-discrimination et de compatibilité ont été moins critiqués, et ont moins causé de difficultés pratiques aux organes de contrôle.

La plupart des critiques portent sur le principe d'intangibilité des droits fondamentaux de l'homme. Sans doute, ce principe nécessite une élaboration plus poussée et des changements essentiels. Avant tout, la liste des quatre droits

intangibles communs devrait être étendue, afin d'inclure certains autres droits fondamentaux. Cependant, toute extension de la liste des droits intangibles aura peu de sens, à moins que le droit à un procès équitable et certaines garanties judiciaires essentielles soient finalement considérés comme des droits ne pouvant être suspendus dans les situations d'urgence. Cette correction absolument nécessaire pourrait avoir lieu par l'adoption d'un protocole spécial.

b. Situations d'urgence: la pratique des organes de la convention européenne des droits de l'homme par M. Francis JACOBS

Avocat Général, Cour de Justice des Communautés Européennes

Introduction

Un état de guerre, ou tout autre danger public, constitue une mise à l'épreuve cruciale pour les droits de l'homme. Il fallait trouver une solution à ce problème dans le dispositif établi par la Convention. En effet, l'histoire montre que ce problème pouvait être considéré comme la menace la plus sérieuse pesant sur le fondement même de la Convention. L'existence ou la menace d'une situation d'urgence, réelle ou prétendue, avait servi bien trop souvent de prétexte à la suspension des droits fondamentaux de l'homme.

Il s'agit pourtant d'un problème difficile à résoudre. Ainsi que le fait remarquer une étude récente:

«Le dilemme que font naître les clauses dérogatoires est aussi facile à formuler qu'il est difficile à résoudre. Une fois reconnue la nécessité de la dérogation, il devient difficile de lutter contre les recours abusifs au pouvoir de suspendre les droits qu'autorise la disposition. Dans bien des cas, l'usage effectif de ce pouvoir exige la célérité. Les éléments de preuve sur lesquels s'appuie le recours à ce pouvoir peuvent être abondants mais, en même temps, sensibles. Une fois que l'existence d'une urgence a été établie ou admise, l'appréciation de l'opportunité de telle ou telle mesure dérogatoire est une question de jugement pratique plutôt que d'analyse raffinée. Tout contrôle prête inévitablement le flanc à la critique selon laquelle des décisions épineuses prises en temps de crise font l'objet d'une réévaluation réfléchie, avec le confort que donne le recul. Certains ont donné à penser que la valeur d'une intervention judiciaire dans l'exercice de ce qui est essentiellement un pouvoir politique serait limitée □ et que plus le pouvoir de dérogation est limité, c'est-à-dire plus les circonstances doivent être graves pour que l'on puisse l'invoquer, moins il y a de place pour le contrôle judiciaire. Néanmoins, l'expérience des recours abusifs au pouvoir de dérogation est suffisamment grande pour que l'on puisse estimer qu'une approche abstentionniste est fort peu souhaitable. Il est de

la nature des choses que les voies de recours judiciaires nationales aient souvent subi des atteintes, aussi la responsabilité des institutions internationales est-elle d'autant plus impérieuse»¹.

L'article 15 de la Convention

La solution mise au point par les auteurs de la Convention est énoncée à l'article 15. L'article 15 est ainsi libellé:

- «1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.
3. Toute Haute Partie Contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.»

Ainsi, le paragraphe 1 autorise des dérogations aux droits protégés par la Convention mais, en vertu du paragraphe 2, il n'autorise aucune dérogation à l'article 2 sur le droit à la vie, sauf ce qui est indiqué, ni à l'article 3 sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ni à l'article 4 par. 1 relatif à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, ni à l'article 7 qui protège contre la rétroactivité du droit pénal. En outre, le paragraphe 3 oblige tout Etat qui se prévaut de ce droit de dérogation à tenir le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées, et à l'informer de même lorsque les dérogations ont cessé d'être en vigueur².

¹ Harris, O'Boyle et Warbrick, *"Law of the European Convention on Human Rights"* (1995), p. 490.

² Ce passage s'inspire de Jacobs et White, *"The European Convention on Human Rights"*, 2^e édition 1996, p. 257.

L'article 15 incorpore en fait le principe de nécessité commun à tous les systèmes juridiques. La plupart des Etats disposent pour les situations d'urgence d'une législation qui les habilite à prendre en état d'urgence des mesures qui, en temps normal, ne seraient pas légales.

Cela étant, en vertu de l'article 15, de telles mesures sont soumises au contrôle des organes de la Convention. Dans le cas où un Etat se prévaut de son droit de dérogation, il incombe à la Commission et à la Cour de rechercher, en premier lieu, si l'on pouvait dire qu'il existait au moment des faits un danger public menaçant la vie de la nation; et, en second lieu, si les dispositions en cause avaient bien été prises dans la stricte mesure où la situation l'exigeait. En troisième lieu, ces mesures ou dispositions ne doivent pas être en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. Enfin, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe doit être avisé à temps à la fois de l'adoption des mesures de dérogation et des motifs qui les ont inspirées ainsi que de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur.

La démarche adoptée par les organes de la Convention

Le recours à des dérogations en vertu de l'article 15 est apparu pour la première fois dans les affaires *chypriotes*¹, deux requêtes introduites par la Grèce contre le Royaume-Uni lorsque Chypre était encore sous administration britannique. La Commission a estimé qu'elle était «compétente à se prononcer quant à l'existence d'un danger public qui, selon l'article 15, accorderait à un Etat le droit de déroger aux obligations prévues par la Convention». De même, la Commission a considéré qu'elle était «compétente pour se prononcer sur le point de savoir si les mesures prises par une Partie en vertu de l'article 15 de la Convention l'ont été dans la stricte mesure exigée par la situation». Elle a précisé que «le Gouvernement doit pouvoir conserver une certaine marge d'appréciation quant à la stricte mesure exigée par la situation»².

Par la suite, une solution politique ayant pu être trouvée pour le problème chypriote, le Comité des Ministres a décidé qu'il n'y avait pas lieu de prendre de nouvelles mesures.

¹ Req. 176/56, *Grèce c/Royaume-Uni*, *Annuaire 2 (1958-59)* pp. 175 et 183; requête 299/57, *Grèce c/Royaume-Uni*, *Annuaire 2 (1958-59)* pp. 179 et 187.

² Req. 176/56, *Grèce c/Royaume-Uni*, *Annuaire 2 (1958-59)* p. 175, à la page 177.

L'existence de ce pouvoir de contrôle des organes de la Convention a été confirmée par la Cour dans l'affaire *Lawless*¹. Le Gouvernement irlandais avait soutenu que, si les mesures prises en vertu de l'article 15 n'étaient pas contraires à l'article 18, elles échappaient au contrôle des organes de la Convention. La Cour a cependant déclaré «qu'il appartient à la Cour de vérifier si les conditions énumérées à l'article 15 pour l'exercice du droit exceptionnel de dérogation étaient réunies»². Elle a donc recherché, premièrement, si l'on pouvait dire qu'il y avait un danger public menaçant la vie de la nation; deuxièmement, si les mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention avaient été prises "dans la stricte mesure où la situation l'exigeait"; et, troisièmement, si les mesures n'étaient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

La Commission a pris le parti de ne pas examiner les questions qui se posent sous l'angle de l'article 15 sauf si elles sont soulevées par l'Etat défendeur. L'affaire *McVeigh*³ concernait la législation britannique anti-terroriste telle qu'elle avait été appliquée aux trois requérants qui étaient arrivés à Liverpool sur un bac en provenance d'Irlande. Ils avaient été détenus pendant 45 heures sans inculpation; on les avait interrogés et fouillés, on avait pris leurs empreintes digitales et on les avait photographiés. Ils ont porté plainte en vertu des articles 5, 8 et 10. Au moment des faits, plusieurs dérogations étaient en vigueur en ce qui concernait le Royaume-Uni, mais le Gouvernement britannique n'a pas cherché à les invoquer pour la situation en Grande-Bretagne, à la différence de la situation en Irlande du Nord. La Commission a déclaré:

«Dans ces conditions, la Commission estime n'être appelée à examiner aucune question sous l'angle de l'article 15 et elle se bornera à étudier si les mesures prises à l'encontre des requérants ont enfreint leurs droits prévus par les articles 5, 8 ou 10 de la Convention, comme ils le prétendent.»

Dangers publics menaçant la vie de la nation

Qu'entend-on donc par danger public? Dans l'affaire *Lawless*, la Cour l'a défini comme étant «une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée

¹ *Lawless c/Irlande, arrêts du 14 novembre 1960, du 7 avril 1961 et du 1^{er} juillet 1961, Série A, Nos. 1-3; (1979-80) 1 EHRR 1, 13 et 15.*

² *Ibid, paragraphe 22 de l'arrêt du 1^{er} juillet 1961.*

³ *Req. 8022/77, 8025/77 et 8027/77, McVeigh, O'Neill et Evans c/Royaume-Uni, rapport de la Commission, 18 mars 1981, DR 25 (1982) p. 15.*

de la communauté composant l'Etat»¹. Le danger doit être exceptionnel, c'est-à-dire que les mesures ordinaires autorisées par la Convention sont manifestement insuffisantes pour régler la situation. La Cour a jugé que l'existence d'un danger public avait pu être «raisonnablement déduite» par le Gouvernement irlandais. La Cour a tenu compte en particulier de trois facteurs: l'existence d'une armée secrète (l'armée républicaine irlandaise □ IRA); le fait que cette armée opérait également en dehors du territoire de l'Etat; et l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes pendant la période qui avait précédé la déclaration de danger public².

Dans l'*affaire grecque*, la Commission était appelée à examiner la validité d'une dérogation adoptée par un Gouvernement révolutionnaire. Le Gouvernement défendeur, qui s'était emparé du pouvoir en Grèce par un coup d'Etat le 21 avril 1967 et qui avait suspendu certaines parties de la Constitution, invoquait l'article 15 de la Convention. La Commission a estimé que la Convention s'appliquait de la même manière à un gouvernement révolutionnaire qu'à un gouvernement constitutionnel³.

En ce qui concerne la définition du «danger public menaçant la vie de la nation», la Commission a suivi la définition donnée par la Cour dans l'*affaire Lawless*⁴. La Commission s'est efforcée de répondre à la question de savoir s'il y avait en Grèce un tel danger public en examinant les éléments indiqués par le Gouvernement défendeur comme constituant, selon lui, un tel danger⁵. La Commission a examiné ces éléments sous trois rubriques: le danger communiste; la crise des institutions; et le problème du maintien de l'ordre public en Grèce⁶.

La Commission a estimé qu'il incombait, en l'occurrence, au Gouvernement défendeur de démontrer que les conditions justifiant des mesures de dérogation au titre de l'article 15 avaient été remplies, et continuaient à l'être⁷. Elle a conclu que

¹ *Ibid.*, paragraphe 28 de l'arrêt du 1^{er} juillet 1961.

² *Ibid.*

³ "*L'affaire grecque*", *Annuaire* 12 (1969), p. 26.

⁴ *Ibid.*, p. 80-81.

⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁷ *Ibid.*, p. 81.

le Gouvernement ne l'avait pas convaincue qu'il existait le 21 avril 1967 un danger public menaçant la vie de la nation grecque¹.

En outre, tout en faisant référence à la «marge d'appréciation» dont dispose le gouvernement, la Commission ne s'est pas seulement demandé si le Gouvernement grec avait des motifs suffisants de croire à l'existence d'un danger public; elle s'est demandé si un tel danger existait en fait.

Dans l'affaire *Irlande c/Royaume-Uni*², la Commission et la Cour n'ont eu toutes deux guère de difficultés à déterminer qu'il y avait un danger public menaçant la vie de la nation en raison de la menace terroriste due aux activités de l'IRA. Ce point n'était pas contesté par l'Irlande. Aucun argument n'a été invoqué pour faire valoir □ ce qui était certainement le cas à l'époque □ que la menace principale ne concernait qu'une partie du Royaume-Uni.

Dans la stricte mesure où la situation l'exige

S'il est établi que cette première condition de l'article 15 est remplie, il faut ensuite se demander si les mesures qui font l'objet de la requête avaient été prises «dans la stricte mesure où la situation l'exige».

Dans *l'affaire grecque*, la Commission n'ayant pas été convaincue qu'il existait un danger public, les mesures en question ne pouvaient en aucun cas être justifiées au regard de l'article 15. Il n'était donc pas nécessaire de rechercher si les mesures adoptées l'avaient été dans la stricte mesure où la situation l'exigeait. Néanmoins, la Commission a décidé d'examiner également cette question, dans l'hypothèse où il y aurait eu en Grèce un danger public menaçant la vie de la nation³. La Commission a estimé que, même dans cette hypothèse, les mesures prises ne pouvaient pas être justifiées au regard de l'article 15, car elles allaient au-delà de ce qu'exigeait la situation⁴.

Dans l'affaire *Lawless*, la Cour, suivant l'avis de la Commission, a jugé que la détention sans compensation devant un juge était justifiée au regard de l'article 15. En examinant le point de savoir si une telle mesure était strictement exigée par la situation, la Cour a tenu compte en particulier, non seulement des dangers de la

¹ *Ibid.*, p. 86.

² *Irlande c/Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, Série A n° 25; (1979-80) 2 EHRR 25.

³ *L'affaire grecque*, *Annuaire* 12 (1969), p. 121.

⁴ *Ibid.*, aux pages 160 et 178.

situation, mais aussi de l'existence d'un certain nombre de garanties édictées en vue d'empêcher des abus dans la mise en œuvre du régime de la détention administrative¹.

Dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*², la Cour a examiné elle-même les circonstances de l'affaire mais, ce faisant, elle a insisté considérablement sur la marge d'appréciation à accorder à l'Etat. La Cour a jugé que le système de privation extrajudiciaire de liberté était justifié par les circonstances telles que celles-ci étaient perçues par le Royaume-Uni entre août 1971 et mars 1975.

Pour déterminer si les mesures prises étaient strictement exigées par la situation, il faut tenir compte de trois éléments. En premier lieu, les dérogations sont-elles nécessaires pour faire face à la menace qui pèse sur la vie de la nation? En second lieu, peut-on dire que les mesures prises ne sont pas plus importantes que ne l'exige l'urgence en question? Il s'agit là d'un critère de proportionnalité. Enfin, depuis combien de temps les mesures de dérogation sont-elles appliquées? Il n'existe aucune jurisprudence dans laquelle la durée des mesures aurait constitué une question cruciale, mais l'on peut certainement soutenir que des mesures qui, au moment où elles ont été instaurées, étaient manifestement nécessaires, pourraient cesser de l'être si elles se révélaient inefficaces ou s'il n'était plus possible d'établir qu'elles sont strictement exigées par la situation. La Cour a déclaré dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* qu'«En interprétant l'article 15, il faut laisser place à des adaptations progressives»³.

Compatibilité avec les obligations internationales

Les mesures que peut prendre un Etat en vertu de l'article 15 par. 1 ne doivent pas être «en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international». Elles ne doivent donc pas être incompatibles avec les autres obligations de l'Etat prévues par des traités ou par le droit international coutumier. A défaut, il s'agirait de mesures non autorisées par l'article 15. Ainsi, un Etat ne pourrait pas se prévaloir de l'article 15 pour se dispenser des obligations qui lui incombent, par exemple en vertu d'autres instruments du domaine des droits de l'homme. Cela serait en tout état de cause exclu par l'article 60 de la Convention, qui dispose:

¹ *Lawless c/Irlande*, arrêts du 14 novembre 1960, du 7 avril 1961 et du 1^{er} juillet 1961, Série A, N° 1-3; (1979-80), 1 EHRR 1, 13 et 15, paragraphes 31-38 de l'arrêt du 1^{er} juillet 1961.

² *Irlande contre Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, Série A, n° 25; (1979-1980) 2 EHRR 25.

³ *Ibidem*, p. 83 de l'arrêt.

«Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie Contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie Contractante est partie.»

L'exigence de l'absence de contradiction avec les autres obligations internationales est potentiellement importante par rapport au Pacte international des Nations Unies qui, à certains égards, va plus loin que la Convention. En vertu de l'article 4 du Pacte, dont les dispositions sont, pour l'essentiel, analogues à celles de l'article 15 de la Convention, certains droits supplémentaires sont «non susceptibles de dérogations», notamment la liberté de pensée, de conscience et de religion; et les mesures prises ne doivent jamais entraîner une discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

L'exigence de l'absence de contradiction avec les autres obligations internationales n'a cependant guère joué de rôle dans la jurisprudence de la Cour concernant l'article 15 jusqu'à présent. Dans l'affaire *Brannigan et McBride*¹, il avait été allégué que l'article 4 du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques exigeait que le danger public ait été proclamé par un acte officiel. Sans s'exprimer sur le contenu précis de cette exigence, la Cour a fait remarquer que la déclaration prononcée le 22 décembre 1988 par le ministre de l'Intérieur devant le Parlement revêtait un caractère formel et rendait public le fait que le Gouvernement allait invoquer l'article 15, et que cette déclaration «cadrait bien avec la notion de proclamation officielle»².

Les obligations d'information

L'article 15 par. 3 oblige à informer [le Secrétaire Général] tant de l'instauration des dérogations que de leur levée. La nature précise de l'obligation prévue par ce paragraphe a été examinée dans les arrêts *Lawless*, où il avait été allégué que la notification adressée au Secrétaire Général en juillet 1957 ne réunissait pas les conditions requises par ce paragraphe pour trois raisons: en premier lieu, elle n'indiquait pas expressément qu'il s'agissait d'une dérogation au sens de l'article 15; en second lieu, elle ne mentionnait pas l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation; et, en troisième lieu, n'ayant été publiée en Irlande qu'en octobre, elle ne pouvait pas être invoquée pour des actes qui s'étaient produits entre juillet et octobre. La Cour a estimé qu'aucun de ces facteurs ne

¹ *Brannigan et Mc Bride contre Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, Série A, n° 258-B (1994) 17 EHRR 539.

² *Ibidem*, paragraphe 73 de l'arrêt.

viciait la notification; celle-ci était formulée en termes suffisants pour permettre au Secrétaire Général de comprendre la position du Gouvernement irlandais. En outre, le paragraphe en question exigeait que les informations soient portées à la connaissance du Secrétaire Général mais n'imposait à l'Etat aucune obligation de publier sur son territoire l'avis de dérogation¹. La Cour a estimé en outre qu'un délai de douze jours entre l'adoption nationale et la notification n'était pas excessif par rapport à l'exigence d'une notification «sans délai»².

Dans l'*affaire grecque*, il y avait eu un délai de quatre mois entre la mise en œuvre des mesures de dérogation et la notification. Alors même que la dérogation a été jugée non valable parce que la Commission n'a pas été convaincue de l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation, la Commission a fait remarquer qu'une notification tardive ne saurait justifier des mesures prises avant la notification proprement dite³.

En revanche, rien ne semble s'opposer à ce qu'un Etat ait recours à une dérogation en vertu de l'article 15 pour éviter d'accorder des droits reconnus par la Convention lorsqu'il a été jugé en infraction vis-à-vis de la Convention. Dans l'*affaire Brogan*⁴, il a été jugé que le Royaume-Uni avait commis une violation de l'article 5 par. 3 de la Convention en ce qui concernait le délai autorisé pour interroger un suspect avant de le traduire devant un magistrat en vertu de la législation relative à la prévention du terrorisme. Avant l'arrêt de la Cour, le Royaume-Uni estimait que sa législation répondait aux exigences de l'article 5 par. 3. En réponse à l'arrêt, au lieu de modifier sa législation afin d'assurer le respect du délai autorisé pour traduire des suspects devant un magistrat, le Royaume-Uni a formulé une dérogation en vertu de l'article 15. De toute évidence, cette dérogation ne pouvait pas s'appliquer rétroactivement et elle ferait l'objet d'une évaluation de la manière habituelle aux organes de la Convention pour assurer le respect des conditions fixées par l'article 15⁵.

¹ *Lawless contre Irlande*, arrêt du 1^{er} juillet 1961, Série A, n° 1; (1979-1980) 1 EHRR 15, p. 62 de l'arrêt.

² *Ibidem*.

³ "*L'affaire grecque*", *Annuaire* 12 (1969), pp. 39-42.

⁴ *Brogan et autres contre Royaume-Uni*, arrêt du 29 novembre 1988, Série A, n° 145-B; (1989) 11 EHRR 1147.

⁵ Telle est l'opinion adoptée par J. Merrills, "*Human Rights in Europe*" (Manchester, 1993), pp. 189-190, bien que P. van Dijk et G. van Hoof, dans *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Deventer, 1990), pp. 557-558, estiment que la dérogation adoptée par le Royaume-Uni le 23 décembre 1988 était illégale.

Tous les doutes éventuels concernant la validité de la dérogation adoptée à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire *Brogan* ont été dissipés dans l'affaire *Brannigan et McBride*¹, dans laquelle la Cour a déclaré:

«Comme le pouvoir de détention prolongée sans [erreur sur l'original] contrôle judiciaire et l'avis du 23 décembre 1988 étaient nettement liés à la persistance de l'état d'urgence, rien ne montre que la dérogation fût autre chose qu'une riposte véritable à celle-ci»².

Il convient d'ajouter trois remarques en ce qui concerne la portée des dérogations *ratione temporis*. En premier lieu, en recherchant si les mesures étaient admissibles au regard de l'article 15, il faut tenir compte de la situation avant la déclaration de l'état d'urgence. C'est ce qu'ont fait, bien entendu, la Cour dans l'affaire *Lawless* et la Commission dans l'*affaire grecque*, mais probablement pas dans l'affaire *Brannigan et McBride*. En second lieu, la notification prévue par l'article 15 par. 3 peut avoir un effet rétroactif très restreint. Aucun délai n'est fixé pour les notifications, mais la Cour a semblé considérer dans l'affaire *Lawless* que la communication faite sans retard constitue un élément à prendre en compte pour apprécier le caractère suffisant des informations requises par cette disposition³. Dans l'*affaire grecque*, la Commission a estimé que l'avis initial de dérogation avait été communiqué dans un délai raisonnable, mais que les motifs de la dérogation avaient été communiqués avec un retard excessif⁴. En troisième lieu, il est évident que le maintien en vigueur des mesures en question après la disparition des circonstances qui les justifient enfreint les prescriptions de la Convention⁵. En conséquence, dans l'*affaire grecque*, la Commission a examiné l'évolution de la situation de la date du coup d'Etat jusqu'au jour où elle a établi son rapport⁶.

