



Chapitre de livre

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

État de droit et situations extraordinaires

Bernard, Frédéric

How to cite

BERNARD, Frédéric. État de droit et situations extraordinaires. In: Verfassungsrecht der Schweiz = Droit constitutionnel suisse, vol. II. Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Ed.). Zurich : Schulthess, 2020. p. 979–998.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:134997>

État de droit et situations extraordinaires

Frédéric Bernard

Tout État libre où les grandes crises n'ont pas été prévues est à chaque orage en danger de périr.

*Jean-Jacques Rousseau*¹

I. Introduction	979
II. Histoire et théorie des situations extraordinaires	980
III. Conceptualisation des situations extraordinaires	982
1. L'identification d'une situation extraordinaire	983
2. L'encadrement substantiel des mesures d'urgence	984
3. Le contrôle judiciaire ou quasi-judiciaire	986
4. Récapitulation	987
IV. Le cadre normatif suisse	987
1. Le droit fédéral	988
2. Les rapports entre collectivités au sein de la Confédération	991
3. Le droit cantonal	992
4. La réglementation internationale	992
V. Étude de cas : l'interdiction du groupe Al-Qaïda en Suisse	995
1. Les faits	995
2. L'analyse	996
VI. Conclusion	998

I. Introduction

Depuis la fin du 18^e siècle, l'adoption de constitutions répond au projet libéral de légitimer et fonder l'État sur une base séculière, en soumettant ses agents, par l'utilisation du droit, à certaines limites et contraintes (notamment par le biais de la séparation des pouvoirs, du respect des droits individuels et du contrôle judiciaire).² Sous l'angle de la théorie de l'État de droit, la manière dont une constitution régit les situations extraordinaires présente donc un intérêt considérable. En effet, au moment où les éléments constitutifs de l'État de droit sont, poten-

1 *Jean-Jacques Rousseau*, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, in : Bernard Gagnebin/Marcel Raymond (dir.), *Œuvres complètes*, Paris 1964, p. 951 ss, 998.

2 *Terence C. Halliday/Lucien Karpik/Malcolm M. Feeley*, *The Legal Complex and Struggles for Political Liberalism*, in : *Terence C. Halliday/Lucien Karpik/Malcolm M. Feeley (éd.), Fighting for Political Freedom, Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Oxford 2007, p. 1 ss, 10 ss.

IV.4 Situations extraordinaires (Bernard)

tiellement, les plus menacés,³ elle permet d'examiner si le projet de soumettre l'État au droit parvient au bout de sa logique, en englobant ces situations de crise, ou s'il révèle ses limites intrinsèques. Plus largement, ce questionnement permet également de s'interroger sur les rapports entre le droit et la politique.

- 2 Une situation extraordinaire peut découler de dangers de nature différente.⁴ A titre d'exemple, une telle situation peut provenir de troubles internes ou d'une menace terroriste (nationale ou internationale). Il en est de même des risques pour la survie économique d'un État et de la survenance de catastrophes naturelles. Ces situations extraordinaires peuvent être classées dans deux catégories distinctes : les situations de crise dans lesquelles la survie même de l'État est en jeu et celles où le niveau de danger est inférieur (< basse intensité >).
- 3 La terminologie utilisée n'est de loin pas uniforme.⁵ Traditionnellement, les États ont utilisé différents termes, tels que < état de siège > en France, < loi martiale > dans les pays anglo-saxons ou encore < état d'exception > dans la tradition germanique. S'il faut se perdre certaines subtilités nationales historiques, le vocable < situation extraordinaire >, qui sera utilisé dans le présent chapitre, présente l'avantage d'être un terme neutre, qui permet de désigner, de manière générale, les situations qui sortent de l'ordinaire, sans être prisonnier d'appellations historiquement connotées.

II. Histoire et théorie des situations extraordinaires

- 4 Dans l'Antiquité romaine, la figure de la < dictature > occupe une place importante et fait l'objet d'un étroit encadrement juridique.⁶ Cette institution, qui est votée par le Sénat, conduit à la nomination d'un dictateur, dont le rôle peut être civil et/ou militaire. Le dictateur reçoit les pleins pouvoirs et n'est soumis à aucune contrainte, mais il doit abdiquer dès que sa mission est accomplie et, dans tous les cas, après une période de six mois. L'exemple classique du bon usage de cette institution est Lucius Quinctius Cincinnatus, qui, nommé dictateur en 458 av. J.-C., aurait, selon la tradition, sauvé la République romaine de la menace des Étrusques puis, dès la fin de la crise, restitué le pouvoir absolu pour retourner cultiver ses terres.⁷
- 5 La figure de la dictature est reprise et popularisée aux débuts de la philosophie politique moderne, notamment par Machiavel (1469–1527), qui met en valeur les bienfaits de l'institu-

3 *Joan Fitzpatrick*, *Human Rights in Crisis, The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, Philadelphie 1994, p. 2.

4 *Lori A. Peek/Jeannette N. Sutton*, *An exploratory Comparison of Disasters, Riots and Terrorist Acts, Disasters* 2003, p. 319 ss.

5 *Kim Lane Scheppele*, *Legal and Extralegal Emergencies*, in : Keith E. Wittington/R. Daniel Kelemen/Gregory A. Caldeira (éd.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford 2008, p. 165 ss, 166.

6 *Marcel Le Glay/Yann Le Bohec/Jean-Louis Voisin*, *Histoire romaine*, Paris 2005, p. 64 s.