Le paragraphe ne contient aucune sanction mais, en pratique, il se pourrait fort bien qu'un Etat éprouve de grandes difficultés à établir le bien-fondé de sa cause s'il n'a pas informé le Secrétaire Général des mesures prises. Après tout, ce que

¹ *Brannigan et McBride contre Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, Série A, n° 258-B (1994) 17 EHRR 539.

² *Ibidem*, paragraphe 51 de l'arrêt.

³ *Lawless contre Irlande*, arrêts du 14 novembre 1960, du 7 avril 1961 et du 1^{er} juillet 1961, Série A, n° 1-3; (1979-1980), 1 EHRR 1, 13 et 15, paragraphes 42-47 de l'arrêt du 1^{er} juillet 1961.

⁴ "L'affaire grecque", *Annuaire* 12 (1969), p. 41.

⁵ Requête 214/56, *De Becker*, rapport de la Commission, Série B, n° 2, p. 133.

⁶ "L'affaire grecque", *Annuaire* 12 (1969), pp. 107-120.

signifie fondamentalement l'article 15 c'est que, ayant fait le bilan de sa capacité à assurer la protection des droits reconnus par la Convention, l'Etat en conclut que certains d'entre eux doivent être restreints pour faire face à une situation "extra-ordinaire".

La marge d'appréciation

On peut trouver dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Lawless* quelques indications concernant la portée de la «marge d'appréciation», expression reprise dans le rapport de la Commission dans *l'affaire grecque*¹. La Cour a jugé que «l'existence à cette époque d'un "danger public menaçant la vie de la nation" a pu être *raisonnablement déduite* par le Gouvernement irlandais» de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs que la Cour a ensuite énumérés². Ainsi, comme dans le cas d'autres restrictions autorisées, la Commission et la Cour doivent rechercher si les autorités nationales étaient *suffisamment fondées* à estimer qu'il existait un danger public au sens de l'article 15.

La Cour a réaffirmé récemment son attitude à l'égard de la résolution des questions soulevées par l'article 15 par. 1 dans l'affaire *Brannigan et McBride*, où elle a déclaré:

«La Cour rappelle qu'il incombe à chaque Etat contractant, responsable de "la vie de [sa] nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer. Partant, on doit leur laisser en la matière une large marge d'appréciation (...).

Les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. La Cour a compétence pour décider, notamment, s'ils ont excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen (...). Quand elle exerce celui-ci, la Cour doit en même temps attacher le poids qui convient à des

¹ "*L'affaire grecque*", *Annuaire* 12 (1969), p. 81.

² *Lawless contre Irlande*, arrêts du 14 novembre 1960, du 7 avril 1961 et du 1^{er} juillet 1961, Série A, n° 1-3; (1979-1980), 1 EHRR 1, 13 et 15, paragraphes 23-30 de l'arrêt du 1^{er} juillet 1961.

facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé»¹.

Conclusions

L'étude ci-dessus de la pratique des organes de la Convention permet de tirer les conclusions suivantes.

1. De toute évidence, la communication d'une dérogation ne supprime pas en elle-même la nécessité d'un contrôle judiciaire. De fait, on pourrait même dire qu'une dérogation accroît cette nécessité car, à défaut, le comportement d'un Etat échapperait totalement au contrôle des organes de la Convention. La jurisprudence de la Convention établit que la Commission et la Cour restent compétentes pour rechercher si les conditions nécessaires à la notification d'une dérogation sont réunies et si les exigences de l'article 15 sont satisfaites pour le reste □ les plus importantes étant qu'il existe un danger public et que les mesures prises aient été strictement exigées par la situation.

2. La notion de danger public menaçant la vie de la nation a été interprétée strictement. Il n'y a eu aucune dérogation «en cas de guerre» en vertu de l'article 15, mais la notion d'«autre danger public» a été limitée à des crises vraiment exceptionnelles: ainsi que l'a dit la Cour dans l'affaire *Lawless*, adoptant une attitude qu'elle a suivie dans sa jurisprudence ultérieure, il doit y avoir une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat. La jurisprudence laisse cependant subsister quelques doutes s'agissant de savoir jusqu'à quel point la Cour est disposée à remplacer par sa propre appréciation de la situation celle de l'Etat concerné. Manifestement, il ne suffit pas que l'Etat invoque simplement un tel danger: son affirmation doit être vérifiée par la Cour. Celle-ci peut néanmoins se contenter de dire que l'Etat est suffisamment fondé à estimer qu'il existe un tel danger.

3. Une difficulté analogue pèse sur l'autre question cruciale, celle qui consiste à se demander si les mesures prises étaient strictement exigées par la situation. Cela peut contraindre à examiner plusieurs questions: Les mesures étaient-elles nécessaires et opportunes pour faire face à la situation d'urgence? Les mesures n'excédaient-elles pas, tant dans leur portée que dans leur durée, la sévérité nécessaire pour faire face au danger? Et, en traitant ces questions, quel critère les organes de la Convention doivent-ils appliquer? Le principe de proportionnalité

¹ *Brannigan et McBride contre Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, Série A, n° 258-B, (1994) 17 EHRR 539, paragraphe 43 de l'arrêt.

est souvent invoqué, mais il s'agit d'un principe assez souple. Le langage employé dans l'article 15, lorsqu'il est fait référence à «la stricte mesure où la situation l'exige», donne à penser que le principe lui-même doit être d'application stricte. D'un autre côté, la nature même du danger pourrait justifier que l'on accorde aux autorités nationales une certaine liberté d'action. Là encore, c'est une question d'appréciation, une question délicate qui concerne le juste équilibre à trouver. Il s'agit manifestement là d'un exercice difficile, bien qu'il soit, en principe, analogue à celui que nécessite l'ensemble du système établi par la Convention.

4. La tâche des organes de la Convention est rendue encore plus difficile, dans les affaires qui relèvent de l'article 15, par l'élément politique accru inhérent à un état d'urgence. Ainsi que la Cour elle-même l'a admis, les juges, et peut-être surtout les juges internationaux, ne sont peut-être pas toujours bien placés pour contrôler, a posteriori, les délicates questions politiques en cause. Pour illustrer ces difficultés, quoique dans un contexte différent, on peut citer l'affaire, qui ne relevait pas de l'article 15, dans laquelle la Cour a dû se prononcer sur les actes des forces de sécurité britanniques qui avaient abattu trois terroristes de l'IRA à Gibraltar. La Cour n'a pu statuer qu'à la majorité la plus étroite et sa décision a donné lieu à de vives controverses. Néanmoins, dans les affaires relativement peu nombreuses qui relevaient de l'article 15, les organes de la Convention ont généralement pu s'acquitter de leur tâche avec tact et sans être critiqués de toutes parts. Leur pratique dans ce domaine délicat peut être considérée comme généralement satisfaisante.

5. A titre de post-scriptum aux conclusions générales ci-dessus, on peut mentionner la condition de l'absence de contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. Cette condition a acquis une signification nouvelle avec l'entrée en vigueur du Pacte des Nations Unies. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, des conditions supplémentaires sont maintenant imposées : Il faut que le danger ait été proclamé par un acte officiel et que les mesures prises n'entraînent pas certaines formes de discrimination. En outre, il ne saurait être porté atteinte à certains autres droits sous prétexte de dérogation.

6. Bien que la situation dans l'Europe d'aujourd'hui ne puisse être considérée comme typique, il faut dire qu'il ne semble guère y avoir, dans le cadre de la Convention européenne, de signes d'abus du régime spécial prévu par l'article 15. A l'exception du régime révolutionnaire instauré en Grèce en 1967, il ne semble guère y avoir eu d'excès de pouvoirs commis par les Etats. Les organes de la Convention, pour leur part, ont exercé leur compétence avec modération. En fin de compte, il ne semble guère y avoir eu d'usage abusif du système. Bien que certains critiques aient fait valoir que la jurisprudence laissait aux autorités nationales une trop grande marge d'appréciation, ce point de vue ne semble pas être corroboré par la manière dont l'article 15 a été, en pratique, appliqué jusqu'à

présent. Au contraire, à la lumière de l'expérience, cet article semble être une disposition bien construite qui, dans l'ensemble, a été appliquée convenablement par les organes de la Convention.

c. quelques réflexions sur l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme par M. Giuseppe CATALDI

Professeur à l'Université de Naples

Prenant comme point de départ la littérature fort intéressante présentée sur l'état d'exception en droit international, je voudrais développer quelques points concernant l'interprétation de la clause de dérogation à la Convention qui méritent, selon moi, une attention particulière.

A propos de la nature juridique de la clause de dérogation, il importe avant tout de souligner que, étant donné sa formulation, l'article 15 recouvre tout le champ d'action de la clause «*rebus sic stantibus*», rendant illégitime toute référence à celle-ci dans le cadre de la Convention, d'où l'impossibilité pour les Etats d'invoquer la survenance d'une situation de «guerre ou d'autre danger public» comme motif légitime pour se retirer de la Convention. La clause «*rebus sic stantibus*» doit en effet être considérée comme importante dans les traités, justement en l'absence de dispositions similaires à celles de l'article 15. De fait, cette règle répond aux deux exigences de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour que soient légitimes le retrait et la suspension de l'application du traité.

Quant à l'exigence du respect des autres obligations découlant du droit international, stipulée au paragraphe 1 de l'article 15, elle implique, il faut le préciser, que les dispositions de la Convention doivent être comprises dans leur ensemble, en tant que garantie d'un niveau minimum de protection des droits de l'homme. Autrement dit, le principe implicite de cette disposition est que le droit international ne peut jamais servir à accroître les pouvoirs d'exception de l'Etat.

Mais la question sur laquelle je voudrais m'arrêter un instant est celle de l'obligation, prévue au paragraphe 3 de l'article 15, de tenir le Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirés. De même, le Secrétaire Général doit être informé de la date à laquelle les mesures cessent d'être en vigueur et où les dispositions de la Convention sont, à nouveau, pleinement appliquées. Il s'agit ici de veiller à ce que la nature et la portée des dérogations soient exactement définies. Le problème est d'évaluer avec précision quelles sont les obligations prévues par l'article 15, paragraphe 3 et, en conséquence, de déterminer si leur non-respect peut conduire à des sanctions, en particulier l'inobservation du paragraphe 1. Bien qu'elles aient traité à plusieurs reprises de cette question, la Commission et la Cour n'ont jamais spécifié toutes

les conditions nécessaires pour qu'une notification de dérogation soit, d'une manière générale, considérée comme valide. Dans l'affaire *Lawless*, la Cour a refusé d'adopter une position officielle sur ce point, estimant que l'aspect le plus important était, pour la notification, de permettre au Secrétaire Général, de bien comprendre la position de l'Etat concerné. A noter que la Commission avait critiqué la lettre de notification présentée par le Gouvernement irlandais. Dans le cas de la requête contre la Grèce, la Commission a réitéré le principe, implicitement contenu dans la formulation de l'article 15, paragraphe 3, selon lequel une notification tardive ne justifie pas les mesures adoptées antérieurement à ladite notification.

Cette notification des mesures de dérogation est toujours nécessaire: il n'existe aucune circonstance permettant l'application automatique des mesures visées au paragraphe 1. Selon l'avis d'une minorité des membres de la Commission dans la requête Chypre contre Turquie, avis adopté par ce dernier Etat pour sa défense, un conflit armé dont l'existence est bien connue des Etats contractants comporte l'application automatique des règles du droit humanitaire en temps de guerre et, par analogie, la suspension des dispositions auxquelles il est possible de déroger. Sans contester l'application des règles du droit humanitaire international, il ressort de l'article 15 de la Convention qu'on ne peut opérer une distinction entre les situations exceptionnelles exigeant la notification des dérogations, et d'autres qui, inversement, conduiraient à une suspension de l'application de la Convention sans qu'aucune formalité ne soit exigée. On ne peut même pas dire qu'en cas de conflit, l'Etat doit adopter des dérogations; il peut choisir de le faire, ou non. C'est pourquoi, il est toujours nécessaire de faire connaître ces décisions, par le biais de la notification.

En conclusion, on peut dire, me semble-t-il, qu'une notification simplement irrégulière n'empêche pas l'Etat cocontractant d'invoquer l'article 15, paragraphe 1. Toutefois, si l'obligation prévue à l'article 15, paragraphe 3, est totalement ignorée par un Etat contractant qui a adopté des mesures exceptionnelles, ledit Etat se rend responsable, face aux autres Etats contractants et aux institutions, d'une violation de la Convention, les mesures adoptées ne pouvant bénéficier de la couverture garantie par l'article 15. Mais il y a lieu de noter en matière d'absence de notification des mesures exceptionnelles, que l'hypothèse opposée □ à savoir un recours excessif et anormal à la clause de dérogation □ est, à notre avis, tout aussi grave. Dans ce dernier cas, des notifications répétées au titre de l'article 15, ont pour effet de suspendre l'efficacité de la Convention pour des périodes extrêmement longues, ce qui diminue notablement la signification de l'adhésion à la Convention de l'Etat concerné. C'est le cas, par exemple, de la Turquie qui, durant les années 60 et 70, a notifié, à un rythme quasi mensuel, la proclamation, puis la prorogation de l'état de siège dans de nombreuses provinces en raison de désordres internes. Pour ce type de situations d'exception, quasi permanentes,

nous partageons la position des requérants dans l'affaire Brannigan et Mc Bride contre Royaume-Uni touchant la situation en Irlande du Nord. Face à des situations de ce genre, les organes de la Convention quand ils évaluent la portée de la dérogation notifiée, devraient, à tout le moins, appliquer des critères plus rigoureux de manière à réduire la marge d'appréciation reconnue à l'Etat en cause.

Rapport final

«Le droit international coutumier»

- a. La protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier
par M. Jaime ORAÁ
- b. Intervention
par M. Karol WOLFKE

a. La protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence en droit international coutumier par M. Jaime ORAÁ

Professeur de droit international, Chef du département de droit international, Université de Deusto, Bilbao

ABREVIATIONS

ADI	Association de droit international
AFDI	Annuaire français de droit international
AJIL	American Journal of International Law
BYBIL	British Year Book of International Law
CADH	Convention américaine des droits de l'homme
CDI	Commission du droit international des Nations Unies
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CIADH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
DUDH	Déclaration internationale des droits de l'homme
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILM	International Legal Materials
ODIHR	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
RGDIP	Revue générale de droit international public
YBECHR	Year Book of the European Convention on Human Rights

I. Introduction

Un des problèmes les plus importants à résoudre dans la protection internationale des droits de l'homme consiste à définir les normes régissant l'exercice de ces droits dans des situations d'urgence. Les dangers publics placent en effet les Etats devant une difficulté d'ordre majeur: celle de mettre fin à la situation d'urgence et de rétablir l'ordre dans le pays tout en respectant les droits fondamentaux des individus. La clause de dérogation dans les traités sur les droits de l'homme prévoit l'instauration d'un régime juridique capable de surmonter cette difficulté cruciale. Cette clause, parfois qualifiée de "pierre angulaire" du système entier de protection des droits de l'homme, est aussi considérée comme la disposition la plus importante des traités relatifs à ces droits¹.

Il y a deux autres raisons qui donnent toute son importance à la question. Premièrement, au cours des dernières décennies, les violations les plus graves des droits individuels fondamentaux ont eu lieu dans le contexte d'états d'urgence. En pareil cas, les Etats, prétextant de l'urgence, refusent fréquemment d'appliquer des normes élémentaires et prennent des mesures exceptionnelles, excessives, en violation des traités internationaux sur les droits de l'homme. En conséquence, pour connaître le degré exact de protection fourni par ces traités, il faut en tout premier lieu examiner en détail les normes établies par ces textes, à la lumière de la doctrine juridique élaborée par les organes de surveillance internationaux.

Deuxièmement, près d'un tiers des Etats de la communauté mondiale ne sont pas parties aux traités internationaux sur les droits de l'homme qui prévoient un régime juridique en matière d'état d'urgence; les normes de ces traités ne sont donc pas directement applicables à ces Etats. Ce fait, conjugué à l'absence notable d'études sur la question, a fait naître une dangereuse incertitude concernant les principaux critères régissant, au regard du droit international général, les droits de l'homme dans des situations d'urgence. Cette incertitude apparaît dans les pratiques suivies par les organes de surveillance des Nations Unies. Par ailleurs, certains traités internationaux sur les droits de l'homme n'ont pas de clause de dérogation (par exemple la Charte africaine et les Conventions de l'OIT); le régime applicable dans ce cas est donc incertain lui aussi. Pour ces différentes raisons, une analyse approfondie des normes du droit international général est d'une importance capitale, et c'est là l'objet de la présente étude. Ce faisant, nous examinerons l'hypothèse selon laquelle certains principes de la clause de

¹ Voir les observations de M. Prado Vallejo, membre du Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans CCPR/C/SR. 351 (1982), p. 8, par. 33. Voir aussi les observations de l'Attorney General d'Irlande dans l'affaire *Lawless* (Contre-mémoire du Gouvernement irlandais), série B: Actes de procédures, p. 224.

dérogação sont devenus, ou sont en train de devenir, un droit international coutumier.

II. Apparition de certains principes de la clause de dérogation en tant que principes du droit international général

La doctrine de la nécessité est la doctrine qui répond le mieux au plaidoyer en faveur de l'urgence en droit international général et, comme son application par les organes de l'OIT dans certains cas relatifs aux droits de l'homme dans des situations d'urgence a déjà été analysée ailleurs¹, il serait utile d'examiner cette question sous un autre angle. Cette perspective, que nous allons explorer au cours du séminaire, affirme que le régime juridique prévu par la clause de dérogation dans les principaux traités sur les droits de l'homme est essentiellement un cas d'application particulière de la doctrine de la nécessité à la question des droits de l'homme en situation d'urgence. En outre, selon cet angle d'approche, les principes fondamentaux de la clause de dérogation sont en train de devenir des principes du droit international général. Ce point de vue, qui est confirmé à la fois par la doctrine et par la pratique des organes de surveillance internationaux, exige d'être examiné de très près.

1. Nature juridique de la clause de dérogation

Il est certain que la nature juridique de la clause de dérogation n'a pas bénéficié d'une grande attention sur le plan de la doctrine². Cette notion a toutefois été définie de plusieurs façons différentes: comme clause de suspension³, comme clause *rebus sic stantibus*⁴ et comme clause traduisant le principe de "l'impossibilité majeure d'exécution" selon l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵. L'on a aussi fait valoir que la clause de dérogation a

¹ Oraá J., *"Human Rights in States of Emergency in International Law"*, Oxford 1992, p. 220 ss.

² La seule tentative sérieuse pour en analyser la nature a été faite par R. Ergéc dans *"Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles"* (Bruxelles, 1987), p. 39 ss.

³ Capotorti, *"L'extinction et la suspension des traités"*, Recueil, 134 (1971), p. 488.

⁴ Ouguergouz, F., *"L'absence de la clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général"*, R.G.D.I.P. (1994), pp. 289-336. A. Kiss, *"Les fonctions du Secrétaire général du Conseil de l'Europe comme dépositaire des conventions européennes"*, AFDI 2 (1956), p. 685. Voir aussi M. Ermacora dans *l'affaire de Chypre*, p. 179.

⁵ E. Suy, *"Droits des traités et droits de l'homme"*, *"Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte"*, Mélanges en l'honneur de H. Mosler, Berlin, 1983, p. 944.

quelques rapports avec la doctrine de la légitime défense, de la force majeure et de la nécessité. Quoi qu'il en soit, la théorie selon laquelle cette clause serait un cas d'application particulière de la doctrine de la nécessité est peut-être celle qui a le plus de partisans. Ago, par exemple, voit dans cette clause du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) une adaptation particulière de la doctrine de la nécessité, qui a été obtenue compte tenu de la matière en question et de la nature des obligations juridiques qui en découlent¹. Pour sa part, Ergéc voit dans la clause de dérogation l'application concrète, et l'adaptation, de la doctrine de la nécessité à la question particulière des droits de l'homme en situations d'urgence². Entre temps, Castberg a signalé que, pour éviter des dérogations arbitraires dues à l'application de la dangereuse doctrine de la nécessité au droit international général, les rédacteurs du Pacte, ont tenu à prévoir un régime juridique approprié pour de telles situations par le moyen de la clause de dérogation. Ils l'ont fait parce qu'ils se rendaient compte que tôt ou tard les Etats se trouveraient dans des situations où il leur serait impossible de respecter toutes leurs obligations en matière de droits de l'homme³. L'Association de droit international a aussi fait remarquer que, lors de la rédaction du Pacte, le point de vue qui l'a finalement emporté est que la doctrine de la nécessité permettant des dérogations à certains droits devait être reflétée dans les grands traités sur les droits de l'homme⁴. Dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, Ganshof van der Meersch voit dans la clause de dérogation la transposition sur l'arène internationale de la doctrine de la nécessité que l'on trouve dans le droit public et qui permet la suspension des droits de l'homme en cas d'urgence⁵.

La clause de dérogation peut être considérée comme ayant emprunté plusieurs de ses principes fondamentaux à la doctrine de la nécessité. En revanche, sept grands principes constituent la base juridique de la clause de dérogation des traités relatifs aux droits de l'homme. Ils peuvent être regroupés en trois catégories.

2. Les trois catégories de principes

¹ Ago, R. *"The International Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility"*, YBILC 2.1 (1980) - (*"Rapport Ago"*), p. 45.

² Ergéc, *"Les droits de l'homme"*, p. 53.

³ F. Castberg, *"The European Convention on Human Rights"*, Leiden 1974, p. 165.

⁴ *Rapport de Varsovie de l'ADI*, 1988, p. 40.

⁵ W.J. Ganshof van der Meersch, *"Organisations européennes"*, Bruxelles 1966, p. 286.

1. Certains principes découlent manifestement des principes de la doctrine de la nécessité, à savoir le principe de menace exceptionnelle, le principe de proportionnalité et le principe du caractère temporaire. Le principe de l'intangibilité de certains droits fondamentaux peut être considérée comme constituant une application de la doctrine de la nécessité telle qu'elle a été formulée par la Commission du droit international (CDI). Cette Commission est d'avis qu'un Etat ne peut invoquer l'argument de la nécessité lorsque "l'obligation internationale avec laquelle l'acte de gouvernement n'est pas en conformité découle d'une norme impérative du droit international général"¹. Dans la mesure où le principe de l'intangibilité des droits fondamentaux est censé s'appliquer aux quatre droits communs qui sont reconnus comme des normes de *jus cogens*, l'on peut affirmer que les Etats ne sauraient justifier le non-respect de ces obligations en invoquant l'argument de l'urgence².