7 *Clinton L. Rossiter*, *Constitutional Dictatorship, Crisis Government in the Modern Democracies*, Abingdon 2002, p. 16.

tion romaine.⁸ De même, Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) s'appuie sur elle pour faire valoir qu'il ne faut pas « affermir les institutions politiques jusqu'à s'ôter le pouvoir d'en suspendre l'effet », tout en tempérant cette affirmation en précisant que seuls les plus grands dangers (le « salut de la patrie ») peuvent entrer en ligne de compte et que la durée de la dictature doit être limitée à un terme très court non prolongeable.⁹

Sans se référer explicitement à la dictature romaine, John Locke (1632–1704) expose qu'il existe des situations dans lesquelles le gouvernement doit avoir un pouvoir supplémentaire, qu'il appelle « prérogative », qui lui permet d'agir selon sa discrétion pour le bien public, sans suivre la loi, voire en s'en écartant.¹⁰ De même, Montesquieu (1689–1755) admet que, dans certains cas, il convient de « mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux »¹¹.

Dans la tradition anglo-saxonne, la figure de référence est celle de la loi martiale, selon laquelle l'exécutif jouit de l'autorité constitutionnelle inhérente – sorte de « prérogative » lockéenne –, lorsqu'il estime qu'une situation extraordinaire est réalisée, de décréter la loi martiale, suspendant ainsi l'application des lois ordinaires et instaurant un gouvernement militaire.¹² L'institution de la loi martiale fait cependant l'objet de vifs débats doctrinaux. Ainsi, le juriste britannique A. V. Dicey (1835–1922) considère que cette institution, en tant que transmission du pouvoir civil à l'armée, est inconnue en droit anglais et qu'elle ne fait, en réalité, que décrire le droit « essentiel » de tout gouvernement à se défendre contre des menaces.¹³

En Allemagne, l'art. 48 al. 2 de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 prévoit que le Président peut prendre toutes les mesures utiles lorsqu'il estime que la sécurité publique est menacée, y compris en faisant appel aux forces armées et en suspendant certains droits fondamentaux (notamment le droit à la liberté personnelle, le secret de la correspondance ou encore la liberté de la presse). Le *Reichstag*, la chambre basse du Parlement, dispose, certes, de la compétence de lever l'état d'exception (art. 48 al. 3 Cst. Weimar), mais ce pouvoir de contrôle est affaibli par la compétence du Président de dissoudre le Parlement (art. 25 Cst. Weimar). Le recours quasi-permanent à l'art. 48 al. 1 par le Maréchal von Hindenburg au début des années 1930, couplé à la dissolution réitérée du *Reichstag*, a représenté un pas décisif dans la perte de légitimité de la République de Weimar et dans la marche du parti nazi vers le pouvoir.¹⁴

8 Nicolas Machiavel, Les discours sur Tite-Live (1531), in : Œuvres politiques, Paris 1849, p. 172 ss.

9 Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social, in : Gagnebin/Raymond (note 1), p. 347 ss, 455 ss.

10 John Locke, Two Treatises of Government (1690), Londres 1821, p. 328.

11 Montesquieu, Œuvres complètes, tome IV, Paris 1877, p. 94. Voir également William Blackstone, Commentaries of the Law of England I, New York 1852, p. 136.

12 A. W. Brian Simpson, Human Rights and the End of Empire, Britain and the Genesis of the European Convention, Oxford 2004, p. 58 s.

13 Albert V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Londres 1979, p. 287 s.

14 Anthony McElligott, Political Culture, in : Anthony McElligott (éd.), Weimar Germany, Oxford 2009, p. 26 ss, 38 ss.

IV.4 Situations extraordinaires (Bernard)

- 9 A l'époque de Weimar, Carl Schmitt (1888–1985) défend la thèse selon laquelle est souverain celui qui décide de la présence d'un état d'exception.¹⁵ Dans la mesure où cette décision existentielle doit être prise de manière décisive, cette compétence revient nécessairement au pouvoir exécutif.¹⁶ Par ailleurs, le droit fonctionnant au moyen de règles, il est singulièrement inapte à traiter des crises sérieuses qui sont, par nature, chaotiques.¹⁷ Sur cette base, Schmitt distingue entre deux formes de dictature, l'une, < commissariale >, qui demeure dans le cadre général fixé par la Constitution et l'autre, < souveraine > qui instaure un nouvel ordre.¹⁸ Dans une situation de crise aigüe, le pouvoir exécutif a donc le pouvoir de se comporter en dictateur souverain en mettant de côté les règles juridiques ordinaires.
- 10 Entre 1997 et 2015, le philosophe italien Giorgio Agamben (1942–) développe, dans une série d'ouvrages, une monumentale réflexion sur la tradition politique occidentale, articulée autour de la figure de l'*homo sacer* (< homme sacré >), homme qu'on peut tuer valablement, sans commettre d'homicide, mais qui ne peut pas être mis à mort au cours de sacrifices.¹⁹ Dans le volume consacré à l'état d'exception, Agamben fait notamment observer que le droit romain connaissait, outre l'institution du dictateur, celle du *iustitium*, dont l'effet était de supprimer toutes les contraintes légales.²⁰
- 11 Ce bref aperçu de figures historiques et de réflexions théoriques montre la profondeur et la richesse du débat relatif aux situations extraordinaires. Simultanément, il révèle que ses thèmes centraux sont connus et discutés depuis longtemps : compétence pour décréter l'existence d'une situation extraordinaire, limitation dans le temps des pouvoirs accrus ou encore degré de respect des règles légales ordinaires.

III. Conceptualisation des situations extraordinaires

- 12 La mise en place d'un mécanisme d'urgence (*speeding-up mechanism*) est souvent présentée comme nécessaire dans les États de droit, dont la structure institutionnelle possède, en temps normal, de nombreux éléments ralentisseurs (*slow motion*), telle que la séparation des pouvoirs.²¹ Dans ce cadre, la plupart des auteurs s'accorde à considérer que, pour des motifs d'efficacité, le pouvoir exécutif est le plus à même de réagir rapidement et efficacement.²² Toutefois, si l'idée de conférer, dans une situation extraordinaire, des pouvoirs ac-

15 Carl Schmitt, *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (1922), Chicago 2005, p. 5.

16 Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1931, p. 141.

17 Schmitt (note 15), p. 13 : « *There exists no norm that is applicable to chaos* ».

18 Norbert Campagna, *Le droit, le politique et la guerre, Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, Laval 2004, p. 86.

19 Giorgio Agamben, *Homo Sacer, L'intégrale* (1997–2015), Paris 2016, p. 69 ss.

20 *Ibid.*, p. 219 s.

21 John Ferejohn/Pasquale Pasquino, *The law of the exception, A typology of emergency powers*, *International Journal of Constitutional Law* 2004, p. 210 ss, 237.

22 Alexander Hamilton, No. 70, in : Robert Scigliano (éd.), *The Federalist, A Commentary on the Consti-*

crus au gouvernement est très généralement admise, les discussions sont extrêmement animées en ce qui concerne le déclenchement et l'encadrement de ces pouvoirs.

1. L'identification d'une situation extraordinaire

La compétence d'identifier l'existence d'une situation extraordinaire peut être réglée de deux manières distinctes.²³

Premièrement, dans une posture réminiscente de la vision schmittienne, cette compétence peut être conférée au seul pouvoir exécutif. Tel est le cas de l'art. 16 de la Constitution française du 4 octobre 1958, lequel dispose que, lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances.²⁴ De même, dans l'arrêt Hamdi c. Rumsfeld (2004), alors que la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis a considéré que les < combattants ennemis > devaient avoir la possibilité de contester les motifs de leur détention devant un organe impartial, le juge Clarence Thomas a fait valoir, dans son opinion dissidente, que le Président des États-Unis jouit d'une autorité constitutionnelle lui permettant de suspendre unilatéralement le droit d'*habeas corpus*.²⁵

Deuxièmement, la compétence de constater l'existence d'une situation extraordinaire peut être confiée au Parlement, qui décrètera, généralement dans une loi, l'état de nécessité et déclenchera les compétences accrues du pouvoir exécutif. La Constitution allemande (< *Grundgesetz* >) du 8 mai 1949 – telle que modifiée en 1968 par les < *Notstandsgesetze* > – prévoit, à son article 115a, que l'état de défense doit être déclaré par le Parlement (ou par le comité joint des deux chambres du Parlement si ce dernier n'est pas en mesure de se réunir).²⁶ Cette vision correspond également à celle exprimée par le juge Antonin Scalia dans son opinion dissidente à l'arrêt Hamdi précité.²⁷

tution of the United States, New York 2001, p. 447 s ; *Harold Hongju Koh*, *The National Security Constitution, Sharing Power After The Iran-Contra Affair*, New Haven 1990, p. 118 s.

23 *David Dyzenhaus*, *States of Emergency*, in : Michel Rosenfeld/András Sajó (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 442 ss, 442.

24 *Jean Gicquel/Jean-Eric Gicquel*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32^e éd., Paris 2018, p. 571 ss.

25 Cour suprême des États-Unis, 28.6.2004, 542 U. S. 507, Hamdi c. Rumsfeld (Justice Thomas, opinion dissidente), p. 581.

26 *András Jakab*, *Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes, Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen*, *Kritische Justiz* 2005, p. 323 ss, 325.

27 Cour suprême des États-Unis, 28.6.2004, 542 U. S. 507, Hamdi c. Rumsfeld (Justice Scalia, opinion dissidente), p. 562.

IV.4 Situations extraordinaires (Bernard)

- 16 Il est fréquent que les lois et décrets urgents du Parlement soient initialement adoptés pour une période limitée.²⁸ Dans le même ordre d'idées, Bruce Ackerman a proposé un système de majorités croissantes, qui vise à rendre toujours plus difficile l'octroi de pouvoirs d'exception au gouvernement et à éviter que la situation extraordinaire ne se prolonge indéfiniment dans le temps : une majorité simple du Parlement suffirait pour les deux ou trois premiers mois d'urgence, puis 60 % des voix seraient nécessaires pour les deux mois suivants, 70 % pour les deux mois suivants, puis enfin 80 % pour les périodes subséquentes.²⁹
- 17 Sous l'angle strictement formel de l'État de droit, la deuxième solution s'avère plus respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs, puisque le pouvoir législatif conserve la compétence d'octroyer au pouvoir exécutif des compétences exceptionnelles. En pratique, on observe d'ailleurs une tendance, de la part des gouvernements, à rechercher, pour des motifs de légitimité (< *compulsion of legality* >), l'autorisation du Parlement alors même que la Constitution leur permettrait, en théorie, de décréter seuls l'existence d'une situation extraordinaire.³⁰ Ainsi, en France, malgré l'existence de l'art. 16 Cst. française, le Président de la République a demandé à l'Assemblée nationale et au Sénat la ratification de son décret du 14 novembre 2015 décrétant l'état d'urgence (ce que le Parlement a fait en date du 20 novembre 2015).³¹
- 18 Toutefois, du point de vue de la Constitution, l'autorisation législative peut aussi avoir un effet pervers, qui réside dans la dissimulation de l'existence d'une situation extraordinaire (voir ci-dessous V). Au demeurant, le fait que le Parlement soit appelé à déclencher les pouvoirs de crise ne préjuge en rien des contraintes qui pèseront sur le pouvoir exécutif dans l'adoption de mesures exceptionnelles ni d'un éventuel contrôle exercé par le pouvoir judiciaire.