2. La clause de dérogation contient aussi au moins un principe qui est d'une grande importance dans le domaine des droits de l'homme mais qui ne figure pas explicitement parmi les principes de la doctrine de la nécessité; il s'agit du principe de non-discrimination³.

3. Enfin, la clause de dérogation contient deux principes qui peuvent être considérés comme étant de nature "procédurale" et qui, en théorie, semblent se prêter davantage à une application dans le cadre du droit des traités qu'en droit international général. Ces principes sont ceux de la proclamation et de la notification. Avant de chercher à savoir quels principes de la clause de dérogation sont en train de devenir des principes du droit international général, il convient de faire quelques observations sur le processus par lequel les dispositions des traités pourraient devenir des normes coutumières.

3. La clause de dérogation et le droit international coutumier: le "caractère normatif" du pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la clause de dérogation

¹ CDI, Rapport à l'Assemblée générale, "Annuaire de la CDI", 2.2 (1980), 34 (projet d'art. 33 2) a)).

² Voir l'observation intéressante de Meron sur le fait que les "normes impératives" en droit international général pourraient avoir une extension plus large que la notion de *jus cogens* dans le droit des traités. Meron, "Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law" (Oxford 1989), pp. 220-222.

³ L'on peut soutenir toutefois que ce principe est implicite dans la notion de proportionnalité et dans les éléments de finalité du principe de la nécessité (voir Oraá, "Human Rights in States of Emergency", p. 169).

L'importance récemment accordée au processus par lequel les règles de droit formulées dans les traités pourraient devenir des règles du droit international coutumier a été reconnue par la Commission internationale de juristes (CIJ). Comme on l'a signalé, la raison en est qu'au cours des trente dernières années la communauté internationale a entrepris, sous les auspices des Nations Unies, une tâche de codification et de développement progressif du droit international sur une échelle sans précédent¹.

Ce travail a été accompli par la rédaction de conventions multilatérales générales couvrant des matières entières du droit international et adoptées avec la participation d'un grand nombre d'Etats de toutes les régions du monde. A propos de la formation du droit international coutumier à partir d'une norme du droit conventionnel comme récemment proclamée par la CIJ, Jiménez de Aréchaga voit dans ce processus trois modalités: les effets de déclaration, de cristallisation et de création. Dans le premier cas, une norme du droit conventionnel n'est pas autre chose que l'expression officielle, écrite, d'une règle préexistante du droit coutumier déjà en vigueur. Dans le deuxième cas, une règle en train de naître, *statu nascendi*, se cristallise pour devenir une règle coutumière et reçoit sa première expression écrite grâce à la dynamique de la conférence internationale qui a conclu le traité. Enfin, dans le troisième cas, une norme du droit conventionnel, qui n'est pas déclaratoire d'une norme existante, ni ne constitue une codification d'une règle naissante, peut devenir une règle du droit international coutumier en vertu de la pratique ultérieure des Etats².

Bien qu'il soit difficile dans certains cas de savoir si une norme du droit conventionnel a codifié ou créé une règle de droit international, il semblerait à première vue que la clause de dérogation soit mieux définie comme une disposition dans laquelle, en raison des pratiques ultérieures, les normes des traités (c'est-à-dire dans le présent cas certains principes de l'article 4 du PIDCP) sont en train de devenir des normes du droit coutumier³; les normes du droit conventionnel auraient donc pour "effet générateur" de créer une règle coutumière. A propos de ce processus de génération, Sørensen est d'avis que le Pacte peut être pris comme guide faisant autorité par les Etats confrontés à des problèmes juridiques nouveaux et que ses dispositions sont de ce fait en train de

¹ Jiménez de Aréchaga E., "International Law in the Past Third of a Century", *Recueil*, 159.1 (1978), pp. 1-344, p. 13.

² *Ibid.*, pp. 14-15.

³ La clause de dérogation du Pacte est citée comme exemple ici parce que le Pacte est un traité quasi-universel, alors que les Conventions européenne et américaine sont des traités régionaux.

devenir le noyau autour duquel peut se cristalliser un nouvel ensemble de règles juridiques générales¹.

Selon le raisonnement de la Cour dans les affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord*, la première condition à remplir pour que ce processus soit possible est que la disposition invoquée ait un "caractère normatif"². Il est évident que le PIDCP et certains principes de la clause de dérogation en particulier ont ce caractère.

Caractère normatif du Pacte. Ce que les rédacteurs du PIDCP ont tenté de faire - c'est un fait bien connu -, c'était de définir avec une plus grande précision, dans le cadre d'un traité, les obligations internationales des Etats dans le domaine des droits de l'homme, obligations qui n'étaient pas précisées dans la Charte des Nations Unies et qui n'étaient énoncées qu'en termes très généraux dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH). Les rédacteurs du Pacte se sont donc efforcés pour la première fois de formuler les obligations en matière de droits de l'homme dans le cadre du premier instrument international de caractère universel portant sur les obligations générales liées aux droits civils et politiques³. Le fait que le traité a un caractère normatif semble donc évident en lui-même. En outre, le Pacte est le résultat d'un long processus de rédaction (de 1947 à 1966) assuré sous la direction de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (1947 à 1995); le texte a ensuite été examiné par l'Assemblée générale de l'ONU, puis ouvert à la signature de tous les Etats⁴ et enfin adopté par l'Assemblée générale en 1966 de manière quasi-unanime⁵. Au 1er janvier 1996, il

¹ *Affaires relatives au "Plateau continental de la mer du Nord"*, rapports de la CIJ, 1969, opinion dissidente, p. 244.

² *Ibid.*, pp. 41-42, par. 72. Voir aussi Jiménez de Aréchaga, "Droit international", p. 22.

³ *La Convention européenne des droits de l'homme signée en 1950, dont la teneur est analogue à celle du PIDCP, est un traité régional. D'autres traités sur les droits de l'homme conclus sous les auspices des Nations Unies, par exemple la Convention sur le génocide de 1948 et la Convention sur l'esclavage de 1956, sont des traités spécialisés couvrant un seul droit ou élément; le PIDCP, en revanche, est un traité général en ce sens qu'il s'efforce de régir le domaine entier des droits civils et politiques.*

⁴ *Le "U.S. Restatement": Restatement of the Foreign Relations Law of the USA, American Law Institute (Washington, 1987), (p. 154) exprime l'opinion que la participation quasi-universelle à la préparation des accords internationaux reconnaissant les principes des droits de l'homme est un exemple probant du fait que la pratique donne ici naissance au droit coutumier. Ce point de vue ne saurait cependant être avancé sans une certaine prudence. L'on peut en fait concevoir un cas où un grand nombre d'Etats participeraient à l'élaboration d'un traité qui par la suite ne serait pas ratifié par la majorité d'entre eux. Cela ne s'est toutefois pas produit dans le cas du PIDCP.*

⁵ *Le PIDCP a été adopté et ouvert à la signature le 16 décembre 1966 en vertu de la*

avait été ratifié par 133 Etats représentant toutes les régions géographiques du monde, ce qui souligne le caractère universel du traité. L'Assemblée générale des Nations Unies a constamment demandé que les Etats ne l'ayant pas encore fait ratifient le Pacte.

Caractère normatif de la clause de dérogation. Le fait que la clause de dérogation contenue dans l'article 4 de la Convention possède, du moins en partie, un caractère normatif est, lui aussi, évident. Comme déjà indiqué, cette clause a pour objet principal de définir un régime juridique concernant les droits de l'homme dans des situations d'urgence. Cet aspect de la question était nouveau mais aussi essentiel, puisque c'est précisément en situation d'urgence que la protection des droits de l'homme est la plus nécessaire. La clause de dérogation est aussi le résultat d'un long travail de rédaction où l'on s'est soigneusement efforcé de trouver un juste équilibre entre l'intérêt qu'a l'Etat de défendre l'existence de la nation lorsqu'elle est menacée et le respect des droits individuels; sur ce plan, il semblerait que les rédacteurs aient réussi¹. La clause de dérogation est donc considérée comme un des articles fondamentaux du Pacte².

En outre, cette clause n'a pas fait l'objet de réserves importantes de la part des Etats. Ces réserves pourraient, en théorie, en saper les principes fondamentaux. (La seule réserve importante a été exprimée par la Trinité-et-Tobago en 1978, mais elle a déclenché une protestation officielle des autres Etats³). Les réserves vis-à-vis des principes fondamentaux de cette clause semblent s'opposer à "l'objet et <au> but du traité" et sont donc interdites par la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce qui confirme le "caractère normatif" de la clause dans la

Résolution 220 A de l'Assemblée générale (XXI); 106 Etats l'ont approuvé, sans voix contre ni abstentions. L'on trouvera un compte rendu du processus de rédaction du Pacte dans V. Pachota, "The Development of the ICCPR", Henkin (directeur de la publication), The International Bill of Rights, New-York, 1981, p. 37.

¹ Higgins, R., "Derogations under Human Rights Treaties", *BYBIL* 48 (1976-7), pp. 281-320, p. 319.

² Un des membres du Comité des droits de l'homme des Nations Unies a qualifié la clause de dérogation de "pierre angulaire des traités sur les droits de l'homme" (voir ci-dessus p. 148, note 1).

³ Cette réserve se rapportait au principe de l'intangibilité. Voir Nations Unies, "Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général, état au 31 déc. 1986" (New York, 1987), p. 135. La République fédérale d'Allemagne et les Pays-Bas ont soulevé une objection officielle à ce propos, considérant la réserve comme incompatible avec l'objet et le but du Pacte. *Ibid.* pp. 137-138. Voir Oraá, "Human Rights in States of Emergency", pp. 131-132 ss.

mesure où la notion selon laquelle on peut émettre des réserves importantes vis-à-vis d'une disposition semble s'y opposer¹.

Le fait que la clause de dérogation à l'article 4 du Pacte peut en principe jouer le rôle de disposition à "caractère normatif" ne signifie pas nécessairement que tous ses principes sont en train de devenir, ou sont également appelés à devenir, des normes du droit international coutumier. Un aspect bien connu de la doctrine est que certains principes contenus dans une disposition deviennent parfois des principes du droit international général alors que d'autres ne le deviennent pas. En fait, il n'est pas besoin de s'attendre à ce que la clause de dérogation en tant que telle puisse devenir une matière du droit international général, pour la raison que la clause elle-même pose les bases d'un mécanisme mieux adapté au droit conventionnel. L'Etat qui veut déroger aux dispositions d'un traité doit s'appuyer expressément sur le droit de dérogation prévu dans le traité lui-même. Selon cette procédure, l'Etat doit déclarer officiellement l'état d'urgence et notifier aux autres Etats parties les dispositions auxquelles il déroge et en indiquer les raisons (principes de proclamation et de notification). En droit international général, toutefois, la doctrine de la nécessité peut toujours être appliquée par l'Etat dans des circonstances exceptionnelles sans qu'il doive suivre des procédures particulières.

Cela dit, cette position ne signifie pas que, par définition, ces dispositions à caractère "procédural" ne peuvent devenir des normes du droit international général. Rien en principe n'empêche ce processus de se dérouler. En fait, l'évolution par laquelle un principe "procédural" devient progressivement un principe du droit international général a un parallèle intéressant dans le droit de la mer, dans les affaires relatives à la délimitation du plateau continental entre des Etats adjacents ou vis-à-vis. L'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental dispose que la délimitation sera déterminée d'abord par accord entre les Etats. En l'absence d'accord, l'article prévoit des critères fondamentaux de délimitation². Dans des affaires récentes de délimitation, la CIJ a invoqué ce principe procédural de délimitation par accord comme principe du droit international général³.

¹ Voir les réflexions de la CIJ sur ce point dans les affaires relatives au Plateau continental de la mer du Nord, *Rapports de la CIJ*, 1969, p. 38 ss., par. 63 ss.

² Voir aussi l'art. 83 de la Convention de 1982 sur le droit de la mer.

³ *Affaires relatives au Plateau continental de la mer du Nord, Jugement, rapports de la CIJ*, 1969, p. 54. *Plateau continental (Tunisie-Libye), Jugement, rapports de la CIJ*, 1982, p. 92 et par. 37. *Délimitation de la frontière maritime dans la zone du Golfe de Maine, Jugement, rapports de la CIJ*, 1994, p. 266, 311-312. *Plateau continental (Libye-Malte), Jugement, rapports de la CIJ*, 1995, p. 31-56. Voir aussi R.R. Churchill et A.V. Lowe, *"The Law of the Sea"*, 2e éd. rév., Manchester, 1988, p. 156 ("la délimitation par accord reste la règle

En ce qui concerne les principes "procéduraux" de la dérogation, il se pourrait bien qu'apparaisse une obligation internationale en vertu de laquelle les Etats seraient tenus de proclamer officiellement l'état d'urgence et de rendre publiques les mesures de dérogation prises afin de justifier le non-respect des normes coutumières en matière de droits de l'homme. Cette pratique, qui est bien établie dans les systèmes de droit interne, peut aussi devenir un principe du droit international général. Il y a en fait, dans la doctrine et dans la pratique des organes de surveillance, des raisons de soutenir ce point de vue¹.

En outre, en ce qui concerne l'obligation de notification, il pourrait se dégager dans l'avenir une pratique selon laquelle tous les Etats confrontés à des situations d'urgence seront obligés de notifier à la communauté internationale (par exemple à l'Assemblée générale des Nations Unies par l'intermédiaire du Secrétaire général ou de la Commission des droits de l'homme) ces dérogations aux normes des droits de l'homme reconnues par le droit international coutumier². Même si, au sein de la Commission des droits de l'homme des Nations unies, la notion d'une notification par l'intermédiaire du Rapporteur spécial sur les états d'exception semble actuellement évoluer dans ce sens, le moment où l'obligation de notification en tant que principe du droit coutumier deviendra une réalité semble être plus lointain³.

En conclusion, parmi les principes fondamentaux constituant le régime juridique général de la clause de dérogation, ceux des principes qui semblent à première vue le plus susceptibles de devenir des principes du droit international général régissant les droits de l'homme en situation d'urgence sont les suivants: les principes de menace exceptionnelle, d'intangibilité des droits fondamentaux, de proportionnalité et de non-discrimination. Ce qu'il faut analyser maintenant, ce sont les indices d'une évolution de ces principes en principes du droit international général.

fondamentale du droit international").

¹ *Exposé du principe de la proclamation dans les "Principes de Syracuse", principe No 75; voir aussi les observations de D. O'Donnell et de J.F. Hartman dans "Human Rights Quarterly", 7 (1985) 34, 131, et la résolution de la Sous-commission des Nations Unies 1988/24, p. 246 (voir aussi p. 244-245).*

² *Une proposition dans ce sens a été soumise dans les "Travaux préparatoires" concernant le Pacte: sect. A/2929, par. 47.*

³ *Une pratique est en train de naître selon laquelle les Etats informent le Rapporteur spécial sur les états d'exception des dispositions auxquelles ils dérogent et les raisons de ces dérogations.*

4. Indices de l'évolution de certains principes de la clause de dérogation en principes du droit coutumier

Parmi les catégories de preuves mentionnées dans le "Restatement of the Law" des Etats-Unis et d'autres sources pour démontrer l'existence d'un droit coutumier¹, les suivantes revêtent une importance particulière lorsqu'il s'agit de démontrer le caractère coutumier de certains principes de la clause de dérogation: la valeur probante des traités normatifs, la répétition de la même norme dans plusieurs traités sur les droits de l'homme, la pratique des organes judiciaires, quasi-judiciaires et de surveillance dans l'application des normes et principes, et la reconnaissance de ces normes par les Etats non parties aux traités.

a. *Valeur probante des traités normatifs*

Comme signalé dans la doctrine, la plupart des obligations internationales relatives aux droits de l'homme sont énoncées dans des traités. Certaines normes ou principes de ces textes fondamentaux peuvent toutefois être considérés comme exprimant, ou créant, des règles de droit coutumier. Comme la plupart des instruments sur les droits de l'homme énoncent des normes en grande partie nouvelles, il semblerait que ces normes du droit conventionnel, plutôt que d'exprimer des règles coutumières préexistantes, ont en général créé des règles coutumières nouvelles. Par exemple, certains de ces traités normatifs peuvent aussi acquérir une valeur de preuve pour l'établissement du caractère coutumier de normes nouvelles. Cela est particulièrement vrai des traités multilatéraux contenant des normes générales, conclus après une longue période de débat et avec la participation de nombreux Etats. Il ne fait aucun doute que le PIDCP est un de ces traités et que sa clause de dérogation peut être considérée comme une disposition contenant des principes de caractère normatif².

b. *Répétition de la même norme dans plusieurs traités sur les droits de l'homme*

Un autre élément considéré comme une expression importante de la pratique des Etats et une preuve de l'existence d'un droit coutumier est la répétition de la même norme dans plusieurs traités sur les droits de l'homme, notamment s'il s'agit de traités multilatéraux. Par exemple, on pourrait trouver d'autres preuves de l'acceptation générale des principes de la clause de dérogation de l'article 4 du Pacte dans le fait qu'ils sont repris dans les principaux traités régionaux, par

¹ Voir Oraá, *op. cit.*, chap. 8.

² *Ibid.*, p. 231 ss. Voir aussi p. 230-231 sur le caractère universel du Pacte.

exemple l'article 15 de la Convention européenne et l'article 27 de la Convention américaine. Une clause de dérogation figure aussi dans le nouveau projet de Convention pour le monde arabe¹. Par ailleurs, le fait que la même disposition, dans le cas présent la clause de dérogation, est réénoncée après dix-huit ans dans des termes identiques, peut être considéré comme un renforcement des principes qui y sont contenus².

Un arrêt de la Cour constitutionnelle suprême de l'Allemagne de l'Ouest s'est fondé sur la répétition d'une norme dans différents traités pour affirmer l'existence d'un droit coutumier. La question en jeu était le principe *ne bis in idem*. La Cour a constaté premièrement que le principe était reconnu dans l'article 14 7. du Pacte, qui avait été ratifié par dix-huit Etats appartenant à tous les grands systèmes juridiques; deuxièmement que les réserves vis-à-vis de ces articles n'en avaient pas diminué les effets; et troisièmement que les mêmes principes étaient reconnus dans l'article 8 4) de la Convention américaine et dans l'article 4 du Septième protocole de la Convention européenne. Gardant à l'esprit ces éléments, la Cour a considéré que le principe *ne bis in idem* était une règle générale du droit international³. L'on trouve aussi un recours à ce genre de preuve de l'existence d'un droit coutumier dans les décisions judiciaires d'autres tribunaux nationaux. Par exemple, Meron a constaté que le réexamen d'affaires récentes aux Etats-Unis "révèle une très large invocation, encore qu'inégale et incertaine, des instruments

¹ L'article 42 stipule:

"1. Tout pays, en cas de guerre effective, de danger imminent ou de crise menaçant son indépendance et sa sécurité, peut déclarer l'état d'urgence et prendre des mesures qui dérogent aux obligations prévues dans la présente Charte, dans une mesure correspondant strictement aux exigences de la situation.

2. Au titre de la disposition précédente aucune dérogation n'est admise en ce qui concerne le respect du droit à la vie, la sécurité de la personne, la reconnaissance d'une personne devant la loi, le droit à une nationalité, le principe de la suprématie du droit ou le droit à la liberté de religion et de pensée" (le paragraphe 3 est analogue à celui des trois autres traités).

Voir le "Projet de Charte relative aux droits de l'homme et de la personne dans le monde arabe", 1987, Istituto superiore internazionale di scienze criminali, p. 15. Sur les raisons de l'absence d'une clause de dérogation dans la Charte africaine, voir Oraá, "Human Rights in States of Emergency", pp. 209 ss.

² Voir G. Gaja, "A "New" Vienna Convention on Treaties between States and International Organisations", *BYBIL* 58 (1987), 268.

³ 1987, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2155 (cité dans Meron, "Human Rights and Humanitarian Norms", pp. 132-134).

internationaux des droits de l'homme comme preuve d'un droit coutumier régissant les droits individuels."¹.

c. *Pratique des institutions des organisations internationales et autres organismes analogues*

Comme déjà indiqué, la "pratique des organes judiciaires, quasi-judiciaires et de surveillance joue un rôle important dans la création de règles coutumières"². Il est vrai que bon nombre de ces organes, tels que la Cour européenne et la Commission européenne, le Comité des droits de l'homme et la Cour et la Commission interaméricaines, appliquent plutôt le droit conventionnel que le droit international général. Leurs décisions et leur doctrine reposent toutefois souvent sur des arguments pris en dehors du droit des traités et sont considérées comme une interprétation faisant autorité des normes des droits de l'homme en droit international général. Un examen détaillé de la doctrine invoquée par ces organes lorsqu'ils appliquent la clause de dérogation comme principe du droit conventionnel a déjà été effectué ailleurs; ce qu'il reste à faire, c'est d'examiner les preuves contenues dans les décisions prises par les organes internationaux lorsqu'ils appliquent les principes de la clause de dérogation comme matière du droit international général³.

i) *Pratique de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIADH)*

La CIADH a aussi appliqué certains des principes fondamentaux de la clause de dérogation aux Etats non parties à la Convention américaine des droits de l'homme mais membres de l'Organisation des Etats américains (OEA) et, à ce titre, liés par la Charte des Nations Unies et la Déclaration américaine. La présente section sera consacrée à l'examen de deux points: l'application des principes essentiels de la clause de dérogation et le fondement juridique de l'extension de ces principes aux Etats non parties à la Convention.

Principes de la clause de dérogation appliqués en dehors de la Convention

Au cours des dernières décennies, la CIADH a élaboré une somme doctrinale sur différents thèmes importants touchant à l'interprétation et à l'application des

¹ *Ibid.*, pp. 130-131.

² *Ibid.*, p. 100.

³ L'on consultera avec intérêt les "Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights during States of Emergency", établi par l'Association de droit international et présenté à la Conférence de Queensland (1990).

instruments de défense des droits de l'homme dans les deux Amériques; cette doctrine, qui découle des rapports et de la jurisprudence de la Commission, a été systématisée dans une certaine mesure par cette Commission elle-même¹. Il n'est pas surprenant que la question des droits de l'homme dans les situations d'urgence y occupe une place importante. La position de la Commission sur ce point et les principes appliqués sont les suivants:

La notion d'état d'urgence et la légitimité de cette pratique. La Commission interaméricaine considère l'état d'urgence, qui est reconnu dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, comme une pratique normale et légitime tant qu'elle respecte certaines limites. En fait, s'il y a état d'urgence, les normes des droits de l'homme ne peuvent être les mêmes que dans des situations normales ou en temps de paix parce qu'il en résulterait un risque sérieux pour le maintien de l'ordre public et la sécurité de l'Etat. Il faut en pareil cas trouver un juste équilibre entre la nécessité de défendre un ordre institutionnel légitime et la protection des droits individuels.

Principes appliqués par la Commission interaméricaine:

1. *Le principe de menace exceptionnelle.* La déclaration d'un état d'urgence et la suspension des droits de l'homme ne sont légitimes que dans des situations exceptionnelles; celles-ci sont généralement dues à des troubles intérieurs ou à une agression de l'extérieur. Le caractère exceptionnel de la situation a été défini de plusieurs façons: "danger sérieux et grave", "menace réelle pour l'ordre public ou la sécurité de l'Etat", etc. Dans plusieurs cas, la Commission n'a pas accepté la déclaration de l'état d'urgence et la suspension générale des libertés individuelles parce que les circonstances ne les justifiaient pas².

2. *Le principe du caractère temporaire.* L'état d'urgence est une institution "de nature essentiellement transitoire"; en d'autres termes, il ne peut être décrété pour une période indéfinie ou prolongée. Ce principe du caractère temporaire semble être un aspect particulier du principe de la proportionnalité³.

3. *Le principe de l'intangibilité des droits fondamentaux.* Dans un état d'urgence correctement administré, il ne saurait y avoir violation des droits de l'homme. Parmi les droits mentionnés par la Commission comme appartenant à

¹ OEA, "The IACHR: Ten Years of Activities" (Washington, 1981), p. 315 et ss. Pour la doctrine sur les états d'urgence, voir *ibid.*, pp. 336-338.

² Voir Oraá, J., "Human Rights", *op. cit.* chap. 1.

³ *Ibid.* Voir aussi chap. 5, p. 159 ss.

cette catégorie il faut noter: le droit à la vie, l'interdiction de la torture et d'autres traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, et le droit à un procès équitable. Parmi les violations des garanties fondamentales, ont été mentionnés: le déni des garanties minimales prévues à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, la peine de mort sans procès équitable devant un tribunal compétent, la détention arbitraire prolongée sans accusation et sans procès ou instruction équitable, une privation de liberté des accusés pour une période plus longue que celle de la condamnation maximum et l'expulsion des citoyens. Comme on le verra ci-après, il semblerait selon la Commission que le principe de l'intangibilité des droits prévus à l'article 27 2) de la Convention interaméricaine soit applicable aussi aux Etats non parties à cette Convention¹.

4. *Le principe de proportionnalité.* Toutes les mesures de dérogation qui sont excessives par rapport à la menace, et donc non strictement nécessaires, doivent être jugées inadmissibles. La Commission considère aussi que les états d'urgence ne doivent pas modifier sensiblement les différents pouvoirs de l'Etat ni aboutir à la suppression de la primauté du droit.

Cette doctrine a été considérée par la Commission comme la "doctrine la plus largement acceptée sur le plan international", parce que c'est elle qui inspire la Convention américaine (art. 27), le PIDCP (art. 4) et la Convention européenne (art. 15). En même temps que les quatre principes précités, la CIADH l'a aussi appliquée en tant que règle du droit international général aux Etats non parties à la Convention américaine. C'est le cas par exemple des rapports sur le Chili de 1974 et 1985, sur le Paraguay de 1978 et 1987 et sur l'Uruguay de 1978².

L'on trouve une formulation encore plus claire de ces principes fondamentaux (avec une grande insistance sur le principe de la proportionnalité) dans le chapitre consacré à la doctrine de la Commission concernant le terrorisme et aux limites de l'action répressive des Etats³. Ces principes ont aussi été appliqués aux Etats non parties à la Convention (par exemple à l'Argentine en 1980)⁴.

¹ Voir CIADH, *Rapport sur le Paraguay, 1987*, p. 16.

² Sur le rapport de la CIADH sur le Chili de 1974, voir Buergenthal, directeur de la publication, "Protection of Human Rights", p. 362 ss; *Rapport sur le Chili de 1985*, pp. 43-45; *rapports sur le Paraguay de 1978*, p. 19, et de 1987, p. 15 ss.; *rapport sur l'Uruguay de 1978*, p. 19.

³ OEA, "The IACHR: Ten Years of Activities", pp. 339-342.

⁴ CIADH, *Rapport sur l'Argentine 1980*, pp. 24-27. (Les mêmes principes ont été appliqués à un Etat partie à la Convention: *Rapport sur la Colombie, 1981*, pp. 15-18).

Fondement juridique de l'extension des principes fondamentaux de la clause de dérogation aux Etats non parties à la Convention américaine

Cette question de premier plan peut être formulée comme suit: pour quels motifs la CIADH a-t-elle étendu l'application des principes fondamentaux de la clause de dérogation aux Etats non parties à la Convention américaine? Est-ce à dire que la Commission considère ces principes comme faisant partie du droit international coutumier et donc applicables à tous les pays, ou comme une coutume régionale? Il n'est pas surprenant que la Commission n'ait pas donné de justification juridique complète de cette extension. Toutefois, certains indices importants prouvant l'existence de cette justification apparaissent dans plusieurs cas.

Le premier cas où la CIADH a abordé cette question est traité dans le Rapport de 1974 sur le Chili¹. Dans cette affaire, survenue avant que la Convention américaine ne soit entrée en vigueur, la Commission a évoqué la nécessité de suspendre les droits de l'homme en cas d'urgence et déclaré que le droit, qu'il soit interne ou international, n'ignore pas de telles réalités. Il les soupèse équitablement et propose une solution pour résoudre le problème tout en évaluant comme il convient les éléments positifs qui sont menacés. En ce qui concerne le droit international américain, qui est le système normatif dont la Commission doit d'abord tenir compte, il faut savoir qu'en l'absence de normes du droit conventionnel en vigueur dans ce domaine, "la doctrine la plus largement acceptée" est celle qui est énoncée dans la Convention américaine des droits de l'homme, qui a été signée par douze pays de l'Amérique du Nord et du Sud (dont le Chili) et dont la ratification a déjà commencé. La Convention contient une disposition à l'article 27, fixant expressément dans quelle mesure un Etat peut restreindre l'exercice des droits de l'homme dans des situations exceptionnelles, par exemple en cas de guerre².

Le professeur Meron voit dans cette position une déclaration par la CIADH selon laquelle l'article 27 traduit dans le cadre du système américain une règle du droit coutumier régional³.

Cette position semble avoir été prise dans d'autres cas aussi. Par exemple, dans le rapport sur le Paraguay de 1978, où il était déclaré une fois de plus que cette doctrine "la plus largement acceptée" avait inspiré l'article 27 de la CADH, la

¹ CIADH, *Rapport sur le Chili 1974*, p. 2-4 (cité dans Buergenthal (directeur de la publication), *"Protecting Human Rights"*, 3e éd., 1990, pp. 362-363).

² *Ibid.* Le Chili a ratifié la Convention en 1990.

³ Meron, *"Human Rights and Humanitarian Norms"*, p. 219, n. 262.

Commission a ajouté que la teneur de cet article 27 était "le reflet de convictions et d'opinions profondément enracinées dans l'esprit de nos populations"¹. En outre, dans le rapport sur le Paraguay de 1987, la Commission était consciente du fait que ce pays n'avait pas ratifié la Convention américaine des droits de l'homme et n'était donc liée que par la Déclaration américaine, qui n'envisage pas de dérogation aux normes des droits de l'homme. La Commission a toutefois jugé que les critères découlant de l'article 27 "concrétisaient à l'époque les opinions de l'Hémisphère sur la question". Suivant ce raisonnement, elle a considéré que les principes de la menace exceptionnelle, du caractère temporaire, de l'intangibilité de certains droits fondamentaux et de la proportionnalité étaient le reflet d'une "pensée doctrinale unanime"².

La Commission va encore plus loin sur le plan de la doctrine. Elle ne se contente pas de déclarer que l'article 27 est l'expression de la "doctrine la plus largement acceptée" sur le continent américain (ce que Meron appelle un "droit coutumier régional"), mais elle semble sous-entendre que cette doctrine peut connaître une application plus large et être définie comme "*la doctrine la plus largement acceptée sur le plan international*". Dans son Rapport annuel de 1974, qui a été incorporé dans le "corpus" de la doctrine officielle de la Commission, il est déclaré:

La Commission n'est pas sans connaître les raisons justifiant l'attribution de pouvoirs spéciaux au pouvoir exécutif dans des situations exceptionnelles, telles que celles qui découlent de troubles internes ou d'une agression de l'extérieur, mais prend en compte le fait que la doctrine la plus largement acceptée sur le plan international, parce qu'elle inspire la Convention américaine (art. 27), le PIDCP des Nations Unies (art. 4) et la CEDH (art. 15), impose des limites précises à l'exercice de pouvoirs spéciaux dans le but de protéger les droits de l'homme; elle juge indispensable d'harmoniser la nécessité de défendre un ordre institutionnel légitimement établi avec la protection des droits fondamentaux de la personne humaine³.

En outre, dans le rapport sur le Chili de 1985, la Commission a confirmé ce point de vue en déclarant: "A vrai dire, le droit international - concrétisé par l'article 4 du PIDCP, auquel le Chili est partie, et l'article 27 de la CADH, qui est l'expression de la doctrine la plus largement acceptée sur ce point - impose un

¹ CIADH, *Rapport sur le Paraguay, 1978, p. 19.*

² CIADH, *Rapport sur le Paraguay 1987, pp. 15-16.*

³ CIADH, *Rapport annuel 1974, p. 36. Aussi dans CIADH, "Doctrine", pp. 336-337 et cité dans CIADH, Rapport sur le Paraguay 1978, p. 19.*

ensemble de conditions et d'exigences aux Etats qui voudraient limiter l'exercice des droits et libertés reconnus sur le plan international"¹.

L'interprétation du terme "la doctrine la plus largement acceptée sur le plan international" soulève toutefois quelques problèmes, principalement parce que la CIADH n'en explique pas le sens, ni n'avance d'arguments pour le justifier². La notion de "doctrine la plus largement acceptée" est courante dans les systèmes de droit civil et se fonde sur les écrits des auteurs les plus réputés (il ne faut pas oublier que le texte original de ces conclusions de la CIADH est en espagnol et que la plupart des membres de la Commission appartient au domaine du droit civil). Cette notion aide les juges à appliquer la loi et à combler d'éventuelles lacunes, en leur proposant les orientations contenues dans la "doctrine la plus largement acceptée"³. Il semblerait que la position de la Commission interaméricaine soit la même en pareil cas, dans la mesure où celle-ci doit s'efforcer d'appliquer certains principes des droits de l'homme à des situations d'urgence, mais sans qu'il puisse y avoir application directe du droit des traités (la clause de dérogation) parce que les Etats en cause ne sont pas partie à la Convention américaine; la Commission résout donc le problème en parlant de la "doctrine la plus largement acceptée". Dans de nombreux cas, la doctrine la plus largement acceptée est une preuve de ce qu'est le droit et, à cet égard, se rapprocherait de beaucoup des "enseignements des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" en tant que moyen subsidiaire de détermination du droit. Dans la version française de l'article 38 du Statut de la CIJ, cette source subsidiaire du droit est appelée "la doctrine" (tout comme elle s'appelle "la doctrina" dans la version espagnole), ce qui rappelle l'expression employée par la CIADH en parlant de la "doctrine la plus largement acceptée". Toutefois, la doctrine en droit international ne peut être considérée que comme une preuve de l'existence de règles de droit, et non comme une source indépendante⁴; (dans une certaine mesure, les principes généraux du droit dans l'article 38 des Statuts étaient destinés "à munir la Cour des moyens nécessaires pour remédier aux insuffisances du droit international résultant de son développement encore imparfait")⁵.

¹ CIADH, *Rapport sur le Chili 1985*, p. 44.

² Toutefois, dans le rapport sur le Chili de 1985, la Commission se réfère aux écrits de Higgins, Hartman, Questiaux et Grossman sur ce point, *ibid.*, p. 44, n. 11. La CIADH emploie des termes souples lorsqu'elle mentionne cette doctrine la plus largement acceptée ("reconnue", "admise", etc.). Ci-après, le terme employé sera "doctrine la plus largement acceptée".

³ Voir par exemple le Code civil suisse (art. 1); "la doctrine faisant le plus autorité" (Williams, *The Swiss Civil Code: Sources of Law*, p. 61).

⁴ A. Verdross, *Derecho internacional publico*, 4e éd., Madrid, 1972, p. 99.

⁵ H. Waldock, *General Course on Public International Law*, Recueil, 106 (1962), pp. 1-250,

Si tel est bien le cas, la "doctrine la plus largement acceptée sur le plan international", constituera, dans les études juridiques de la CIADH, une preuve du fait que ce domaine appartient au droit international général, tout comme la "doctrine la plus largement acceptée en droit international américain" est une preuve de ce qu'on a appelé le droit coutumier régional. La position de la CIADH pourrait être interprétée comment affirmant que l'article 27 de la Convention américaine était à l'époque déclaratoire du droit coutumier régional et que, de la même manière, l'article 15 de la Convention européenne et l'article 4 du PIDCP étaient aussi déclaratoires, à l'époque de leur signature, du droit coutumier international. Cette interprétation mérite d'être examinée de très près.

1. La notion que l'article 27 de la Convention américaine pouvait à l'époque être considérée comme la cristallisation d'une règle de droit coutumier régional ne s'impose pas sans difficulté. L'on pourrait prétendre qu'en 1968 (juste avant la signature de la Convention), et comme conséquence de l'"effet de création" engendré sur le continent américain par les clauses de dérogation de la Convention européenne de 1950 et du Pacte de 1966, "la doctrine la plus largement acceptée" sur la question des "droits de l'homme dans les situations d'urgence" était précisément celle exprimée dans les principes essentiels de la clause de dérogation de ces deux traités. Cette façon de penser a été exprimée dans la très importante résolution adoptée par la CIADH sur cette question en 1968. Cette résolution, qui est issue d'une longue période d'étude consacrée par la Commission aux droits de l'homme dans des états d'urgence, renferme les mêmes principes fondamentaux que la clause de dérogation¹. Enfin, selon cet argument, l'on pourrait dire que la cristallisation de ce processus a abouti à l'article 27 de la Convention américaine qui, à l'époque, incarnait la "doctrine la plus largement acceptée" (ce que Meron a appelé le droit coutumier régional). Bien que cette théorie ne soit pas exempte de problèmes, il est possible que ce processus ait eu lieu avant 1978. En fait, une certaine homogénéité des systèmes juridiques des Etats américains, où la pratique de l'état d'urgence revêt partout les mêmes caractéristiques, a pu contribuer à la création d'une coutume régionale.

2. Certains aspects de la conclusion à laquelle est arrivée la CIADH semblent impliquer que les articles 15 de la CEDH et 4 du PIDCP pouvaient à cette époque

56. Voir aussi sur ce point les observations de Bin Cheng dans ses *"General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals"*, Introduction, Londres, 1953; réimpression, Cambridge, 1987.

¹ CIADH, "Resolution on the Protection of Human Rights in Connection with the Suspension of Constitutional Guarantees or 'State of Siege'", 1968, dans Buergenthal et Norris (directeurs de la publication), *The Inter-American System*, vol. iv, fascicule 23, p. 8.

être considérés comme incarnant le droit international général; c'est là une position plus sujette à controverse. Il est difficile d'admettre que la clause de dérogation de la Convention européenne, lorsqu'elle a été signée en 1950, codifiait une règle du droit international général ("la doctrine la plus largement acceptée sur le plan international"). Il ne faut pas oublier que la CEDH était un traité régional, qui pour la première fois tentait de régir en termes généraux la question des droits civils et politiques et de définir avec une grande précision les obligations internationales des Etats dans ce domaine. C'était le premier traité en la matière, signé quelques années après la fondation des Nations Unies et moins de deux ans après la Déclaration universelle, qui à l'époque n'était pas considérée comme obligatoire en tant qu'élément du droit international. En conséquence, même si la formulation du Pacte des Nations Unies suivait les mêmes principes directeurs, il est difficile de croire que l'article 15 de la CEDH pouvait être considéré comme déclaratoire du droit international général.

Il est tout aussi difficile d'accepter la thèse qu'à l'époque de la signature du Pacte en 1966 l'article 4 était déclaratoire du droit international général.

Bien que l'éventuel "effet de création" de la clause de dérogation de la CEDH puisse être considéré comme un moyen de créer une règle générale, il est néanmoins difficile d'accorder crédit à ce point de vue, surtout si l'on tient compte du fait que le Pacte est le premier traité international sur les droits de l'homme de caractère général fixant clairement les obligations juridiques des Etats à un niveau mondial. Rien n'indique qu'en 1966 il existait une pratique des Etats constituant une matière du droit international coutumier en ce sens que les Etats agissaient conformément aux principes de la clause de dérogation.

La thèse la plus plausible est la suivante: les principes fondamentaux de la clause de dérogation de la Convention européenne et du PIDCP en tant que dispositions de caractère normatif ont eu un effet générateur tout d'abord sur le continent américain, où ils ont abouti à la création d'une coutume régionale qui a rapidement été codifiée par la Convention américaine, et à la naissance progressive d'une règle de droit international général. La doctrine aussi fournit une preuve du fait que ces principes de la clause de dérogation sont en train de devenir des principes du droit international général¹.

De toute façon, quelle que soit l'explication que l'on puisse trouver dans les interprétations doctrinales de la CIADH, le fait est que la Commission estime que les principes fondamentaux de la clause de dérogation commune aux trois grands traités ne font pas seulement partie du "droit international américain", mais aussi

¹ Voir ci-dessous, *Conclusions*, note 2.

de la "doctrine la plus largement acceptée sur le plan international". Cela prouve en partie qu'ils sont un élément du droit international général. En conséquence, la CIADH a fait de cette doctrine un élément de sa science juridique et l'a appliquée aux Etats non parties à la Convention américaine. En outre, aucun Etat, même ceux touchés par l'application de ces normes, n'a jamais attaqué les fondements juridiques de cette prise de position de la Commission.

La doctrine de la CIADH sur l'application des principes fondamentaux de la clause de dérogation en dehors du droit normatif a eu deux conséquences importantes: 1) affirmer ces principes, au sein du système américain, en tant que principes du droit coutumier régional; 2) appuyer le point de vue selon lequel ces principes font aussi partie du droit international général et peuvent donc être appliqués par les organes internationaux, notamment ceux des Nations Unies, lorsqu'il s'agit d'évaluer les obligations incombant en matière de droits de l'homme dans des situations d'urgence aux Etats non parties au Pacte ou à d'autres traités ayant une clause de dérogation. Cette position semble avoir été celle du Rapporteur spécial des Nations Unies responsable de la question des états d'exception.

ii) *La pratique des organes des Nations Unies*

La présente section consistera à analyser la pratique des organes des Nations Unies sur la question de la sauvegarde des droits de l'homme dans des situations d'urgence. Cette question sera examinée en dehors du cadre de la stricte application par le Comité des droits de l'homme de l'article 4 du Pacte comme matière du droit des traités. C'est un fait bien connu que le Pacte a créé un organe spécial, le Comité des droits de l'homme, pour faire respecter les normes qui y sont énoncés. La doctrine du Comité a été examinée en détail dans des ouvrages précédents. Il convient toutefois d'attirer l'attention sur un fait nouveau intéressant, celui de la pratique récente du Comité des droits de l'homme des Nations Unies vis-à-vis des situations d'urgence¹. Depuis 1991, en raison de violations extrêmement sérieuses des droits de l'homme, le Comité a de plus en plus fréquemment demandé des rapports d'urgence, qui ont été examinés à la session immédiatement postérieure à leur présentation. Il a donc demandé à des Etats tels que l'Iraq, la Yougoslavie, la Bosnie, la Croatie, le Pérou, Haïti, l'Angola, le Burundi et le Rwanda de soumettre dans un délai de trois mois des rapports complémentaires sur la situation d'urgence. Cette demande leur a été adressée en vertu des pouvoirs conférés au Comité par l'article 40.1.b) du PIDCP. L'on ne peut que se féliciter de la naissance de cette pratique au sein du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

¹ Nowak, M., "The Activities of the United Nations Human Rights Committee. Developments from 1 August 1992 through 31 July 1995", 16 HRLJ (1995) p. 377 ss.

Quoi qu'il en soit, pour trouver des preuves de l'application des principes de la clause de dérogation comme principes généraux extérieurs au droit des traités, il convient d'analyser maintenant la pratique des organes de l'ONU en ce qui concerne cet aspect du droit. Il n'est pas inutile toutefois de résumer l'histoire de l'action entreprise par les organes des Nations Unies dans ce domaine.

Un peu d'histoire. Dès 1977, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités s'est déclarée profondément préoccupée par la façon dont certains pays appliquaient les dispositions relatives aux états d'exception. Ce que la Sous-Commission a tenu avant tout à souligner, c'est le lien entre les violations nombreuses des droits de l'homme et les états d'urgence; elle a étudié notamment le cas de la détention prolongée, et souvent pour des périodes indéfinies, de personnes non condamnées¹. La Sous-Commission a donc décidé d'entreprendre une étude détaillée de la question afin de promouvoir les objectifs que se sont fixés les Nations Unies en matière de droits de l'homme. Ce travail a finalement été confié à Mme Questiaux, qui a soumis une étude des plus utiles². Dans la première partie du rapport, Mme Questiaux résume les principes fondamentaux des clauses de dérogation des trois grands traités et l'effet des états d'exception sur la primauté du droit et la détention de personnes. L'auteur n'aborde toutefois pas le problème de savoir si certains principes de ces clauses devraient être considérés comme faisant partie du droit international général³. A la fin de l'étude, elle a recommandé, entre autres, que la Sous-Commission inclue dans son ordre du jour une question spéciale intitulée "mise en oeuvre du droit de dérogation prévu à l'article 4 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques", dans le but de dresser une liste annuelle des Etats qui proclament et abrogent l'état d'exception, et qu'elle soumette à la Commission des droits de l'homme un rapport annuel analysant le respect des règles tant internes qu'internationales garantissant la légalité de la mise en oeuvre de l'état d'exception; à cet égard, il serait fait référence aux principes de la clause de dérogation que l'auteur s'est efforcé de dégager dans son rapport⁴.