2. L'encadrement substantiel des mesures d'urgence

- 19 La situation extraordinaire décrétée, se pose la question de l'encadrement des mesures prises par le gouvernement. À nouveau, deux options sont envisageables.
- 20 Selon la première, pour autant que la désignation de l'existence d'une situation extraordinaire ait suivi les règles applicables, le pouvoir exécutif est entièrement libre d'adopter les mesures qu'il estime nécessaires et celles-ci se situeront en dehors du droit ordinaire (< modèle extralégal >). Ce mécanisme a été décrit par David Dyzenhaus comme créant un *legal black hole*, sorte de trou noir juridique mais légal, car créé conformément aux procédures

28 *Antony Clifford Grayling*, *Liberty in the age of terror, A defence of civil liberties and enlightenment values*, Londres 2009, p. 22 s.

29 *Bruce Ackerman*, *Before the Next Attack, Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven 2007, p. 80 ss.

30 *David Dyzenhaus*, *The Compulsion of Legality*, in : Victor V. Ramraj (éd.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge 2008, p. 33 ss.

31 Voir la loi n° 2015-1501 du 20.11.2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3.4.1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

prévues par la loi.³² Tel est le cas, par exemple, du système mis en place par l'art. 16 de la Constitution française, puisque le Président a pour unique contrainte de consulter le Parlement et le Conseil constitutionnel, sans qu'aucun veto ou sanction ne soit prévu.

Selon la seconde option, même si le constat d'une situation extraordinaire a pour effet de renforcer les compétences du pouvoir exécutif, celui-ci demeure lié par des contraintes constitutionnelles et/ou légales. Ces contraintes seront identiques à celles qui prévalent en temps de paix ou adaptées pour tenir compte des conditions d'urgence particulière.³³ Ainsi, la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 prévoit, à son article 55, une liste de droits qui peuvent être suspendus lorsque l'état d'urgence ou l'état de siège a été décrété (notamment le droit à la liberté, le droit au respect du domicile ou encore la liberté d'expression).³⁴ De même, si, dans le système de la Constitution de Bonn, la déclaration de l'état de défense a pour effet de renforcer les pouvoirs du Chancelier, ce dernier demeure soumis à des limites, en particulier le contrôle de la Cour constitutionnelle et le respect des droits individuels fondamentaux (art. 79 al. 3 et art. 115c al. 2 Cst. Bonn).³⁵ De manière générale, cette option est également celle qui est mise en place dans les traités internationaux de protection des droits de l'homme.

Quoique le débat porte davantage, ici, sur la substance de l'État de droit, il possède simultanément une dimension formelle de séparation des pouvoirs, puisque la deuxième option présentée conduit à ne pas confier tous les pouvoirs à l'exécutif, mais à préserver le rôle d'autres corps constitués (tels que le constituant, le législateur ou le pouvoir judiciaire).

Au début des années 2000, alors que de nombreux États percevaient le terrorisme international comme une menace vitale, plusieurs auteurs de doctrine ont cherché à construire de nouvelles catégories juridiques, situées entre temps normal et véritable situation de guerre, dans l'idée d'octroyer aux gouvernements des pouvoirs supplémentaires mais limités. Michel Rosenfeld a, par exemple, proposé la notion d'« état de stress » pour définir cet espace entre-deux,³⁶ tandis qu'Amitai Etzioni a suggéré la création d'une « troisième voie ».³⁷ Ces tentatives, même si elles poursuivent l'objectif louable de fixer des limites en temps de crise, contribuent cependant à brouiller la frontière entre droit ordinaire et droit (ou non-droit)

32 *David Dyzenhaus*, *An Unfortunate Outburst of AngloSaxon Parochialism*, *The Modern Law Review* 2005, p. 673 ss, 674 ; voir également *Trevor W. Morrison*, *Hamdi's Habeas Puzzle, Suspension as Authorization ?*, *Cornell Law Review* 2006, vol. 91, p. 411 ss, 415 ss ; *David L. Shapiro*, *Habeas Corpus, Suspension, and Detention, Another View*, *Notre Dame Law Review* 2006, vol. 82, p. 59 ss, 86 ss.

33 En faveur du premier terme de l'alternative, *David Cole/Jules Lobel*, *Less Safe, Less Free*, New York 2007, p. 242 ; en faveur du second, *Richard A. Posner*, *Not A Suicide Pact, The Constitution in a Time of Emergency*, Oxford 2006, p. 1 : « [A] Constitution that will not bend will break ».

34 *Mireille Delmas-Marty*, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris 2010, p. 124.

35 *Jakab* (note 26), p. 325.

36 *Michel Rosenfeld*, *La pondération judiciaire en temps de stress, une perspective constitutionnelle comparative*, in : *Henry Laurens/Mireille Delmas-Marty* (éd.), *Terrorismes, Histoire et droit*, Paris 2010, p. 219 ss.

37 *Amitai Etzioni*, *Terrorists, A Distinct Species, Terrorism and Political Violence* 2011, vol. 23, p. 1 ss.

d'exception. D'ailleurs, plusieurs auteurs préconisent le modèle extralégal précisément dans le but de protéger l'ordre juridique contre les risques de contamination par les règles d'urgence.³⁸

3. Le contrôle judiciaire ou quasi-judiciaire

- 24 L'existence de règles concernant le déclenchement et l'encadrement de la situation extraordinaire ne suffit pas à s'extraire du modèle extralégal d'inspiration schmittienne. Pour ce faire, il est nécessaire qu'existe une voie judiciaire ou quasi-judiciaire permettant de contrôler les décisions prises.³⁹ Sur le principe, ce contrôle peut être confié aux tribunaux ordinaires ou à des instances spécialisées, telle que la *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC) créée au Royaume-Uni en 1997, dont les règles de procédure ont été spécialement aménagées pour tenir compte du caractère secret des informations qu'elle est amenée à traiter.⁴⁰
- 25 Le contrôle des décisions adoptées en situation extraordinaire donne lieu, à nouveau, à des positions diamétralement opposées. Selon certains auteurs, l'expérience démontrerait que, dans une telle situation, les tribunaux font preuve d'une large déférence envers l'exécutif, en ne cherchant pas à imposer le respect strict des règles juridiques applicables, sous réserve du respect des procédures formelles établies.⁴¹ En d'autres termes, ces auteurs donnent raison à Lord Atkin lorsque celui-ci déclarait, dans son opinion dissidente à l'arrêt de la Chambre des Lords britannique *Liversidge c. Anderson* (1942), qu'il voyait « *with apprehension the attitude of judges who on a mere question of construction when face to face with claims involving the liberty of the subject show themselves more executive minded than the executive.* »⁴²
- 26 Dans cette vision, un contrôle judiciaire est, en réalité, pire que le trou noir évoqué ci-dessus : alors que, dans les deux cas, le gouvernement n'est, dans les faits, soumis à aucune contrainte – soit expressément, soit du fait de la passivité des juges –, la seconde solution donnerait aux actions de l'exécutif une indésirable « apparence de légalité » (*vener of legality*).⁴³