¹ Résolution 10 (XXX), 31 août 1977.

² E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 juillet 1982, "Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception".

³ L'on se reportera toutefois à la page 9 de l'étude où elle exprime l'opinion que le principe de l'intangibilité des droits fondamentaux est un principe du droit international général et du jus cogens.

⁴ *Ibid.*, p. 44.

Cette recommandation a été approuvée et mise en application par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, qui a demandé à la Sous-Commission de poursuivre l'étude des mesures permettant d'assurer le respect des droits de l'homme dans des situations d'urgence partout dans le monde, notamment le respect des droits intangibles énoncés à l'article 4 par. 2 du Pacte. La Commission a assigné un degré élevé d'urgence à cette question du fait de son importance¹. Pour accomplir cette tâche, la Sous-Commission a désigné aux fonctions de Rapporteur spécial M. Leandro Despouy².

M. Despouy s'est vu dans l'obligation d'aborder un problème important qui influencerait sur toute l'orientation de ses travaux: le problème était de savoir si son étude serait limitée aux Etats ayant ratifié le Pacte (ou d'autres traités régionaux contenant une clause de dérogation) ou si elle engloberait tous les Etats quels qu'ils soient. Dans le second cas, une autre question se posait concernant les normes applicables aux Etats n'ayant ratifié aucun de ces instruments. Il y avait de bonnes raisons de penser que le travail du Rapporteur spécial devait se limiter aux Etats parties à ces traités (en fait, le libellé du point de l'ordre du jour de la Sous-Commission mentionne "la mise en oeuvre du droit de dérogation prévu à l'article 4 du Pacte ..." et, par ailleurs, le rapport de Mme Questiaux ne semble se référer qu'au droit normatif). Quoi qu'il en soit, étant donné l'ampleur du mandat de M. Despouy, il a finalement été décidé d'inclure dans l'étude les Etats non parties aux traités³.

Ayant pris cette décision, le Rapporteur spécial a dû résoudre un autre problème, celui des normes applicables aux droits de l'homme dans des situations d'urgence par des Etats non parties au Pacte (rappelons que le mandat du Rapporteur spécial l'amenait à évaluer le respect des normes internationales par les Etats). Après avoir expliqué en quoi consistent les principes de la clause de dérogation mis au point par les organes de surveillance dans le cadre du traité, M. Despouy a dû examiner dans quelle mesure "ces principes sont de nature coutumière". Dans une importante déclaration, le Rapporteur spécial affirmait:

Etant donné l'état actuel du droit international, nous estimons que la réponse devrait être qu'au moins certains de ces principes s'apparentent au droit coutumier⁴.

¹ *Commission des droits de l'homme des Nations Unies, résolution 1983/18.*

² *Commission des droits de l'homme des Nations Unies, résolution 1985/23.*

³ *Voir E/CN.4/Sub.2/1985/19, pp. 3-5. Voir aussi sur ce point la position prudente de M. Al Khasawneh et l'opinion favorable de la Commission internationale de juristes dans E/CN.4/Sub.2/1985/SR.25/Add.1, pp. 2-3 et 11.*

⁴ *E/CN.4/Sub.2/1985/19 (17 juin 1985). Document explicatif de M. L. Despouy (Argentine).*

Les principes énumérés étaient ceux de l'intangibilité, de la proclamation, de la légalité, de la notification, de la menace exceptionnelle, de la proportionnalité, du caractère temporaire et de la non-discrimination. Faisant allusion au rapport Questiaux, il a confirmé que le droit national de la plupart des Etats reconnaissait ces normes¹. Mais il n'a pas fait savoir quels principes étaient devenus des principes de droit coutumier, ni n'a abordé la question dans ses deux premiers rapports annuels, peut-être parce que, comme il l'a fait remarquer, au cours de la première étape de ses travaux en tant que Rapporteur spécial, il s'est concentré sur la collecte de renseignements concernant les états d'urgence, laissant à plus tard l'étude de la question des principes applicables en droit international général aux droits de l'homme dans le contexte des états d'exception. Même s'il n'aborde pas la question de façon explicite, sa position de principe sur la nature coutumière de certains de ces principes rejoint de très près la position de la CIADH.

Toutefois, dans un de ses rapports², le Rapporteur spécial a fixé certains critères et normes applicables aux situations d'urgence; ces critères font partie d'un "cadre juridique international découlant de normes internationales en vigueur, de la pratique des organisations internationales et du droit interne des Etats, qui fournit un système de référence pour l'examen de la légalité des états d'exception"³. Ces critères sont applicables à tous les Etats. Il convient de mentionner en particulier les suivants, signalés par le Rapporteur: les principes de la menace exceptionnelle, de la proclamation, de la proportionnalité, de l'étendue géographique limitée de l'urgence et de l'intangibilité (il a aussi déclaré son intention de dresser une liste des droits intangibles d'après les traités internationaux et le droit coutumier)⁴. En outre, il a inclus dans ce cadre juridique: la nécessité de disposer d'un mécanisme de surveillance nationale (le Parlement ou un mécanisme d'examen judiciaire), l'indemnisation éventuelle des victimes de mesures d'exception excessives et la nécessité de préserver le pouvoir des tribunaux non militaires et les garanties de procédure de l'habeas corpus, de l'*amparo* et autres voies de recours analogues⁵.

¹ *Ibid.*, p. 9, par. 24.

² E/CN.4/Sub.2/1989/30/Add.2/Rev.1.

³ *Ibid.*, p. 2.

⁴ *Ibid.*, par. a, b, c, d, et e. Ce travail a été fait en partie dans son dernier rapport E/CN.4/Sub.2/1995/20, pp. 9-11. Voir aussi l'intéressant rapport de la réunion d'experts sur les droits intangibles, pp. 44-63.

⁵ *Ibid.*, pp. 2-3 (par. f. et g. et 4 b) et c).

Afin de présenter ses rapports, le Rapporteur spécial a demandé aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général des Nations Unies, de fournir des renseignements détaillés sur les états d'exception, afin d'en évaluer la légalité en fonction des principes fondamentaux de la clause de dérogation. L'information demandée portait sur les domaines suivants: proclamation et abrogation, notification aux organes internationaux (le cas échéant), textes législatifs, raisons de la proclamation, nombre et nature des droits suspendus, extension géographique de l'urgence, personnes touchées, durée des mesures, etc.¹ L'on verra aisément que les renseignements demandés couvrent la plupart des aspects des principes de la clause de dérogation.

Les réponses à ces demandes de renseignements se sont révélées tout à fait impressionnantes, surtout si l'on tient compte non seulement du nombre total d'Etats qui ont répondu (68 à l'époque), mais aussi du fait que 36 n'avaient pas ratifié le Pacte et qu'un grand nombre d'entre eux se trouvaient confrontés à une situation d'urgence. Le nombre de réponses est d'autant plus significatif que l'état d'urgence est une question extrêmement délicate pour les Etats et que la démarche du Rapporteur spécial était une action originale en la matière. Ces informations (jointes à celles provenant d'autres sources) a permis à M. Despouy de présenter huit rapports détaillés sur les états d'exception dans le monde².

Aucun Etat n'a jamais fait de déclaration mettant en doute la compétence qu'avait le Rapporteur spécial de prendre de telles mesures. Même l'Afrique du Sud a envoyé des renseignements sur l'état d'urgence déclaré en 1985³. En outre, les informations reçues témoignent du fait que même les Etats non parties aux traités sont disposés à respecter les principes fondamentaux de la clause de dérogation. Cela est particulièrement vrai des droits intangibles de l'article 4 2. du Pacte, aucun Etat n'ayant à aucun moment officiellement dérogé à ces droits. Les réponses reçues des Etats, conformes à la position du Rapporteur spécial sur la nature coutumière de certains principes de la clause de dérogation, pourraient apporter de nouvelles preuves, encore que non définitives, concernant l'*opinio*

¹ E/CN.4/Sub.2/1981/19, 18 août 1987, p. 6, "Premier rapport annuel et liste d'Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception", présenté par L. Despouy, Rapporteur spécial.

² Pour le premier rapport, voir la note 70 ci-dessus; pour le deuxième rapport annuel voir: E/CN.4/Sub.2/1988/18 et Rev. 1 et Add. 1; pour le troisième: E/CN.4/Sub.2/1989/30/Add.1 et Add.2 Rev. 1. Voir aussi E/CN.4/Sub.2/1990/33 et Add. 1 et 2 (juillet-août 1990). Pour le quatrième rapport annuel, voir: E/CN.4/Sub.2/1991/28 (24 juin 1991). Pour le cinquième: E/CN.4/Sub.2/1992/23/Rev.1. Pour le sixième: E/CN.4/Sub.2/1993/23/Rev.1. Pour le septième: E/CN.4/Sub.2/1994/23 et Corr.1 et Add.1. Pour le huitième: E/CN.4/Sub.2/1995/20.

³ E/CN.4/Sub.2/1989/30/Add.1 (28 juin 1989) et E/CN.4/Sub.2/1990/33/Add.2, p. 3.

juris des Etats sur ces principes en tant que principes du droit international général, surtout si l'on tient compte du fait qu'aucun Etat n'a fait objection au travail accompli ou aux principes énoncés par le Rapporteur spécial¹.

Une résolution récente de la Sous-Commission des Nations Unies de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités rejoint aussi la position du Rapporteur spécial sur l'importance des principes de la clause de dérogation comme élément du droit international général. La Sous-Commission en a réaffirmé l'importance pour tous les Etats; ces principes sont les suivants: principe d'intangibilité, proclamation officielle, menace exceptionnelle et caractère temporaire. Cette résolution reconnaissait aussi l'importance fondamentale, pour les Etats qui ne l'ont pas encore fait, d'adopter une législation interne conforme aux normes internationales².

Surveillance du respect des droits de l'homme dans des situations d'urgence par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Comme l'a signalé l'Association de droit international: "par le moyen de la procédure confidentielle prévue par la Résolution 1503 de l'ECOSOC, d'études spéciales sur des situations nationales, de mécanismes spéciaux pour combattre les violations particulièrement graves des droits de l'homme, d'un débat général sur la situation des droits de l'homme et de l'adoption de résolutions, la Commission est devenue un des organes actuellement les plus importants pour la surveillance des violations des droits de l'homme dans des situations d'urgence"³. Une analyse détaillée de cette fonction de surveillance des situations d'urgence remplie par la Commission a permis de tirer quelques conclusions générales.

1. La thèse selon laquelle la situation des droits de l'homme dans un pays qui a décrété l'état d'urgence relève exclusivement de la juridiction intérieure de l'Etat a été systématiquement rejetée par la Commission et ses comités spéciaux ou rapporteurs spéciaux lorsqu'il y a, sauf preuve contraire, présomption de violations flagrantes des droits de l'homme. Cette thèse est fréquemment défendue par les Etats faisant l'objet d'un examen. Le fait qu'il y a un état d'urgence n'empêche pas

¹ *Les communications échangées entre le Rapporteur spécial et le Gouvernement du Paraguay illustrent cette orientation nouvelle des organes des Nations Unies et l'obligation naissante des Etats non parties au Pacte de respecter les principes de la clause de dérogation. Voir E/CN.4/Sub.2/1987/18 (22 mai 1987).*

² *Résolution de la Sous-Commission des Nations Unies 1988/24, adoptée le 1er septembre 1988 sans vote, "Questions des droits de l'homme et états d'exception", E/CN.4/1989/3 (25 octobre 1988). Voir aussi E/CN.4/Sub.2/1990/33, p. 2, par. 4.*

³ *Rapport de Séoul de l'ADI (1986), par. 32. Pour une étude sur la surveillance des situations d'urgence par la Commission des droits de l'homme de l'ONU, voir ibid., par. 32 ss.*

les organes de l'ONU d'exercer leurs fonctions de surveillance. Celles-ci comprennent au minimum l'étude de la situation par le moyen de rapports détaillés et la formulation de recommandations¹. Le professeur Brownlie a fait observer que ces pouvoirs de surveillance par les organes politiques des Nations Unies sont exercés dans le cadre de discussions sur les droits de l'homme, par la publicité, les mécanismes de recherche de l'information et d'autres moyens mis en oeuvre en vertu de l'article 14 de la Charte. Dans la pratique, l'article 2 7) n'a pas été interprété de manière restrictive². Par conséquent, prétendre que l'état d'urgence est exclusivement un "acte interne de gouvernement" n'est pas accepté par les organes de l'ONU lorsqu'il y a violation flagrante des droits de l'homme³.

2. Les fonctions de surveillance de ces organes découlent de la Charte de l'ONU et de la compétence générale de sa Commission des droits de l'homme et non d'un mécanisme spécial établi par un traité particulier relatif aux droits de l'homme. La Commission étudie donc ces situations, que les Etats soient ou non parties aux traités sur les droits de l'homme; aucune distinction n'a été faite jusqu'à présent en ce qui concerne le droit d'étudier ces situations.

3. Pour ce qui est des Etats parties au Pacte, la Commission et d'autres organes estiment que la clause de dérogation fixe le régime légitime applicable, bien que la qualité de l'analyse juridique et des jugements portés dépende des différents organes et des groupes de travail spéciaux. Plusieurs de ces rapports contiennent une analyse approfondie de la façon dont les conditions strictes de la clause de dérogation ont été respectées⁴. Dans le cas de la Pologne, le Sous-Secrétaire Général des Nations Unies a envoyé au Gouvernement polonais un questionnaire très détaillé en lui demandant des renseignements complets sur la façon dont l'état d'urgence déclaré en 1981 affectait non seulement les droits intangibles mais aussi ceux qui peuvent être suspendus en vertu de l'article 4, une suspension disproportionnée des droits ayant été supposée dans ce cas⁵.

¹ Voir E/CN.4/1985/21 (19 février 1985), p. 11 (Ermacora cite la Commission des Nations Unies sur l'Afrique du Sud qui affirmait "le droit universel d'étude et de recommandation" relatif aux problèmes généraux des droits de l'homme, A/2505).

² Brownlie, "Principles of Public International Law", 4e éd., Oxford, 1990, p. 571.

³ Voir, entre autres: E/CN.4/1310 (1979), annexe XXII "Observations du Gouvernement du Chili concernant le rapport du Groupe de travail spécial." Voir aussi le rapport lui-même, p. 2 ss. et A/31/253 (8 octobre 1976), "Rapport du Groupe de travail spécial sur la situation des droits de l'homme au Chili", par. 49; par. 89 ss, E/CN.4/1983/18 (21 février 1983), "Rapport sur la situation en Pologne par le Sous-secrétaire Hugo Gobbi", p. 2; E/CN.4/1985/21 (19 février 1985), "Rapport sur l'Afghanistan du professeur Ermacora", p. 11.

⁴ Voir les rapports sur le Chili, E/CN.4/1310 (1979), p. 14-16; A/31-253 (1976).

⁵ E/CN.4/1984/26, p. 4-6. Voir aussi la Résolution 1982/26 de la Commission des droits de

4. Un autre pas a été fait par le Groupe de travail spécial sur le Chili lorsqu'il a appliqué la clause de dérogation de l'article 4 à ce pays avant même l'entrée en vigueur du Pacte. Bien que l'on puisse affirmer, selon l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, que le Chili, une fois qu'il eut signé et ratifié le Pacte, était tenu de ne pas commettre d'actes allant à l'encontre de l'objet et du but du traité¹, le Groupe de travail spécial raisonnait autrement. Il exigeait que le Chili respecte les principes fondamentaux de la clause de dérogation comme élément du droit international général. Dans son premier rapport de 1975, le Groupe déclarait que "ces dispositions (de l'article 4) correspondent aux normes internationales généralement reconnues en matière d'exercice des droits de l'homme dans des situations d'urgence". Les dispositions expressément mentionnées par le Groupe étaient les principes fondamentaux de la clause de dérogation, à savoir, les principes de la menace exceptionnelle, de la proportionnalité, de la cohérence, de l'intangibilité des droits fondamentaux (en particulier les articles 6, 7, 8, 15 et 18) et de la non-discrimination².

Dans son deuxième rapport, le Groupe de travail spécial a réaffirmé cette doctrine et en a précisé le fondement juridique. Il a notamment déclaré que "l'article 4 du PIDCP, qui a été ratifié par le Chili et devrait entrer en vigueur le 23 mars 1976, peut être considéré comme un élément du droit international général régissant les droits de l'homme en ce qui concerne les situations d'urgence et les limites pouvant être imposées à ces droits"³. Afin d'appuyer ce point de vue, le Groupe a invoqué les clauses de dérogation des Conventions européenne et américaine qui renferment les mêmes principes. Cette position est très proche de la doctrine de la CIADH et de l'opinion juridique du Rapporteur spécial de la Sous-Commission des Nations Unies.

5. Malheureusement, un des aspects caractérisant de nombreux rapports des Rapporteurs spéciaux des Nations Unies et des Groupes de travail spéciaux dans des cas mettant en cause des Etats non parties au Pacte est l'absence d'analyse des critères juridiques servant à évaluer le respect des normes des droits de l'homme dans des situations d'urgence⁴. Dans la plupart des cas, ces organes ne font que

l'homme de l'ONU (arrestation arbitraire, déni de la liberté d'expression, rassemblements pacifiques, droit de constituer des syndicats indépendants et d'y adhérer, etc.).

¹ E/CN.4/SR.1273 (1974), observations de Cassese (Italie), p. 85.

² A/10285 (7 oct. 1975), p. 42, par. 106.

³ E/CN.4/1188 (4 fév. 1976), p. 20 par. 59.

⁴ Voir les observations du Rapport de l'ADI à la Conférence de Séoul, 1986, concernant le cas de la Bolivie, du Guatemala et de la Guinée équatoriale, pp. 19-20.

mentionner les violations flagrantes des droits fondamentaux qui se sont produites. La base juridique permettant de déterminer s'il y a eu des violations est constituée des obligations juridiques imposées aux Etats par la Charte des Nations Unies et des dispositions de la DUDH qui sont devenues un élément du droit coutumier¹. Les Rapporteurs spéciaux et les organes ayant des fonctions similaires ont insisté avant tout sur le principe de l'intangibilité des droits fondamentaux en tant que principe du droit international général. Par exemple, le Rapporteur spécial pour l'Iran (Andres Aguilar) a soutenu que les dispositions fondamentales de la DUDH font désormais partie du droit international coutumier et qu'un grand nombre d'entre elles sont devenues des normes du *jus cogens*². Dans plusieurs cas, l'article 4 du Pacte a été invoqué comme "interprétation faisant autorité" de la Charte et de la DUDH sur cette question du respect des droits de l'homme dans des situations d'urgence³.

Une brève analyse du cas de l'Afrique du Sud du temps de la dictature servira à montrer la position générale prise par les organes des Nations Unies sur la question de la surveillance du respect par les Etats des droits de l'homme dans des situations d'urgence.

Le cas de l'Afrique du Sud. Ce cas nous intéresse dans la mesure où il s'agit d'un Etat qui n'était pas partie au Pacte et qui a déclaré l'état d'urgence, mais aussi parce que ce cas a bénéficié d'une attention considérable de la part de la communauté internationale et des organes de l'ONU.

Un constitutionnaliste sud-africain de renom a fait observer que "depuis quelques années ... les lois sur la sécurité en Afrique du Sud font l'objet d'une attention égale à celle consacrée à ses lois raciales"⁴. En fait, depuis 1967 au moins, les organes des Nations Unies suivent de près la situation des droits de l'homme en Afrique du Sud sous le régime des lois sur la sécurité. A mesure que croissait l'opposition de la population noire à l'apartheid, les autorités sud-africaines ont dû recourir à toutes sortes de mesures pour mettre fin aux troubles. Il est donc intéressant d'examiner de quelle façon les organes des Nations Unies ont réagi et de rechercher sur quels principes ils ont fondé leur analyse des normes relatives aux droits de l'homme en situation d'urgence.

¹ Voir par exemple le Rapport sur l'Iran, E/CN.4/1985/20, p. 8-9, et le Rapport sur l'Afghanistan, E/CN.4/1985/21, p. 36.

² Rapport sur l'Iran, E/CN.4/1985/20, pp. 19-20.

³ Voir les positions de MM. Aguilar et Gross Espiell dans E/CN.4/1985/20, pp. 8-9 et E/CN.4/1500, p. 52 respectivement.

⁴ J. Dugard, "The Conflict between International Law and South-African Law", *South-Africa Journal of Human Rights*, 2 (1986) 6.

Comme dans bien d'autres cas où les organes des Nations Unies s'efforcent d'évaluer le respect des obligations en matière de droits de l'homme, les Etats faisant l'objet d'un examen invoquent généralement pour se défendre l'argument de la juridiction intérieure. L'Afrique du Sud n'a pas fait exception, et a soutenu que les mesures prises par un Etat pour assurer la sécurité nationale relève exclusivement de la juridiction intérieure de cet Etat¹. Le professeur Dugard a montré que cette prise de position, qui semble être fondée dans son principe, souffre deux exceptions: les lois sur l'état d'urgence peuvent en fait devenir un objet de préoccupation internationale, soit lorsqu'elles sont à ce point arbitraires et répressives qu'elles sont contraires aux normes du droit international coutumier en matière de droits de l'homme, soit lorsqu'elles sont utilisées par un groupe racial pour en réprimer un autre d'une façon qui est contraire au principe de la non-discrimination². Cette thèse du professeur Dugard rejoint la position actuelle du droit international général sur les droits de l'homme³. Il est évident que les Etats ne peuvent invoquer l'argument de la défense pour justifier des violations flagrantes des droits de l'homme⁴.

En outre, certains droits ont déjà acquis le statut non seulement de droit coutumier, mais aussi de *jus cogens*; il s'agit de droits intangibles au regard du droit international général, même dans les états d'exception: le droit à la vie, le droit à la protection contre l'esclavage, la torture et d'autres traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, contre la discrimination raciale systématique et contre la détention arbitraire prolongée⁵. Il en résulte que même les Etats non parties au Pacte sont tenus, dans les états d'urgence, de respecter ces principes comme un élément du droit international coutumier.