38 Oren Gross, *Chaos and Rules, Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, *The Yale Law Journal* 2003, vol. 112, p. 1011 ss, 1024.

39 Voir, de manière générale, Tom Bingham, *The rule of law*, Londres 2010, p. 90 ss.

40 Dominic McGoldrick, *Terrorism and Human Rights Paradigms, The United Kingdom after 11 September 2001*, in : Andrea Bianchi/Alexis Keller (éd.), *Counterterrorism, Democracy's Challenge*, Oxford 2008, p. 111 ss, 127 ss.

41 George J. Alexander, *The illusory protection of human rights by national courts during periods of emergency*, *Human Rights Law Journal* 1984, vol. 5, p. 1 ss, 10 ss ; Samuel Issacharoff/Richard H. Pildes, *Emergency contexts without emergency powers, The United States' constitutional approach to rights during wartime*, *International Journal of Constitutional Law* 2004, p. 296 ss, 297.

42 *Chambre des Lords*, 3.11.1941, [1941] UKHL 1 A. C. 206, *Liversidge v. Anderson* (Lord Atkin, opinion dissidente), p. 244.

43 David Dyzenhaus, *Schmitt v. Dicey, Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, *Cardozo Law Review* 2006, vol. 27, p. 2005 ss, 2026.

D'autres auteurs contestent cette vision du fonctionnement du pouvoir judiciaire en situation extraordinaire. Selon eux, les tribunaux sont en mesure d'imposer des exigences croissantes au gouvernement, dans ce qui peut être qualifié de « cycle vertueux ». ⁴⁴ Une des méthodes permettant d'initier un tel cycle consiste à adopter une attitude interprétative qualifiée de *liberty-promoting*, selon laquelle, en l'absence d'une déclaration claire en sens inverse, il y a lieu de présumer que le Parlement ou le gouvernement n'a pas entendu s'écarter des principes et droits constitutionnels établis. ⁴⁵ Dans son opinion dissidente à l'arrêt de la Chambre des Lords *R. c. Halliday, ex parte Zadig* (1914), Lord Shaw a ainsi estimé que si le Parlement avait souhaité transférer au gouvernement la compétence de détenir des citoyens, il aurait adopté un langage clair et explicite en ce sens (ce qui n'était, selon lui, pas le cas en l'espèce). ⁴⁶

De même, dans une affaire récente relative au gel des avoirs d'un individu, la Cour européenne des droits de l'homme a procédé à l'interprétation de la résolution en cause du Conseil de sécurité des Nations Unies, en indiquant que rien dans ce texte ne laissait penser que le Conseil entendait ne pas respecter les droits de l'homme et qu'il convenait dès lors de retenir l'interprétation qui cadrerait le mieux avec les exigences de la CEDH. ⁴⁷

4. Récapitulation

En définitive, la solution qui respecte le mieux, sur le plan théorique, les principes et objectifs de l'État de droit, tant sous l'angle substantiel que du point de vue de la séparation des pouvoirs, est celle qui préserve, même dans une situation extraordinaire, les compétences respectives du plus grand nombre de pouvoirs institués. Cependant, la pratique tempère cette affirmation, car une telle solution ne s'avère, en réalité, souhaitable que si ces pouvoirs jouent pleinement le rôle qui leur a été conféré par la Constitution. À défaut, elle peut s'avérer plus pernicieuse que le modèle extralégal.

IV. Le cadre normatif suisse

Les éléments analysés ci-dessus permettent de mettre en lumière les enjeux des situations extraordinaires sur la structure et la substance de l'État de droit. En pratique, cependant, les règles constitutionnelles et les réactions concrètes des États à de telles situations sont généralement mixtes, dans la mesure où elles mêlent des caractéristiques provenant de diffé-

⁴⁴ *Dyzenhaus* (note 23), p. 452 s.

⁴⁵ *Cass R. Sunstein*, *Clear Statement Principles and National Security, Hamdan and Beyond*, *The Supreme Court Review* 2006, p. 1 ss.

⁴⁶ *Chambre des Lords*, 1.5.1917, [1917] A. C. 260, *R. c. Halliday, ex parte Zadig* (Lord Shaw, opinion dissidente), p. 291 ss.

⁴⁷ *CourEDH (GC)*, 21.6.2016, n° 5809/08, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, § 140.

IV.4 Situations extraordinaires (Bernard)

rents modèles.⁴⁸ L'examen des règles instituées en Suisse en fournit une illustration saisissante.