¹ Voir la réaction de l'Afrique du Sud à la Résolution 418 (1977) dans sa lettre du 4 novembre 1977 au Secrétaire Général des Nations Unies (cité dans Dugard, "Conflict", p. 16).

² Dugard, "Conflict", p. 16.

³ Voir L. Henkin, "Human Rights and Domestic Jurisdiction", dans T. Buergenthal (directeur de la publication), "Human Rights, International Law and the Helsinki Accord" (New-York, 1977), p. 21 ss. Voir aussi F. Ermacora, "Human Rights and Domestic Jurisdiction", Recueil, 124.2 (1968), pp. 371-451.

⁴ Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ont maintes fois insisté sur la nécessité de cesser d'invoquer l'état d'urgence ou de siège dans le but de violer les droits de l'homme (par exemple, Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 31/124 du 15 décembre 1979).

⁵ Voir Oraá, *op. cit.*, p. 215 ss. (US Restatement).

Au cours des années, les rapports du Groupe de travail spécial sur l'Afrique du Sud ont rendu compte des violations flagrantes de la plupart de ces droits fondamentaux qui ont eu lieu dans ce pays¹. C'est un fait bien connu que l'Afrique du Sud a officiellement déclaré l'état d'urgence le 21 juillet 1985². Toutefois, étant donné les lois rigoureuses sur la sécurité en vigueur avant cette date, "on peut dire que les Sud-africains noirs ont toujours vécu dans un état d'urgence permanent"³. Il y a peu de différence entre les normes appliquées par le Groupe avant et après la déclaration officielle de l'état d'urgence, essentiellement parce que les rapports sont consacrés à la violation des droits qui ne peuvent faire l'objet de dérogation. Une brève analyse de ces deux phases permettra d'en apporter clairement la preuve.

Avant la déclaration officielle de l'état d'urgence en 1985: avant la déclaration, le Groupe de travail a constaté de nombreuses violations des droits individuels fondamentaux. Il a ainsi rendu compte des actes suivants contre le droit à la vie, pour lesquels le gouvernement a été tenu responsable: décès en prison, disparitions, meurtres par les forces de police en raison de l'usage disproportionné de la force contre des manifestants désarmés, application de la peine capitale allant à l'encontre des normes internationales généralement acceptées, à savoir pour des délits mineurs, lors de procès sommaires inéquitables et sans pléines garanties d'une procédure régulière, discrimination contre les Noirs dans la plupart des condamnations à mort, enfin application rétroactive de la peine de mort⁴.

Quant aux violations du droit d'être protégé *contre la torture* ou les traitements et châtiments inhumains ou dégradants, le Groupe a constaté qu'il existait en Afrique du Sud une "pratique administrative" de la torture et des mauvais traitements infligés aux prisonniers et détenus, y compris les enfants. Il a aussi constaté que la pratique de la *détention arbitraire prolongée* était contraire aux normes internationales fondamentales; ces détentions pouvaient durer jusqu'à six mois, le

¹ Voir entre autres E/CN.4/950 (1967), E/CN.4/984 et Add.1: 1-18 (1969); E/CN.4/1020 (1970); E/CN.4/1050 (1971); E/CN.4/1076 (1972); E/CN.4/1111 (1973); E/CN.4/1135 (1974); E/CN.4/1159 (1975); E/CN.4/1222 (1977); E/CN.4/1270 (1978); E/CN.4/1485 (1982); E/CN.4/1985/8 (1985); E/CN.4/1986/8 (1986); E/CN.4/1987/8 (1987); E/CN.4/1988/8 (1988).

² L'état d'urgence a été reconduit tous les ans, la dernière fois le 8 juin 1989. Toutefois, le 8 juin 1990, le président De Klerk a annoncé la fin de cette situation (sauf dans le territoire du Natal). Voir E/CN.4/Sub.2/1990/33 et Add.2 (17 août 1990).

³ E/CN.4/1986/6 annexe (3 septembre 1985), p. 1, "Violations des droits de l'homme en Afrique australe: Rapport du Groupe spécial d'experts".

⁴ Le "US Restatement" considère aussi que la peine capitale pour des délits mineurs est contraire au droit international général lorsqu'elle est "en disproportion flagrante avec le délit commis", ii. 164.

détenu étant généralement maintenu au secret sans aucun contact avec un avocat et sans comparution devant un juge. Enfin, tous les rapports font état de violations du *principe de non-discrimination*. Sans parler du régime entier de l'apartheid en tant que système fondé sur la discrimination¹, l'application des lois d'exception s'est aussi révélée discriminatoire dans plusieurs domaines, par exemple dans l'application de la peine capitale, dans les restrictions au droit à la liberté de mouvement et de résidence, dans la description des camps de travail, etc.

Depuis l'imposition d'un état d'urgence officiel jusqu'au rétablissement de la démocratie: depuis la déclaration de l'état d'urgence en 1985, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a condamné "l'escalade dramatique des violations des droits de l'homme"². Dans son évaluation préliminaire de l'état d'urgence, le Groupe de travail spécial a signalé certaines pratiques contraires aux normes internationales du genre précédemment indiqué³.

Les normes juridiques dont ces pratiques sont une violation étaient, selon le Groupe, énoncées comme principes généraux du droit dans la DUDH, le PIDCP et d'autres instruments juridiques. Par exemple, les lois sur la détention, en raison de leur caractère arbitraire et du manque de sauvegardes contre d'éventuels abus, étaient une violation de l'article 9 de la DUDH et des principes généraux du droit. Les dispositions sur la peine capitale, la discrimination, la pratique de la torture et le recours à une force excessive et disproportionnée par les autorités de police sont aussi considérées comme des violations d'autres articles de la Déclaration universelle. Même en l'absence d'accord général sur le fait que la Déclaration dans son intégralité fait déjà partie du droit international général ou qu'elle est un reflet des principes généraux du droit, personne ne doute que les normes qui s'appliquent à ces droits fondamentaux mentionnés par le Groupe sont devenues des éléments du droit international général et certaines des normes de *jus cogens*.

Dans l'évaluation préliminaire de l'état d'urgence, le Groupe d'experts des Nations Unies a estimé que certains éléments de la législation sud-africaine étaient contraires au principe de la proportionnalité, étant donné les normes de l'article 4 du Pacte⁴. Par exemple, le principe de la proportionnalité est considéré comme un

¹ Pour une bonne analyse du problème, voir V. Jaichand, "International Human Rights Law, South Africa and Racial Discrimination", *Journal of Legislation*, 15, Faculté de droit de Notre Dame, pp. 29-44.

² Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Résolution 1988/9.

³ Voir E/CN.4/1986/6, "Violations des droits de l'homme en Afrique australe: rapport du Groupe spécial d'experts", Appendice: "Évaluation préliminaire de l'état d'urgence."

⁴ *Ibid.*, p. 2, par. 7.

principe général du droit lorsqu'il s'agit de juger, en dehors du droit des traités, de la légalité de restrictions aux droits de l'homme en situation d'urgence. En outre, l'article 4 en tant que déclaration de normes internationales relatives aux droits de l'homme dans des situations d'urgence, applicables à tous les Etats, a aussi servi de directive à une étude récente de la Commission internationale de juristes, qui, parmi tous les principes contenus dans cet article, insiste en particulier sur celui de l'intangibilité¹. Il est intéressant de constater que la Commission s'est fondée sur la clause de dérogation du Pacte comme critère juridique pour évaluer le respect des droits de l'homme dans des situations d'urgence après avoir fait observer que l'Afrique du Sud n'avait pas nié avoir des obligations internationales en ce qui concerne les droits de l'homme, mais s'était efforcée d'en justifier le non-respect avec l'argument de la force majeure². La Commission internationale de juristes, rejoignant la position d'autres organismes internationaux, subordonne la légalité de l'argument de la nécessité aux strictes conditions des principes fondamentaux de la clause de dérogation définissant le régime juridique applicable en droit international général. Selon ce rapport, les violations flagrantes des droits intangibles ne sauraient être excusées ou justifiées par une prétendue urgence nationale.

Le cas de l'Afrique du Sud au cours des dernières décennies (heureusement, cette époque est maintenant révolue) et la réaction des organes de l'ONU font ressortir plusieurs points importants:

1. Tous les Etats ont l'obligation internationale de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales, même s'ils ne sont parties à aucun traité international général sur les droits de l'homme;
2. Bien que la question des mesures de dérogation vis-à-vis de normes des droits de l'homme prises dans des situations d'urgence ou pour des raisons de sécurité nationale relève en principe exclusivement de la juridiction interne de l'Etat, elle prend une dimension internationale lorsque ces mesures se traduisent par des violations flagrantes des droits fondamentaux;
3. La violation de certains droits fondamentaux tels que ceux mentionnés par le Groupe de travail spécial de l'ONU n'est jamais admissible, même pour faire face à une situation d'urgence: ces principes font partie du droit international coutumier (comme le signale le *Réexposé du droit* aux Etats-Unis) ou des

¹ G. Bindman (directeur de la publication), "South-Africa: Human Rights and the Rule of Law", Londres, 1988.

² *Ibid.*, pp. 148-149. Pour un autre argument du Gouvernement de l'Afrique du Sud, voir Oraá, "Human Rights in States of Emergency", p. 254.

principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées (comme l'a déclaré plusieurs fois le Groupe de travail).

4. Les principes fondamentaux de la clause de dérogation, notamment le principe de la proportionnalité, sont d'importantes directives aidant à évaluer, comme matière du droit international général, la légalité des restrictions aux droits de l'homme même pour des Etats non parties au Pacte qui s'efforcent de justifier le non-respect de leurs obligations découlant du droit coutumier en invoquant l'argument de la nécessité.

iii) *Pratique de l'Organisation Pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)*

Un phénomène nouveau aussi intéressant que favorable, qui mérite une attention spéciale, est celui de la pratique de l'OSCE, qui a eu pour effet de fixer des normes et des procédures concernant les dérogations aux principes des droits de l'homme. Aux réunions de Copenhague et de Moscou¹, les membres de l'Organisation ont réaffirmé leur attachement au respect des droits de l'homme dans des situations d'urgence en invoquant essentiellement les mêmes principes que ceux de la clause de dérogation des traités, à savoir les principes de menace exceptionnelle, de proportionnalité, d'intangibilité des droits fondamentaux et de non-discrimination. Les comptes rendus mentionnent aussi le respect des obligations juridiques internes pour tout Etat qui se propose de déclarer l'état d'urgence. Un autre aspect intéressant de ces documents est la référence à l'obligation des Etats de préserver la liberté d'expression et d'information, en permettant notamment la libre circulation de l'information et des idées concernant les droits de l'homme. Il semblerait que l'OSCE ait ainsi allongé la liste des droits intangibles.

Par ailleurs, l'Organisation insiste sur l'obligation pour chaque Etat membre de fournir aux autres des renseignements concernant toute situation d'exception qui a été décrétée et les droits auxquels il est fait dérogation. C'est en quelque sorte une reconnaissance du principe de la notification devant être faite aux autres Etats parties à des traités.

Au cours des dix dernières années, une douzaine d'Etats membres de l'OSCE ont décrété l'état d'urgence. Malheureusement, comme on l'a signalé, "le bilan des notifications par cette douzaine d'Etats membres est loin d'être satisfaisant: les notifications reçues par les organes de l'OSCE sont inexactes et rarement faites à

¹ *Document de Copenhague (1990), par. 25 (29 ILM (1990) 1305); Document de Moscou (1991) par. 28.1-28.10 (30 ILM (1991) 1683).*

temps. Jusqu'à présent, le respect des obligations prévues par le régime de Moscou apparaît comme irrégulier, partiel et, selon tous les critères, insuffisant"¹.

Il conviendrait donc d'accorder dans le cadre de l'OSCE une attention bien plus grande à la question des états d'urgence. A cet égard, il semblerait que le régime de Moscou devrait être renforcé par des dispositions supplémentaires engageant les Etats à répondre aux demandes d'information bilatérales ou multilatérales, à autoriser des visites sur place de l'OSCE dans les régions où des mesures de dérogation sont en vigueur et à soumettre à l'Organisation des rapports périodiques.

d. *Acceptation de ces principes par les Etats non parties aux traités sur les droits de l'homme*

Enfin, un autre facteur contribuant à intégrer les normes des traités au droit international coutumier est leur reconnaissance par les Etats non signataires des traités relatifs aux droits de l'homme. Etant donné le caractère quasi-universel de certains de ces traités multilatéraux (par exemple le PIDCP) énonçant des principes fondamentaux en matière de droits individuels, il est très peu probable que les Etats non parties à ces traités rejettent ouvertement ces normes de portée générale, ce qui aboutira à une reconnaissance explicite par ces Etats de leur caractère juridiquement obligatoire. Les preuves examinées dans ce chapitre pour certains des principes de la clause de dérogation confirment ce point de vue. Dans le système interaméricain, aucun Etat, pas même ceux mis en cause, n'a jamais critiqué pour des motifs juridiques l'application par la CIADH des principes de la clause de dérogation aux Etats non parties à la Convention américaine².

De même, au sein du système des Nations Unies, aucun Etat n'a jamais fait objection au travail ou aux positions de principe du Rapporteur spécial sur l'application des principes de la clause de dérogation aux Etats non parties au Pacte. Cela est vrai de l'application des mêmes principes par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et d'autres organismes spécialisés³.

Une manifestation particulière de l'acceptation implicite de la formation du droit international coutumier en matière de droits de l'homme a été signalée par

¹ Gheballi, V.Y., "The Human Dimension Regime on States of Public Emergency", OSCE, ODIHR Bulletin (1995), vol. 4, No 1, pp. 32-38. Ce texte est une bonne étude des normes contenues dans les documents de Copenhague et de Moscou et des pratiques récentes suivies par les Etats dans le cadre de l'OSCE.

² Voir ci-dessus les principes appliqués par la CIADH.

³ Voir ci-dessus les principes appliqués par la Commission des droits de l'homme de l'ONU.

Schachter dans ses commentaires sur la réaction des Etats aux critiques internationales concernant des violations des droits de l'homme. Il a notamment déclaré:

"Il importe aussi de déterminer si le comportement incriminé est défendu comme légitime par ses auteurs ou si, comme c'est souvent le cas, ceux-ci en nient l'existence même. Dans ce dernier cas, on peut conclure de manière plausible que l'Etat accepte les principes en cause tout en les déclarant inapplicables en l'espèce¹."

Cela semble être le cas, par exemple, de l'Afrique du Sud, qui n'a pas contesté les principes invoqués par le Rapporteur spécial mais a nié que les actes incriminés aient jamais eu lieu². Cette position accroît sans aucun doute la force juridique des normes de la clause de dérogation invoquées par le Rapporteur spécial.

5. Application des principes de la clause de dérogation à d'autres domaines du droit international
 - a. *La responsabilité de l'Etat pour des préjudices causés aux étrangers (droits individuels des étrangers dans les états d'urgence en droit international général)*

La responsabilité des Etats pour des préjudices causés aux ressortissants d'autres Etats est un domaine bien connu du droit international, qui a précédé dans le temps la protection internationale des droits individuels en général. Il ne fait aucun doute qu'actuellement ces deux matières du droit international s'interpénètrent et se renforcent l'une l'autre parce que les deux s'efforcent en dernier ressort de protéger les droits individuels contre d'éventuels abus commis par l'Etat. Toutefois, elles conservent aussi une certaine autonomie. En outre, en dehors des droits qu'un Etat est obligé de respecter pour toutes les personnes soumises à sa juridiction, il existe dans le droit de la responsabilité des Etats pour préjudices causés aux étrangers certains préjudices qui ne sont pas reconnus comme violations des droits de l'homme³. Il est intéressant dans ce contexte de chercher à savoir quels principes régissent les droits individuels des étrangers dans des situations d'urgence selon cette branche du droit international. Le récent *Réexposé*

¹ Schachter, "General Course in Public International Law: International Law in Theory and in Practice", *Recueil*, 178.5 (1982), pp. 9-396, p. 338.

² E/CN.4/Sub.2/1989/30/Add.1, *Réponse du Gouvernement de l'Afrique du Sud*, pp. 6-13.

³ Voir la récente formulation de ces obligations dans le "U.S. Restatement", ii. 184 ss.

du droit aux Etats-Unis s'est efforcé de répondre à cette question selon les principes généraux du droit international régissant la responsabilité des Etats¹.

Après avoir rappelé qu'il existe dans le droit international moderne des droits individuels considérés comme intangibles et obligatoires pour tous les Etats, le *Réexposé* donne une explication détaillée du régime juridique implicite dans la clause de dérogation du Pacte (article 4) et ajoute: "Les dérogations en situation d'urgence admissibles en vertu du Pacte sont vraisemblablement admissibles aussi en vertu de la présente section (Responsabilité de l'Etat pour préjudices causés aux étrangers) dans le cas de ressortissants d'autres Etats en ce sens qu'elles relèvent du droit coutumier". En conséquence, sous réserve du principe de la proportionnalité cité à l'article 4 du Pacte, "un Etat pourrait légalement saisir ou régir des biens et détenir des personnes ou en régir les activités, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers"². En d'autres termes, la conclusion du *Réexposé* américain est que les principes de la clause de dérogation du Pacte, notamment le principe de la proportionnalité, déterminent à première vue le régime des dérogations aux droits individuels des étrangers lors de situations d'urgence, en tant que relevant du droit international coutumier. Cette position renforce encore la notion que les principes fondamentaux de la clause de dérogation apparaissent désormais comme des principes du droit international général et agit donc dans le même sens que les conclusions de la CIADH, des organes de l'OIT et du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies.

Cette position du *Réexposé* revêt aussi un autre aspect important. Au début de ce chapitre, nous avons montré que le régime juridique implicite dans la clause de dérogation est une application et une adaptation de la doctrine de la raison d'Etat aux droits de l'homme dans des situations d'urgence. Cette doctrine en droit international est envisagée comme une justification de la non-exécution d'une obligation juridique lorsque certaines conditions strictes sont remplies; elle exclut donc la notion de responsabilité de l'Etat. La position prise par les organes de l'OIT sur le régime juridique applicable aux Conventions de l'OIT portant sur des questions de droits de l'homme, mais sans clause de dérogation, a consisté à appliquer à ces droits la doctrine de la nécessité en droit international général, bien que, comme on l'a vu, la formulation de certains de ces principes ait été empruntée à la clause de dérogation du Pacte³. La position du *Réexposé*, en revanche, va plus loin en ce sens que lorsqu'il faut appliquer à cette question les principes généraux

¹ *Ibid.*, p. 185, observation a.

² *Ibid.*, p. 189, observation h.

³ *Sur la doctrine des organes de l'OIT, notamment les affaires polonaise et grecque, voir ci-dessus, chap. 9.*

du droit international (droits individuels des étrangers dans des situations d'urgence), il applique, au lieu de la doctrine de la nécessité qui semblerait à première vue un choix évident, l'article 4 du Pacte (qui contient des principes analogues) comme matière du droit international général. Cette position confirme la possibilité de recourir aux principes essentiels de la clause de dérogation comme droit international général, dans l'hypothèse que ces principes sont une adaptation appropriée de la doctrine de la nécessité à l'exercice des droits de l'homme dans des situations d'urgence.

b. *Le droit de l'occupation par une puissance belligérante: le cas d'Israël*

Les principes fondamentaux de la clause de dérogation pourraient jouer un rôle important dans l'application aux territoires occupés des traités sur les droits de l'homme. En fait, la souplesse de la clause de dérogation (grâce principalement au principe de proportionnalité) pourrait compléter les normes de la Quatrième Convention de Genève et équilibrer les deux éléments primordiaux du régime général de l'occupation en droit international, à savoir les impératifs militaires de l'occupation et le bien-être de la population¹. Le cas des territoires occupés par Israël peut servir à illustrer en droit international général l'application de cette position tout à fait fondée.

La situation dans les territoires occupés a été pendant de nombreuses années, et est encore, une situation très particulière au regard du droit international: premièrement, parce que le principal instrument international applicable aux droits de l'homme est la Quatrième Convention de Genève de 1949 qui traite du droit de l'occupation; deuxièmement, parce que même si la situation dans les territoires, étant donné les troubles continuels, relève de l'article 4 du PIDCP en tant que "danger public exceptionnel <menaçant> l'existence de la nation", Israël n'était pas partie au Pacte jusqu'à une date très récente et que, de ce fait, la clause de dérogation ne pouvait pendant de nombreuses années lui être appliquée en tant que droit normatif; enfin, troisièmement, parce que, malgré les dispositions détaillées contenues dans la Quatrième Convention de Genève sur les droits individuels des civils dans des territoires occupés, il est évident qu'il faut les élargir pour y inclure les autres droits individuels définis dans d'autres instruments internationaux tels que la DUDH et le PIDCP, en raison notamment du caractère prolongé de l'occupation militaire. D'où l'opinion suivante de Cohen:

"La DUDH, et les Pactes internationaux en tant qu'interprétations de cette Déclaration, peuvent servir à compléter le droit traditionnel de l'occupation par une puissance belligérante afin d'assurer à la population

¹ L. Oppenheim, "International Law, ii. Disputes, War and Neutrality", 7e édition, H. Lauterpacht (directeur de la publication), Londres, 1952, p. 430.

civile le maximum de protection en matière de droits de l'homme en cas d'occupation militaire prolongée d'un territoire. Bien que la Déclaration universelle n'ait pas force de loi et que les Pactes n'aient ce caractère que pour les Etats qui les ont ratifiés, l'application du droit des libertés individuelles exprimées dans ces instruments peut servir de guide à la puissance occupante dans le traitement qu'elle réserve aux populations en cas d'occupation militaire prolongée"¹.

Selon ce même point de vue, en cas d'occupation, un gouvernement est tenu de respecter trois principes fondamentaux: ceux de l'intangibilité, de la cohérence (au regard de ses obligations internationales découlant des Conventions de la Haye et de Genève et d'autres instruments internationaux éventuels) et de la non-discrimination. Le principe de la proportionnalité est aussi applicable en ce sens que "plus une situation de conflit armé devient une situation de temps de paix, plus les droits de l'homme contenus dans la Déclaration universelle et les Pactes sont applicables"².

D'autre part, Meron a signalé que

"un Etat dans la situation qui est celle d'Israël est certainement en droit d'invoquer des raisons de sécurité pour déroger à certaines dispositions de la Déclaration universelle, mais il devrait se donner comme but premier de reconnaître au maximum les droits de l'homme dans la mesure où cela est compatible avec des considérations impératives et légitimes de sécurité"³.

Merón se range à l'avis que les dérogations aux obligations en matière de droits de l'homme ne sont admissibles que si les événements les rendent nécessaires et que si elles sont proportionnelles aux dangers que ces événements présentent⁴.

Ces principes de nécessité et de proportionnalité sont précisément parmi les plus importants des clauses de dérogation contenues dans les trois traités. Cette position confirme donc la thèse générale de la présente section sur l'applicabilité de certains de ces principes de la clause en tant que droit international général, ce

¹ E. Cohen, *"Human Rights in the Israeli-Occupied Territories, 1967-1982"*, Manchester, 1986, p. 9.

² *Ibid.*, p. 65.

³ T. Meron, *"West Bank and Gaza: Human Rights and Humanitarian Law in the Period of Transition"*, *Israel YBHR* 9 (1979), 113.

⁴ *Ibid.*

qui les rend donc obligatoires même pour les Etats non parties au Pacte. L'on notera avec intérêt qu'Amnesty International a aussi invoqué l'article 4 du Pacte pour évaluer les droits d'une population sous occupation par une puissance belligérante¹.

6. Les principes de la clause de dérogation en tant que "principes généraux du droit"

Une autre preuve vient renforcer la position selon laquelle les principes essentiels de la clause de dérogation peuvent être considérés comme un élément du droit international général. Ces principes peuvent être considérés comme principes généraux du droit reconnus par la plupart des systèmes juridiques dans le monde selon l'article 38 du Statut de la CIJ. En fait, Meron signale qu'il est surprenant que "les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées" ... n'aient pas bénéficié d'une plus grande attention comme méthode permettant d'obtenir une reconnaissance juridique plus large des principes de la Déclaration universelle et d'autres instruments des droits de l'homme. Il ajoute: "à mesure que les normes relatives aux droits de l'homme énoncées dans les instruments internationaux s'intègrent aux droits nationaux ...", l'article 38 1) c) deviendra de plus en plus fréquemment un des principes fondamentaux permettant la maturation de ces normes et leur inclusion dans le droit international." La distinction entre droit coutumier et principes généraux finira donc par s'estomper². Le récent *Réexposé du droit* aux Etats-Unis considère aussi comme une des sources des obligations internationales en matière de droits de l'homme les "principes généraux du droit communs à tous les grands systèmes juridiques dans le monde"³.

La pratique de l'état d'urgence et les entorses qu'elle fait subir aux droits de l'homme est très ancienne en droit public, remontant jusqu'à l'époque des Romains. Cette pratique est née dans des situations exceptionnelles d'un caractère temporaire, lorsque l'existence de la nation était considérée menacée. Le droit public moderne a reconnu cette pratique et l'a intégrée à ces principes. Plusieurs auteurs ont fait remarquer que la plupart des systèmes législatifs nationaux modernes prévoient de telles dispositions et que celles-ci ressemblent par certains côtés à la clause de dérogation. Par exemple, Mme Questiaux affirme que "les

¹ *Amnesty International, Report and Recommendations of an Amnesty International Mission to the Government of the State of Israel (3-7 June 1979) including the Governments' response and Amnesty International's Comments, Londres, 1980, p. 47.*

² Meron, "Human Rights and Humanitarian Norms", pp. 88-89.

³ "U.S. Restatement", ii. 152. Voir les observations intéressantes de Merrills sur le rôle joué par certains principes généraux du droit dans la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme, "Development", pp. 160-183.

garanties acquises en droit international <à travers les principes de la clause de dérogation> sont le reflet de celles généralement admise ... par les lois internes"¹. Comme on l'a signalé à propos de la Convention européenne, la clause de dérogation est une transposition dans cette Convention de principes déjà reconnus dans la législation des Etats européens². En outre, l'auteur d'une étude récente a soutenu qu'il y a une convergence frappante entre les principes qui sont progressivement apparus dans le droit international public et les principes codifiés dans les constitutions ou nés de décisions judiciaires dans les différents systèmes de droit³. Par ailleurs, Despouy considère que le droit international a rassemblé et systématisé des garanties déjà reconnues dans la législation interne; ce faisant, le droit international, grâce à la clause de dérogation du Pacte, a comblé certaines lacunes des législations nationales⁴. D'autres auteurs voient dans la clause de dérogation du Pacte, qui est le reflet de la doctrine de la suspension des droits de l'homme dans des situations d'urgence, un principe général du droit reconnu par les grands systèmes juridiques⁵.

Il est évident qu'il faut agir avec beaucoup de prudence lorsqu'on transpose les principes d'un droit interne sur le plan du droit international, même si ces principes figurent déjà dans la plupart des systèmes juridiques. En droit international, cette démarche doit être accomplie de manière restrictive, son but premier étant de combler les lacunes dans les autres sources de droit international (traités et droit coutumier). Les principes généraux semblent toutefois avoir joué un rôle important, notamment dans ce domaine des relations entre Etats et particuliers⁶. Si cela est vrai, l'on pourrait recourir aux principes généraux du droit dans des cas relatifs à l'exercice des droits de l'homme dans des situations

¹ Questiaux, *Etude*, p. 16, par. 73.

² Ergec, "Les droits de l'homme", pp. 56-100; Ganshof van der Meersch, "La protection des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé", "Rapports généraux du IXe Congrès international de droit comparé" (Téhéran 1974), Bruxelles, 1977, p. 659 ss. Pour le système américain, voir Norris et Desio, "The Suspension of Guarantees". Le régime des situations d'urgence que l'on trouve dans les nouvelles constitutions des Etats africains rejoint les principes de la clause de dérogation; voir B.D. Nwabueze, "Constitutionalism in the Emergent States", Londres, 1973, pp. 174-353.

³ A. M. Singhvi, "The Law of Emergency Powers: a Comparative Study", thèse de doctorat, Cambridge, 1986, p. 638.

⁴ Despouy, "Etats d'exception", p. 4.

⁵ Kaufman et Mosher, "General Principles of Law and the United Nations Covenant on Civil and Political Rights", *ICLQ* 27 (1978), 610-613.

⁶ Voir les observations intéressantes de O. Schachter sur ce point dans "General Course", p. 74 ss.

d'urgence, afin de combler les vides dans les règles applicables aux Etats non parties aux traités sur les droits de l'homme contenant une clause de dérogation, pratique en fait déjà suivie par la CIADH et les organes de l'OIT. Le fait d'inclure dans le droit international les principes du droit interne relatifs à l'exercice des droits de l'homme en situation d'urgence, tels que reflétés dans les clauses de dérogation des trois principaux traités, prouve que ce sont de ceux que l'on peut appliquer au niveau international¹. A cet égard, Schachter estime que les principes du droit national sont souvent de ceux qui se prêtent à une application internationale dans le domaine des droits de l'homme².

III. Principes en voie de formation comme principes du droit international général régissant l'exercice des droits de l'homme dans des situations d'urgence

A la lumière de tous les indices trouvés jusqu'à présent sur les principes de la clause de dérogation, il semblerait que certains d'entre eux soient en train de devenir des principes du droit international général³. Ces principes sont, en premier lieu, ceux qui sont communs à la doctrine de la nécessité et à la clause de dérogation, à savoir les principes de la menace exceptionnelle, de l'intangibilité des droits fondamentaux et de la proportionnalité. A ces principes communs il faut ajouter le principe de la non-discrimination, qui semble être dans un état très avancé de cristallisation⁴. L'on pourrait aussi dire que certains de ces principes de

¹ Schachter constate que la plus importante restriction à l'application des principes du droit interne au niveau international est liée à l'obligation de s'assurer que ces principes sont bien ceux qui conviennent à ce niveau. *Ibid.*, p. 78.

² *Ibid.*, p. 79.

³ La notion de "règles (ou principes) en voie de formation dans le droit international coutumier" a été utilisée par la CIJ dans les affaires relatives au Plateau continental de la mer du Nord, voir par. 61, 62, 63 et 69. Voir aussi l'opinion dissidente de Sorensen, p. 244.

⁴ La thèse selon laquelle ces principes sont en train de devenir des principes du droit international général a été provisoirement avancée par certains auteurs. Un des commentateurs des "principes de Syracuse" a en effet fait remarquer que "le respect de ces principes est en train de devenir un élément du droit international coutumier relatif aux droits de l'homme": O'Donnell, "Human Rights Quarterly" 7 (1985), p. 34 (voir aussi les observations d'Hartman, p. 131). Pour les "principes de Syracuse", voir principe No 75. Voir aussi O'Donnell, "States of exception", "Revue de la Commission internationale de juristes", 21 (1978), 53, où il estime que les principes de la menace exceptionnelle, de la proportionnalité et de l'intangibilité sont "universellement valables". La Commission internationale de juristes est d'avis que certaines obligations prévues à l'article 4(1) du PIDCP laissent entendre que des règles sont en train "de se dégager comme principes du droit international coutumier", voir "State of Siege or Emergency and their Effects on Human Rights: Observations and Recommendations of the ICJ" (août 1981), reproduit dans E/CN.4/Sub.2/NGO.93 (1981). La "Déclaration d'Oslo" considère l'article 4 comme renfermant des normes de droit international universellement valables (p. 2

base sont en fait déjà contenus dans le droit international général. Cela semble être le cas des principes de proportionnalité et de non-discrimination et, du moins en ce qui concerne les quatre droits communs intangibles, principe de l'intangibilité. L'on pourrait probablement en dire autant du principe de la menace exceptionnelle. Bien que certains auteurs aient mentionné le principe de la proclamation parmi les principes en voie de formation, il semblerait que, pour les raisons indiquées ci-dessus, il ne soit pas près de devenir aussi rapidement une règle du droit coutumier que les quatre autres¹. Ces quatre principes de base sont les plus importants et devraient fournir à la fois aux Etats et aux tribunaux internationaux les critères fondamentaux leur permettant de juger du comportement des Etats en matière de droits de l'homme dans des situations d'urgence en se référant au droit international général. Ces principes appellent quelques brèves observations.

1. Principe de menace exceptionnelle

Selon les trois principaux traités, déroger aux principes des droits de l'homme dans des situations d'urgence n'est légitime qu'en cas de "guerre ou de danger public menaçant l'existence de la nation". D'autre part, selon le droit international général, l'argument de l'urgence (ou de la nécessité) n'est accepté comme justification du non-respect d'obligations internationales que dans des "circonstances exceptionnelles" et lorsqu'il n'y a aucun autre moyen d'agir. Bien sûr, il est théoriquement possible que ces deux normes - celle qui découle du droit des traités et celle qui découle du droit international général - soient différentes, par exemple, dans le cas d'Etats qui ont convenu par traité de déclarer l'état d'urgence et de suspendre les droits de l'homme dans des conditions qui sont plus strictes que celles exigées par le droit international général². Toutefois, si l'on étudie les réserves posées par le droit international général, cela ne semble en fait pas être le cas. Ago, par exemple, parle de l'existence d'un "danger extrêmement grave et imminent" et la Commission spéciale de l'OIT, dans l'affaire polonaise, mentionne des "circonstances d'une extrême gravité"³. En tentant de définir une norme générale d'urgence, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les états

ss). Voir aussi le Rapport de Montréal de l'ADI, 1982, p. 94.

¹ Voir ci-dessus les réflexions à propos du caractère normatif de la clause de dérogation.

² Voir la position de Graefrath au sein du Comité des droits de l'homme des Nations Unies: CCPR/C/SR.349, p. 10. par. 37. Voir aussi Meron, "Human Rights and Humanitarian Norms", p. 218.

³ Rapport Ago, p. 20, par. 19. Pour l'affaire polonaise examinée par l'OIT, voir Affaire polonaise, p. 127. Voir aussi Bin Cheng, "General Principles", p. 31, qui parle de "circonstances tout à fait exceptionnelles".

d'exception parle aussi de "circonstances exceptionnelles... <qui> impliquent qu'une menace grave et immédiate pèse sur un pays"¹.

Il ne semble donc pas à première vue que ces deux normes soient différentes.

Naturellement, des notions telles que "menace exceptionnelle" et "danger grave" sont difficiles à définir en termes abstraits et à appliquer dans des cas particuliers. Il y a toutefois une autre raison importante en faveur de l'application en droit international général d'une norme analogue à celle soigneusement élaborée par la doctrine des organes internationaux responsables de l'application des principaux traités des droits de l'homme. Les institutions ont élaboré une importante science du droit dans l'interprétation de la notion de danger public. Cette science, qui peut être considérée comme tout à fait semblable dans les organes européens, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Cour et la Commission interaméricaines, a trouvé un juste équilibre entre la nécessité pour l'Etat de déroger à certaines dispositions afin de protéger la nation, et la jouissance des droits individuels. Considérée de ce point de vue, la notion de "danger public menaçant l'existence de la nation" est en fait largement applicable et réaliste et il n'y a aucun doute qu'elle peut aider d'autres organes internationaux à appliquer la notion de "circonstances exceptionnelles" en droit international général. En fait, certains de ces organes internationaux ont déjà - ce n'est pas surprenant - invoqué cette doctrine et en particulier la notion d'urgence publique telle qu'elle a été élaborée par les organes européens au cours de près de quarante ans de jurisprudence².

Dans *l'affaire grecque*, par exemple, les organes de l'OIT, appliquant le droit international général, sont arrivés à la même conclusion que le Commission européenne lorsqu'elle a appliqué la clause de dérogation, en ce sens que rien dans les documents dont disposaient les organes de l'OIT ne leur permettaient de conclure qu'en Grèce, en 1967, il existait un état d'urgence ou des circonstances exceptionnelles qui justifiaient le non-respect temporaire des conventions de l'OIT³. Cette conclusion confirme la position qu'une urgence doit avoir un certain degré de gravité pour justifier un non-respect temporaire d'obligations liées aux droits de l'homme.

2. Principe de proportionnalité

¹ E/CN.4/Sub.2/1985/19, p. 3.

² E/CN.4/Sub.1985/19, p. 3.

³ OIT, *l'Affaire grecque*, p. 26. Pour les conclusions de la Commission européenne sur ce point, voir YBECHR (1969), p. 76.

Des considérations semblables s'appliquent aussi au principe de la proportionnalité. Comme nous l'avons vu tout au long de la présente étude, ce principe apparaît dans la plupart des conclusions des organes judiciaires ou quasi-judiciaires comme un des principes fondamentaux invoqués pour évaluer la légitimité de mesures de dérogation. La doctrine a aussi insisté sur l'importance de ce principe lors de dérogations en droit international général. Par exemple, Higgins a signalé que les "dérogations aux obligations liées aux droits de l'homme ne sont admissibles que si les événements les rendent nécessaires et que si elles sont proportionnelles au danger que présentent ces événements"¹. En outre, ce principe a été considéré comme une règle générale du droit international dont la relation spéciale avec les restrictions aux droits de l'homme a déjà fait l'objet de commentaires². Le principe de la proportionnalité touche non seulement à la nature des mesures prises, en ce sens qu'elles doivent être proportionnelles à la menace, mais comprend aussi ce que la CIADH appelle le principe du "caractère temporaire" (ce qui signifie qu'elle ne peuvent durer plus longtemps que l'urgence elle-même), ainsi qu'une limite selon laquelle ces mesures ne peuvent être appliquées géographiquement qu'aux régions affectées par l'urgence. Ces restrictions sont la conséquence logique du principe de la proportionnalité et sembleraient donc applicables également en droit international général. Dans l'interprétation du principe de la proportionnalité, la très riche doctrine élaborée par les organes européens pourrait largement aider les autres organes internationaux à appliquer ce principe en droit international général.

3. Principe de non-discrimination

Il ne fait aucun doute que la non-discrimination occupe une place importante dans le domaine des droits de l'homme. La Charte des Nations Unies, elle aussi, évoque à plusieurs reprises l'importance de la jouissance des droits de l'homme sans discrimination³. L'absence de discrimination pour des raisons de race, mais aussi de religion et de sexe, est considérée comme une règle du droit international coutumier⁴. Etant donné l'importance fondamentale de ce principe en droit

¹ R. Higgins, "Derogations under Human Rights Treaties", *BYBIL* 48 (1976-77), pp. 282-283. Voir aussi Meron, "West Bank and Gaza", p. 113, et McDougal et al., "Human Rights and World Public Order": A Framework for Policy-Oriented Enquiry", *AJIL* 63 (1969), 267.

² Voir Oraá *op.cit.* chap. 5, sect. 1.

³ Sur l'importance de ce principe dans le domaine des droits de l'homme, voir Jiménez de Aréchaga, "International Law", pp. 174-177. Voir aussi McKean, "Equality and Discrimination under International Law" (Oxford, 1983), pp. 277-287.

⁴ Brownlie, "Principles", pp. 598-601; "US Restatement", pp. 165-166; Lillich, R., *Civil Rights*, in Meron (ed.), *Human Rights in International Law*, pp. 115-170, pp. 132-133.

international, et le fait qu'il est mentionné aussi dans le Pacte et la Convention américaine comme une condition de la dérogation légitime aux droits de l'homme, il semblerait qu'il doive aussi être considéré comme applicable à ces droits en droit international général lorsqu'il existe une situation d'urgence. En tout cas, si un Etat souhaite prendre des mesures qui établissent des distinctions entre divers groupes ethniques ou religieux de la population, il doit prouver que ces mesures sont nécessaires pour éliminer les causes de l'urgence ou, en d'autres termes, qu'elles ont une justification objective et légitime et sont proportionnelles à la menace. Cette norme, fixée par les organes internationaux dans l'application du droit des traités, devrait être étendue au droit international général¹.

4. Principe de l'intangibilité des droits fondamentaux

Il s'agit d'un autre principe d'une importance capitale pour le régime juridique appliqué aux droits de l'homme dans les situations d'urgence. Le principe en lui-même a certainement déjà pris le caractère d'un principe du droit international coutumier, ce qui signifie que, même dans des situations d'urgence, il existe des droits fondamentaux qui ne sauraient faire l'objet de dérogations. Ce principe est considéré comme un principe général du droit reconnu par les nations civilisées, selon l'article 38 du Statut de la CIJ². Le problème, naturellement, consiste à déterminer quels droits, peuvent être considérés comme intangibles. Les trois traités dressent des listes différentes de ces droits, mais l'on peut supposer qu'au minimum les quatre droits intangibles communs aux principaux traités constituent des normes de *ius cogens* et donc des normes intangibles même pour les Etats non parties à ces traités³. En outre, le Rapport de Montréal de l'ADI considère la liste des droits intangibles de ces trois traités comme "indicatives de l'apparition de certaines normes coutumières dans le domaine des droits de l'homme qui ne peuvent être suspendues dans les situations d'urgence"⁴.

¹ *Le Rapporteur spécial des Nations Unies a proposé que tous les Etats incluent dans leur législation nationale le principe de non-discrimination comme principe intangible dans les situations d'urgence; voir E/CN.4/Sub.2/1990/33, p. 5.*

² *Questiaux, "Etude", p. 19. Voir aussi Kaufman et Mosher, "General Principles", p. 612, et Despouy, "L'Etat d'exception", p.10.*

³ *Selon le "U.S. Restatement", "la détention arbitraire prolongée" serait aussi contraire aux normes du jus cogens; toutefois, si dans une situation d'urgence les conditions de la clause de dérogation sont respectées, la détention ne serait vraisemblablement pas considérée comme arbitraire (pp. 174-175).*

⁴ *Rapport de Montréal de l'ADI (p. 20). D'autre part, le Rapport de Paris de l'ADI énumère seize droits intangibles considérés comme principes généraux du droit (p. 70). Voir aussi le Rapport de Varsovie de l'ADI, p. 39.*

Bien que cette liste soit une indication utile concernant les droits intangibles, il n'est pas immédiatement certain que tous ces droits soient en fait intangibles en droit international général. L'on pourrait en effet opposer deux objections à ces listes. La première est qu'elles ne précisent pas les droits intangibles qui sont indispensables pour la protection des êtres humains et les plus vulnérables dans des situations d'urgence (il faut mentionner en particulier les garanties spéciales minimales contre la détention arbitraire et certaines autres concernant la notion de procès équitable). La seconde objection est que la liste des droits intangibles dans le PIDCP et dans la CADH comprend des droits qui ne sont pas aussi indispensables et aussi vulnérables dans les situations d'urgence¹.

Bien que la communauté internationale dans son ensemble, comme l'a fait observer Meron, n'ait pas dressé de liste uniforme des droits intangibles et qu'il soit peu probable dans l'immédiat que l'on parvienne à un consensus qui dépasse le cadre des quatre droits intangibles communs aux principaux traités², il convient de faire quelques observations à propos des critères qui devraient régir une liste éventuelle. Premièrement, la liste des droits intangibles devrait être brève et n'inclure que les droits devant être protégés parce qu'ils ont un caractère absolument fondamental et qu'ils courent les plus grands risques dans les situations d'urgence. Si l'on applique ce critère, les quatre droits communs intangibles mentionnés dans les traités devraient être portés sur la liste. Deuxièmement, il faudrait aussi y inclure des garanties minimales contre la détention arbitraire et d'autres concernant la notion de procès équitable. Et cela pour deux raisons: premièrement parce qu'ils revêtent un caractère absolument fondamental et qu'une dérogation vis-à-vis de ces garanties compromettrait le droit à la vie et le droit d'être protégé contre la torture et, deuxièmement, parce qu'aucun danger public ne pourrait justifier de dérogation vis-à-vis de ces garanties minimales³. Il n'y a pas de raison pour laquelle ces mêmes droits et garanties fondamentaux, en tant qu'élément du droit international général, devraient subir une dérogation de la part d'Etats non parties aux trois traités. Les conclusions de certains organes internationaux appliquant des normes relatives

¹ Voir Oraá, *op. cit.*, pp. 97-98.

² Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights", *AJIL* 80 (1986), 16. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les états d'exception a consigné dans son dernier rapport annuel le résultat des recherches d'un groupe d'experts sur cette même question. Les recherches ont confirmé la tendance croissante vers un renforcement et un élargissement des droits fondamentaux intangibles. Toutefois, certains des droits mentionnés pourraient être sujets à controverse (par exemple, le "droit de savoir", les droits des peuples et des minorités, y compris le droit à l'autodétermination, etc.). Voir E/CN.4/Sub.2/1995/20, pp. 44-63.