1. Le droit fédéral

- 31 Le système mis en place par la Constitution fédérale pour traiter les situations extraordinaires touchant la Confédération en tant que telle se caractérise par une pluralité de niveaux.
- 32 Premièrement, l'art. 173 Cst. donne à l'Assemblée fédérale la compétence de prendre les mesures nécessaires pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse (let. a), les mesures nécessaires pour préserver la sécurité intérieure (let. b) et lui permet d'édicter, lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent et pour remplir les tâches mentionnées aux lettres a et b, des ordonnances ou des arrêtés fédéraux simples (let. c).
- 33 Simultanément, la Constitution fédérale autorise le Conseil fédéral à adopter des ordonnances indépendantes, fondées directement sur la Constitution, à l'art. 185 al. 3 Cst., qui confère au Conseil fédéral la compétence d'agir en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure (« ordonnances de police ») et à l'art. 184 al. 3 Cst., lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige (« ordonnances en matière de relations internationales »).⁴⁹ Dans les deux cas, les ordonnances adoptées par le gouvernement doivent être limitées dans le temps.⁵⁰
- 34 En se fondant conjointement sur ces deux dispositions, le Conseil fédéral a adopté, le 7 novembre 2001, l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe Al-Qaïda et d'organisations apparentées.⁵¹ L'ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA du 15 octobre 2018 a également été édictée sur cette double base.⁵²

48 *Scheppele* (note 5), p. 166.

49 *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, N. 1623 ss. Il convient de souligner que les ordonnances en matière de relations internationales mettent généralement en place des mesures de nature économique (blocage d'avoirs, interdiction d'entretenir des relations commerciales, etc.). Or, la LF du 22.3.2002 sur l'application de sanctions internationales (Loi sur les embargos, LEmb ; RS 946.231) prévoit désormais expressément la compétence du Conseil fédéral de mettre en œuvre, par voie d'ordonnance, des sanctions décrétées par l'ONU, l'OSCE ou les principaux partenaires commerciaux de la Suisse. Les ordonnances adoptées à ce titre par le Conseil fédéral sont donc aujourd'hui dépendantes.

50 Cette exigence, qui découle directement des dispositions constitutionnelles en cause, a été renforcée en 2010 par l'introduction de l'art. 7d LOGA, dont l'al. 2 prévoit qu'une ordonnance de police devient caduque six mois après son entrée en vigueur si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance ou un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale fondé sur l'art. 173 al. 1 let. c Cst. destinée à remplacer l'ordonnance du Conseil fédéral.

51 Ordonnance interdisant le groupe « Al-Qaïda » et les organisations apparentées (Ordonnance « Al-Qaïda »), RO 2001 3040 ss. Pour plus de détails sur cette ordonnance et sur sa postérité, voir N. 58–69.

52 Ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA (Ordonnance « UBS »), RO 2008 4741 ss. Cette ordonnance, dont l'art. 5 al. 2 prévoyait qu'elle aurait effet jusqu'à son remplacement par une loi fédérale, mais au plus tard jusqu'à l'exécution complète des transactions prévues à son art. 1 al. 2, a été abrogée le 20.1.2010, avec effet rétroactif au 25.8.2009. Voir RO 2010 447 ss.

Ce premier niveau demeure respectueux de l'État de droit, car il n'entraîne qu'un amoindrissement de l'exigence de la légalité, ancrée, de manière générale, à l'art. 5 al. 1 Cst. En effet, pour des mesures attentatoires aux droits fondamentaux, l'art. 36 al. 1 Cst. exige, en principe, que toute restriction se fonde sur une base légale, en précisant que les restrictions graves doivent être prévues dans une loi formelle. Toutefois, cette disposition réserve expressément les cas de danger sérieux, direct et imminent (« clause générale de police »).⁵³ Dès lors, dans de telles circonstances, une restriction grave à un droit fondamental, comme celle qu'opère, par exemple, l'interdiction du groupe « Al-Qaïda » sur la liberté d'association (art. 23 Cst.), peut se fonder sur une simple ordonnance, c'est-à-dire une loi au sens matériel. En revanche, l'art. 36 al. 2 Cst. (intérêt public) et al. 3 Cst. (proportionnalité) ne prévoient aucun accommodement (l'art. 36 al. 4 Cst. précise encore que l'essence des droits fondamentaux est inviolable).⁵⁴

En d'autres termes, dans une situation extraordinaire, le Conseil fédéral a la compétence d'adopter seul des ordonnances et peut, dans ce cadre, restreindre sans base légale formelle des droits fondamentaux. Cela étant, il reste lié par les autres conditions de restriction et ses ordonnances peuvent être librement contrôlées par le Tribunal fédéral.⁵⁵ Selon la grille d'analyse fournie ci-dessus, le gouvernement dispose donc, pendant une période de six mois, de la compétence de constater seul l'urgence, mais il demeure encadré substantiellement dans sa réponse et soumis à un contrôle judiciaire. Au-delà, il doit recueillir l'assentiment du Parlement.

Deuxièmement, les articles 184 et 185 Cst. ne fondant pas un véritable droit d'urgence,⁵⁶ la Constitution fédérale fait implicitement place aux ordonnances « de pleins pouvoirs ».⁵⁷ Ce mécanisme tire sa source de l'expérience historique, plus précisément de la manière dont les institutions helvétiques ont réagi au déclenchement des deux guerres mondiales. Par deux fois, le 3 août 1914 et le 30 août 1939, l'Assemblée fédérale a, en effet, adopté un arrêté transférant au Conseil fédéral les pleins pouvoirs,⁵⁸ suscitant un intense débat juridique sur les contours et les limites du droit d'urgence.⁵⁹

Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté de très nombreuses ordonnances, dont le contenu était, pour certaines d'entre elles, clairement contraire à la Constitution, à l'exemple de l'ordonnance du 22 septembre 1939 supprimant le secret de la correspondance et des conver-

53 *Regina Kiener*, Grundrechtsschranken, cet ouvrage, vol. 2, V.6, N. 31.

54 ATF 136 IV 97 consid. 6.3.1. p. 114.

55 Voir ATF 122 IV 258 consid. 2.a p. 262 dans lequel le Tribunal fédéral a ajouté que les ordonnances de police devaient également respecter les lois et arrêtés de l'Assemblée fédérale ainsi que certains principes juridiques fondamentaux, tels que l'égalité de traitement et le principe de la bonne foi.