³ Voir Oraá, *op. cit.*, chap. 4.

aux droits de l'homme selon le droit international général confortent cette position¹.

Quoi qu'il en soit, le principe de la proportionnalité, qui est le principal critère de dérogation en droit international général, fournit une garantie solide contre les doutes qui pourraient naître dans des cas concrets touchant au caractère intangible de certains droits. En fait, un Etat qui, dans une situation d'urgence, voudrait déroger à certains droits de l'homme fondamentaux en invoquant la doctrine de la nécessité, doit prouver que la dérogation est nécessaire et proportionnelle à la menace².

IV. Conclusions

1. Au début de la présente étude, nous avons montré combien il importait de rechercher dans le droit international général des principes régissant l'exercice des droits de l'homme dans des situations d'urgence. Comme indiqué, il y a deux raisons pour lesquelles cette recherche s'impose: premièrement parce qu'il existe certains traités sur les droits de l'homme qui ne comprennent pas de clauses de dérogation (par exemple, la Charte africaine et certaines Conventions de l'OIT) et qui, donc, ne donnent aucune précision concernant le régime juridique applicable aux états d'exception; deuxièmement, parce qu'il existe de nombreux Etats qui n'ont pas encore ratifié les traités sur les droits de l'homme, mais qui déclarent des situations d'urgence et dérogent aux normes attachées à ces droits.

2. Il n'est pas douteux qu'au stade actuel de l'évolution du droit international tous les Etats sont tenus de respecter les droits de l'homme découlant du droit international coutumier. Toutefois, un des problèmes qui se posent est de convenir d'une liste de ces normes coutumières. De toute façon, l'objet de cette étude n'est pas de dresser une liste complète de ces normes mais plutôt de dégager les principes qui pourraient justifier le non-respect de ces obligations dans une situation d'urgence.

3. Pour dégager ces principes, la recherche peut suivre deux voies principales. La première serait centrée sur la doctrine de la nécessité qui, on l'a constaté, est la doctrine qui répond le mieux aux situations d'urgence. La doctrine de la nécessité est une circonstance bien connue qui en droit international exclut la responsabilité pour préjudices commis et qui a été reconnue par la CDI dans le projet d'articles

¹ Voir par exemple dans les sections correspondantes ci-dessus la position de la CIADH et de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et d'autres organes spéciaux.

² Voir les observations intéressantes de Meron dans "On a Hierarchy of International Human Rights", p. 20.

sur le droit de la responsabilité des Etats. Cette doctrine est toutefois subordonnée dans son application à des conditions strictes afin d'éviter les abus. Ces conditions peuvent être énoncées dans les termes utilisés pour définir certains des principes contenus dans les clauses de dérogation: la doctrine de la nécessité doit respecter trois principes fondamentaux, à savoir les principes de la menace exceptionnelle, de la proportionnalité et de l'intangibilité des normes impératives. Une illustration de la façon dont les organes de l'OIT ont appliqué cette doctrine de la nécessité à plusieurs cas liés à la protection des droits de l'homme dans des situations d'urgence a été donnée ailleurs. En l'absence de toute clause de dérogation dans certaines Conventions de l'OIT, les organes de celle-ci, dans les affaires grecque et polonaise, ont assimilé l'argument de l'urgence à celui de la nécessité en droit international général et ont appliqué le principe de menace exceptionnelle et celui de proportionnalité comme principes du droit international général régissant cette matière. Dans d'autres cas, les organes de l'OIT ont aussi évoqué le principe du caractère temporaire et de la non-discrimination.

4. La deuxième voie à suivre pour cette recherche (qui est l'objet de la présente étude) a consisté à analyser la thèse selon laquelle certains principes de la clause de dérogation sont en voie de formation comme principes du droit international général. Cette thèse est fondée en partie sur le fait que la clause de dérogation a été considérée comme une application (ou une adaptation) particulière, dans les principaux traités, de la doctrine de la nécessité à la question des droits de l'homme dans des situations d'urgence. Un examen attentif de la clause de dérogation montre toutefois qu'elle renferme trois catégories de principes. La première est un reflet évident des principes de la doctrine de la nécessité (principes de menace exceptionnelle, de proportionnalité et d'intangibilité). La deuxième catégorie, qui comprend le principe de non-discrimination, est importante dans le domaine des droits de l'homme, bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée parmi les principes régissant la doctrine de la nécessité en droit international général. Enfin, la troisième catégorie de principes est de nature "procédurale", comprenant les principes de proclamation et de notification. Même si ces derniers principes semblent mieux se prêter à une application dans le cadre du droit des traités, ils pourraient en théorie devenir plus tard des normes coutumières. Les principes qui semblent être les mieux placés pour devenir des principes généraux du droit international sont toutefois les principes des deux premières catégories, à savoir les principes de menace exceptionnelle, de proportionnalité, d'intangibilité et de non-discrimination.

5. Un examen approfondi de tous les éléments disponibles confirme la thèse que ces principes sont en train de devenir des normes coutumières. C'est en effet le cas, *en tout premier lieu*, non seulement à cause de l'importance fondamentale du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques en tant que traité multilatéral général de caractère quasi-universel, mais aussi à cause de la

réitération de ces principes dans la clause de dérogation d'autres traités régionaux portant sur les mêmes droits. Par exemple, les Conventions européenne et américaine - les deux traités régionaux les plus importants sur la question - renferment des principes analogues dans leur clause de dérogation. *Deuxièmement*, les décisions des organes internationaux dans ce domaine ont confirmé l'applicabilité de ces principes de la clause de dérogation en tant que normes du droit international général. C'est ainsi que la CIADH a appliqué les principes de la clause de dérogation en dehors du droit des traités, en ce sens qu'ils ont été appliqués aux Etats non parties à la Convention américaine. Dans sa doctrine, la CIADH a constamment soutenu que ces principes de la clause de dérogation constituaient non seulement la doctrine "la plus largement acceptée" sur le continent américain et donc un droit coutumier régional, mais aussi la doctrine "la plus largement acceptée sur le plan international" telle qu'elle est concrétisée dans les clauses de dérogation des trois traités ici considérés. Cette position confirme la thèse que ces principes peuvent être interprétés comme faisant partie des principes du droit international général.

6. L'évolution récente au sein des organes des Nations Unies confirme aussi cette position. Après une période pendant laquelle la Commission et la Sous-Commission des droits de l'homme de l'ONU ont étudié la question des droits de l'homme en situation d'urgence dans le cadre du droit des traités, le Rapporteur spécial sur les états d'exception a dû trouver des normes internationales applicables aux Etats non parties au Pacte. Cette nécessité découlait du fait que son mandat comprenait l'étude et l'évaluation de la légitimité des états d'urgence et de la suspension des droits de l'homme décrétés par tous les Etats quels qu'ils soient et non seulement par ceux qui sont parties au Pacte et subordonnés à la clause de dérogation en tant qu'élément du droit des traités. Faisant le même raisonnement que la CIADH, le Rapporteur spécial a considéré certains principes de la clause de dérogation comme appartenant au droit international général. En outre, de nombreux Etats ont envoyé au Rapporteur les renseignements demandés sur les principes fondamentaux de cette clause. La Commission, les organes spéciaux tels que les groupes de travail, et les rapporteurs spéciaux ont dans des cas particuliers appliqué certains de ces principes aux Etats n'ayant pas ratifié le Pacte.

7. L'acceptation par les Etats de ce processus de formation des normes coutumières ressort du fait qu'aucun d'eux n'a rejeté la position de principe prise par les organes de surveillance internationaux sur l'application des principes de la clause de dérogation en dehors du droit des traités. Nous l'avons déjà vu dans le système interaméricain et à propos de l'évolution nouvelle qui se dessine au sein de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies grâce à l'action du Rapporteur spécial. L'on pourrait en dire autant de l'application par les organes de

l'OIT de certains des principes découlant de la doctrine de la nécessité dans des cas analogues.

8. De nouveaux indices viennent confirmer la thèse que les principes fondamentaux de la clause de dérogation sont en train de devenir des principes du droit international général: ces principes sont en effet considérés aussi comme des "principes généraux du droit" reconnus par les nations civilisées selon l'article 38 1) c) du Statut de la CIJ. Il est bien établi que la pratique de l'"état d'urgence" permettant des dérogations aux droits de l'homme est prévue dans la plupart des systèmes juridiques. En outre, les principes régissant ces situations dans les traités sur les droits de l'homme sont considérés comme un reflet du régime juridique des législations nationales.

9. Etant donné tous ces indices, il semblerait qu'au minimum les principes de menace exceptionnelle, de proportionnalité, d'intangibilité des droits fondamentaux et de non-discrimination peuvent être considérés comme des principes en voie de formation du droit international général, mais dans un état très avancé de cristallisation. Par ailleurs, on pourrait dire que certains de ces principes appartiennent déjà en fait au droit international général. Cela semble être le cas des principes de la proportionnalité et de la non-discrimination et du principe de l'intangibilité des quatre droits communs reconnus par les trois traités principaux. Dans la pratique, ce dernier principe peut être considéré non seulement comme une norme du droit coutumier mais aussi comme relevant du *jus cogens*. Le principe de la proclamation est aussi en bonne place pour devenir un principe coutumier dans ce domaine, mais sa cristallisation semble actuellement être moins probable que celle des autres.

b. Intervention par M. Karol WOLFKE

Professeur, Département de droit international, Université de Wrocław

Dans son rapport, M. Oraá a su résister à la tentation à laquelle cèdent souvent les nobles défenseurs des droits de l'homme, à savoir la généralisation hâtive, voire simpliste. Au lieu de cela, il procède à une analyse approfondie d'un matériel relativement riche et fait preuve d'une grande prudence dans la formulation des conclusions finales.

Il ne reste en conséquence que fort peu de remarques à formuler et elles ne porteront pas tant sur les opinions personnelles de l'auteur que sur certaines tendances contestables, qui s'observent actuellement dans la pratique et la doctrine du droit international et que le rapport ne pouvait toutefois omettre de mentionner.

Il s'agit, par exemple, de la fréquente classification à l'heure actuelle de certains principes (dans le cas présent, principes de l'intangibilité dans les traités relatifs

aux droits de l'homme) au nombre des normes de *jus cogens*, sans mention d'aucun motif (voir, par exemple, pages 179, 181, 196). Même sans considération du défaut d'unanimité sur le concept et la nature du *jus cogens* en droit international, à elle seule, la gravité des conséquences d'une violation de ces normes devrait requérir des preuves et non conduire à une simple catégorisation desdites normes.

Autre source de malentendus, le récent emploi, non seulement dans les publications et le présent rapport, mais aussi et en premier lieu, dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative au «Plateau continental de la mer du Nord» par la Cour internationale de justice en 1969, de formules quelque peu confuses, comme «traité générateur de règles coutumières» ou «principes à caractère normatif» qui font penser - à tort - que dans certaines cas, des normes du droit conventionnel peuvent créer par elles-mêmes des règles coutumières.

Nul n'ignore que pour une telle «création», une pratique pertinente et la méconnaissance, à tout le moins présumée, comme loi, par les Etats qui seront liés par la norme de droit coutumier en train de naître sont indispensables. Ceci découle de l'article 38.i.b des statuts de la Cour internationale de justice, ainsi que de plusieurs références dans le rapport à la condition requise de pratique.

Pour lever d'éventuels doutes, il serait peut-être utile, cependant, de citer le paragraphe 74 - souvent méconnu - de l'arrêt susmentionné qui, sans ambiguïté, dispose que «pour la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier, à partir de ce qui était une règle purement conventionnelle», il est indispensable qu'existe «une pratique d'Etat extensive et quasiment uniforme au sens de la disposition invoquée», qui doit, en outre, s'être produite selon des modalités tendant à prouver qu'il s'agit en l'occurrence de principes du droit».

La persistance du malentendu susmentionné est attestée par le paragraphe 4 du rapport qui mentionne certaines «catégories de preuves» revêtant une importance particulière lorsqu'il s'agit de démontrer le caractère coutumier de certains principes de la clause de dérogation: 1. la valeur probante des traités normatifs; 2. «la répétition de la même norme dans plusieurs traités sur les droits de l'homme»; 3. «la pratique (de divers organes) dans l'application des normes»; et enfin 4. «la reconnaissance de ces normes par les Etats non parties aux traités».

On relèvera que les «catégories de preuve» mentionnés sont d'importance très différente et que l'ordre d'énumération devrait de fait être inversé, puisque seule la dernière, la reconnaissance par les Etats non parties est véritablement déterminante. La pratique des institutions des organisations internationales revêt certes une très grande importance également, mais elle ne saurait se comparer à la pratique d'un Etat en matière de droits de l'homme.

Quant aux deux premières «catégories de preuves», la valeur probante des «traités normatifs» et, en particulier, la répétition de la même norme dans plusieurs traités, elles sont plutôt subsidiaires, renforçant tout au plus la présomption de reconnaissance par les Etats non parties, laquelle est fondamentale.

On observera que la lenteur du processus de rédaction d'un traité (voir page 158 du rapport) n'accroît pas nécessairement son «caractère normatif». Elle peut être, au contraire, le signe de profondes et durables divergences d'opinions entre les parties qui négocient, ce qui réduirait plutôt l'éventuelle valeur normative du traité.

Si l'on se place dans l'optique d'un véritable effet générateur de règles coutumières de certains traités, l'opinion dissidente de Sørensen (voir page 153 du rapport) paraît contenir une conclusion convaincante. Sørensen est d'avis, en effet, qu'une convention «peut être prise comme guide faisant autorité par les Etats confrontés à des problèmes juridiques nouveaux».

En résumé, force est de constater toutefois que les très intéressantes et méticuleuses recherches du professeur Oraá se soldent par un bilan en définitive relativement modeste. Des principes conventionnels qu'il a analysés, seul un petit nombre est déjà devenu des règles de droit coutumier. La plupart sont toujours simplement «en bonne place» pour devenir principes coutumiers ou peuvent être considérés comme étant tout au plus» dans un état très avancé de cristallisation».

Ce qui semble confirmer, une fois de plus, que seule la persuasion conjuguée aux autres moyens juridiques prévus pour faire pression sur les Etats les conduiront à adhérer en plus grand nombre aux traités relatifs aux droits de l'homme.

Liste des participants

POLAND / POLOGNE

Invités spéciaux

Dr hab. Janusz ZALESKI, Président de la voïvodie de Wrocław

Mr Bogdan ZDROJEWSKI, Maire de Wrocław

Dr Andrzej LOS, Président du Conseil de la ville de Wrocław

Mr Tadeusz GLUSZCZUK, Président du Comité directeur de la banque Zachodni

Université de Wrocław

Dr hab. Roman DUDA, Recteur

Dr hab. Zdzisław KEGEL, Doyen de la Faculté de droit

Dr hab. Krystian COMPLAK, Vice-Doyen de la Faculté de droit

Dr hab. Jan KOLASA, Professeur de droit international, Chef de l'Institut de droit public
(Rapporteur)

Dr hab. Leon KIERES, Professeur, Institut de droit administratif, Président de l'Assemblée de la voïvodie

Dr hab. Bogusław BANASZAK, Professeur, Département de droit constitutionnel

Dr hab. Karol WOLFKE, Professeur, Département de droit international

Dr hab. Krzysztof WÓJTOWICZ, Professeur associé de droit constitutionnel, Département de droit international
(Rapporteur)

Dr Jacek ŚLADKOWSKI, Département de droit international

Dr Maciej LIS, Département de droit international

Mgr Dagmara KORNOBIS-ROMANOWSKA, Département de droit international

Mgr Barbara MIELNIK, Département de droit international

Mgr Artur KOZŁOWSKI, Département de droit international

Mgr Wojciech KILARSKI, Département de droit international

Mgr Artur STYRNA, Département de droit international

Participants

Prof. Dr hab. Adam ZIELINSKI, Ombudsman (Excusé)

Prof. Janusz TRZCIŃSKI, Département de droit constitutionnel, Vice-Président du Tribunal Constitutionnel

M. Marek NOWICKI, Président de la *Helsinki Foundation for Human Rights* (Excusé)

ARGENTINA / ARGENTINE

M. Hector MASNATTA, Ambassadeur, Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques, Observateur à la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

ARMENIA / ARMENIE

M. Khatchig SOUKIASSIAN, Conseiller à la Cour constitutionnelle, chargé des relations avec l'extérieur, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

AZERBAIJAN / AZERBAÏDJAN

M. Raouf KOULIYEV, Conseiller, Cour Suprême d'Azerbaïdjan

BELARUS

M. Alexander VASHKEVITCH, Juge, Cour constitutionnelle

BOSNIA AND HERZEGOVINA / BOSNIE ET HERZEGOVINE

M. Cazim SADIKOVIC, Doyen, Faculté de droit, Université de Sarajevo, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

BULGARIA / BULGARIE

Mme Ana MILENKOVA, membre de l'Assemblée nationale, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusée)

M. Alexandre DJEROV, Avocat, membre de l'Assemblée nationale, Membre suppléant de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

CANADA

Mme Lucinda JONES, Faculté de droit, Université de Toronto

CROATIA / CROATIE

M. Stanko NICK, Conseiller juridique principal, Ministère des affaires étrangères, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

CYPRUS / CHYPRE

M. Michael TRIANTAFYLLIDES, Président du Conseil de l'Université de Chypre, ancien Président de la Cour Suprême et ancien Attorney-General de la République, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

CZECH REPUBLIC / REPUBLIQUE TCHEQUE

Mme Martina KLEPIŠOVÁ, Assistante de l'Agent gouvernemental pour les droits de l'homme et l'intégration européenne, Ministère de la Justice

FINLAND / FINLANDE

M. Antti SUVIRANTA, Ancien Président de la Cour suprême administrative, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

GERMANY / ALLEMAGNE

M. Theodor SCHWEISFURTH, Professeur, Europa Universität Viadrina, Frankfurt/Oder

GREECE / GRECE

Mme Ismini KRIARI, Professeur assistante, Université Pantion, Athènes

HUNGARY / HONGRIE

M. János ZLINSZKY, Juge à la Cour constitutionnelle, Budapest, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

ITALY / ITALIE

M. Benedetto CONFORTI, Professeur, Membre de la Commission européenne des Droits de l'Homme (Excusé)

M. Giuseppe CATALDI, Professeur, Université de Naples

JAPAN / JAPON

M. Yoichi HIGUSHI, Professeur émérite, Université de Tokyo, Premier Vice-Président de l'Association internationale de droit constitutionnel, Tokyo

M. Takeshi GOTO, Consul Général du Japon à Strasbourg, Observateur à la Commission européenne pour la démocratie par le droit

LUXEMBOURG

M. Gérard REUTER, Président de la Chambre des Comptes, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

MOLDOVA

M. Mihai PETRACHI, Chef de la Direction juridique de l'Appareil du Parlement de Moldova, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

ROMANIA / ROUMANIE

M. Petru GAVRILESCU, Conseiller juridique, Ambassade de Roumanie à Bruxelles, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

RUSSIA / RUSSIE

M. Yuri KOUDRYAVTSEV, Chef du Secrétariat de la Cour constitutionnelle (Excusé)

M. Vil KIKOT, Conseiller à la Cour constitutionnelle

SAN MARINO / SAINT MARIN

M. Giovanni GUALANDI, Vice-Président du Conseil de Présidence de l'Institut juridique de Saint-Marin, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

SOUTH AFRICA / AFRIQUE DU SUD

M. J.O. KRIEGLER, Juge, Cour constitutionnelle

Mme Louisa ZONDO, Directrice, Commission des droits de l'homme

SPAIN / ESPAGNE

M. Jaime ORAÁ, Professeur de droit international, Chef du Département de droit international, Université de Deusto, Bilbao (**Rapporteur**)

M. Jaime NICOLAS, Directeur adjoint, Centre d'études constitutionnelles, Madrid

"THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA" / "L'EX-REPUBLIQUE YUGOSLAVE DE MACEDOINE"

M. Ilo TRAJKOVSKI, Professeur, Département de sociologie, Faculté de philosophie, Université de Skopje, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

TURKEY / TURQUIE

M. Ergun ÖZBUDUN, Professeur, Université d'Ankara, Vice-Président de la Fondation turque pour la démocratie, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (**Rapporteur**)

UNITED KINGDOM / ROYAUME UNI

M. Francis JACOBS, Avocat Général, Cour de Justice des Communautés Européennes (**Rapporteur**)

PARLIAMENTARY ASSEMBLY / ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE

M. Mevljan TAHIRI, Membre de l'Assemblée parlementaire, Délégation de "l'ex-République yougoslave de Macédoine", Membre du Comité pour des affaires juridiques et les droits de l'homme

EUROPEAN COMMISSION FOR HUMAN RIGHTS / COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Mme Jane LIDDY, Présidente de la Première Chambre, Commission européenne des droits de l'homme

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS / COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

M. Jerzy MAKARCZYK, Juge

STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS / COMITE DIRECTEUR DES DROITS DE L'HOMME (CDDH)

M. A. KOSONEN, Chef d'unité, Département juridique, Ministère des affaires étrangères, Helsinki

**SECRETARIAT DE LA COMMISSION EUROPEENNE
POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT**

M. Gianni BUQUICCHIO
M. Thomas MARKERT
Mlle Helen MONKS
Mlle Monica TUBAU

INTERPRETES

M. Krzysztof BRZEZINSKI
M. Ryszard DRZEWIECKI
M. Robert SZYMANSKI
M. Derrick WORSDALE

Si les situations d'urgence ne sont heureusement pas trop fréquentes, elles comportent de graves dangers pour le fonctionnement des institutions démocratiques et pour les droits de l'homme, tout spécialement dans les nouvelles démocraties.

Au cours du séminaire organisé à l'Université de Wrocław, les participants ont examiné les règles juridiques applicables à de telles situations, à la fois en droit constitutionnel national et sur la base du droit international conventionnel. Une large convergence des règles juridiques est apparue, ce qui a conduit à se poser la question de savoir si des règles de droit international coutumier protégeant les droits de l'homme dans de telles situations ne sont pas en train d'apparaître.

La Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) est un organisme consultatif en matière de droit constitutionnel, créé au sein du Conseil de l'Europe. Elle est composée d'experts indépendants d'Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que d'Etats non membres. Près de cinquante Etats participent aux travaux de la Commission.

La Commission a lancé le programme UniDem (Université pour la démocratie) de séminaires et de conférences, dans le but de consolider la conscience démocratique des générations futures de juristes et de politologues.