56 *Eichenberger*, Comm. aCst., Art. 102 ch. 10, N. 168.

57 *Aubert*, Droit constitutionnel II, N. 1539 ss.

58 Arrêté fédéral sur les pleins pouvoirs RO 30 347 ss et Arrêté fédéral sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité (Arrêté « sécurité et neutralité »), RO 55 781 ss.

59 Voir *Andreas Kley*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 3^e éd., Berne 2013, p. 373 ss.

IV.4 Situations extraordinaires (Bernard)

sations téléphoniques.⁶⁰ Suite aux difficultés éprouvées pour démanteler le régime des pleins pouvoirs à la fin de la seconde guerre mondiale, le peuple et les cantons ont accepté, le 11 septembre 1949, l'initiative « Retour à la démocratie directe » et l'introduction d'un nouvel article 89^{bis} aCst.⁶¹ Les ordonnances d'exception fondées sur l'arrêté de 1939 sont finalement devenues caduques le 31 décembre 1952.

- 39 L'art. 165 Cst., qui transpose l'art. 89^{bis} aCst. dans la nouvelle Constitution, encadre désormais le régime des pleins pouvoirs. En effet, en vertu de cette disposition, l'Assemblée fédérale a la compétence d'adopter des lois fédérales urgentes, qui entrent en vigueur immédiatement (al. 1). Ces lois peuvent être contraires à la Constitution, mais leur validité est alors limitée à un an, sauf si le peuple et les cantons les acceptent dans ce délai (al. 2 et al. 3). Sur cette base, il demeure envisageable que l'Assemblée fédérale délègue au Conseil fédéral les « pleins pouvoirs », mais pour une durée maximale d'une année.⁶²
- 40 Dans ce régime, la constatation de l'urgence appartient au pouvoir législatif, mais le gouvernement se retrouve ensuite avec une marge de manœuvre totale pendant une période d'un an, le consentement du peuple et des cantons étant ensuite nécessaire si les mesures adoptées sont contraires à la Constitution.
- 41 Troisièmement et exclusivement dans l'hypothèse où le Parlement ne serait pas en mesure de se réunir ou de fonctionner,⁶³ la doctrine réserve au Conseil fédéral la compétence d'adopter des « ordonnances de stricte nécessité » fondées sur le droit constitutionnel non écrit.⁶⁴ Cette construction, qui n'a, à ce jour, jamais été mise en œuvre, est intégralement extralégale : le gouvernement dispose seul de la compétence de constater la situation extraordinaire et de prendre toutes les mesures – y compris inconstitutionnelles – qu'il juge utiles pour parer au danger.
- 42 On voit ainsi qu'un système qui paraît, à la lecture de l'art. 36 al. 1 Cst., soucieux de rester dans le cadre constitutionnel, s'ouvre, en réalité, vers des modèles moins respectueux de la légalité. Toutefois, le fait que le troisième niveau n'ait jamais été utilisé et que le deuxième ne l'ait été que pendant les deux guerres mondiales tend à démontrer que le premier niveau, qui reste dans le modèle légal, suffit habituellement à gérer les situations extraordinaires de basse intensité qui touchent la Suisse.

60 Arrêté « sécurité et neutralité » (note 58), RO 55 1115 ss.

61 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif au résultat de la votation populaire du 11 septembre 1949 sur l'initiative visant l'abrogation de l'article 89, 3^e alinéa, de la constitution (clause d'urgence) et son remplacement par un article 89^{bis}, FF 1949 II 585 ss.

62 *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, N. 1639.

63 *Aubert*, Comm. aCst., Art. 84, N. 8.

64 *Aubert*, Droit constitutionnel II, N. 1551.

2. Les rapports entre collectivités au sein de la Confédération

Les particularités d'un État fédéral rendent nécessaires la création d'instruments à disposition du pouvoir central (l'État fédéral) afin d'intervenir, au besoin, dans les entités fédérées (les cantons). À cet effet, la Constitution fédérale prévoit deux mécanismes principaux : l'exécution fédérale et l'intervention. 43

Le mécanisme appelé exécution fédérale, extrêmement rare en pratique, se situe à la marge du présent chapitre, puisqu'il vise le cas où un canton violerait délibérément le droit fédéral et les moyens mis à disposition du pouvoir fédéral pour en assurer l'exécution.⁶⁵ L'instrument de l'exécution fédérale ne ressort plus expressément du texte de la Constitution, mais découle de l'art. 173 al. 1 let. e Cst., qui prévoit que l'Assemblée fédérale prend des mesures afin d'assurer l'application du droit fédéral. Ce faisant, cette disposition reprend implicitement le contenu de l'art. 85 ch. 8 aCst., qui autorisait le Parlement à adopter les dispositions requises pour obtenir des cantons l'accomplissement des devoirs fédéraux.⁶⁶ En cas d'urgence, le Conseil fédéral peut également agir de son propre chef.⁶⁷ Les moyens d'exécution peuvent aller jusqu'à l'exécution militaire, moyen qui n'a toutefois jamais été utilisé.⁶⁸ L'exécution fédérale demeure cependant dans le modèle légal, puisqu'elle doit s'exercer dans les limites de la Constitution et de la législation fédérale.⁶⁹ 44

L'intervention est prévue, quant à elle, à l'art. 52 Cst. L'alinéa 1 indique que la Confédération protège l'ordre constitutionnel des cantons tandis que l'alinéa 2 précise que la Confédération intervient lorsque l'ordre est troublé ou menacé dans un canton et que celui-ci n'est pas en mesure de le préserver, seul ou avec l'aide d'autres cantons. Cette mesure, qui peut être déclenchée sur demande ou d'office, revêt un caractère subsidiaire et, compte tenu de son impact considérable, présuppose un trouble ou une menace de nature très sérieuse.⁷⁰ L'intervention peut prendre deux formes : une mise sous tutelle du canton par l'envoi d'un commissaire représentant le Conseil fédéral, doté des pleins pouvoirs, ou l'engagement de forces policières ou militaires pour assurer le maintien de l'ordre.⁷¹ La Confédération n'a connu que dix cas d'intervention depuis 1848, exclusivement en lien avec des troubles intérieurs, la dernière fois à Genève en 1932.⁷² La question des limites constitutionnelles à respecter dans ce cadre, de même que celle d'un éventuel contrôle judiciaire, demeure floue. 45

65 *Bellanger*, Droit de nécessité et état d'exception, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 80, N. 4 ss.

66 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (Message Cst. féd.), FF 1997 I 1 ss, 407.

67 *Ibid.*

68 *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel I, N. 1130 s.

69 Office fédéral de la justice, 25.6.1985, JAAC 1986/50 n° 61, p. 400.

70 *Bellanger*, Droit de nécessité et état d'exception, in : Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 80, N. 27 ss.

71 Message Cst. féd. (note 66), 221 s.

72 *Aubert*, Droit constitutionnel I, N. 820.

3. Le droit cantonal

- 46 Les constitutions cantonales présentent un panorama varié de réglementations.
- 47 Certaines constitutions ne prévoient pas de clause particulière pour les cas d'urgence ou ne contiennent qu'une réglementation fragmentaire. Certaines d'entre elles se bornent ainsi à indiquer que le maintien de l'ordre public figure parmi les tâches du canton et des communes.⁷³
- 48 D'autres, notamment celles qui ont été adoptées depuis les années 1980, contiennent, en général, une disposition spécifique consacrée aux situations extraordinaires – la terminologie utilisée varie selon les cantons. Près de la moitié des constitutions cantonales prévoit le mécanisme suivant : le pouvoir exécutif est autorisé à prendre les mesures nécessaires en cas de troubles graves de la sécurité et de l'ordre public, sans base légale, et à adopter des ordonnances de nécessité ; ces ordonnances doivent être soumises immédiatement au parlement cantonal et sont caduques un an après leur entrée en vigueur, à moins d'avoir été ratifiées par ce dernier.⁷⁴ Cette clause peut connaître certaines variations. Ainsi, plusieurs constitutions ajoutent, parmi les motifs d'urgence, les situations de crise sociale, à l'image de l'art. 91 Cst. BE. L'art. 113 al. 2 Cst. GE précise, quant à lui, qu'il appartient au Grand Conseil, s'il peut se réunir, de constater l'existence d'une situation extraordinaire.
- 49 Les constitutions cantonales demeurent, dans l'ensemble, muettes sur l'étendue des pouvoirs dont dispose alors le Conseil d'État et sur un éventuel encadrement substantiel. Une exception est la Constitution thurgovienne, dont le § 44 indique que le Conseil d'État est autorisé, dans de telles circonstances, à déroger à la Constitution et à la loi.
- 50 Ce bref survol des textes constitutionnels cantonaux montre qu'un certain consensus se dégage sur la manière de réglementer les situations extraordinaires. À teneur de celui-ci, le gouvernement cantonal se voit octroyer seul la compétence de décréter la présence d'une situation extraordinaire, pour une durée maximale d'un an, avec des limites substantielles assez floues. Cette solution s'avère ainsi proche du modèle extralégal. Cela étant, sous l'angle des droits fondamentaux, les gouvernements cantonaux demeurent bien évidemment tenus de respecter l'art. 36 Cst.⁷⁵

4. La réglementation internationale

- 51 Le traitement d'une situation extraordinaire n'est plus aujourd'hui l'apanage du seul droit interne, ce dernier ayant notamment été complété par des traités internationaux de protection des droits de l'homme. Il convient donc de présenter brièvement la façon dont les deux conventions de portée générale pertinentes dans ce domaine ratifiées par la Suisse, la CEDH et le Pacte ONU II, gèrent les situations extraordinaires.

73 Voir p.ex. art. 24 Cst. OW.

74 Voir p.ex. art. 72 Cst. ZH et art. 113 Cst. GE.

75 ATF 128 I 327 consid. 4.3.2 p. 343 ss.

Le mécanisme mis en place par les articles 4 Pacte ONU II et 15 CEDH, dont le contenu est très proche, est qualifié de « dérogation ». Il constitue l'une des tentatives les plus abouties de soumettre les situations extraordinaires au droit, tant sous l'angle des limites substantielles que du contrôle du juge⁷⁶.

Tout d'abord, l'État contractant doit informer le Secrétaire général de l'ONU, respectivement le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, des mesures dérogatoires prises et des motifs qui les ont inspirées. Il en va de même lorsque les mesures dérogatoires prennent fin et que l'instrument conventionnel reçoit de nouveau « pleine application ».⁷⁷

Sous l'angle substantiel, les dispositions conventionnelles prévoient qu'une dérogation n'entre en ligne de compte qu'en cas de danger public menaçant la vie (ou l'existence, selon les termes du Pacte) de la nation. Au surplus, les mesures adoptées doivent être proportionnelles (« dans la stricte mesure où la situation l'exige ») et conformes aux autres obligations que le droit international impose à l'État concerné.⁷⁸ Enfin, chaque instrument énumère une liste de droits dits « indérogables » qui doivent être respectés par l'État même dans une situation extraordinaire, par exemple l'interdiction de la torture.⁷⁹

76 *Helen Duffy*, *The « War on Terror » and the Framework of International Law*, Cambridge 2005, p. 445 ss. Il convient de préciser que la Convention américaine des droits de l'homme prévoit une réglementation analogue à son article 27. Quant à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, seule parmi les traités de protection des droits de l'homme à portée générale, elle ne contient pas de clause de suspension.

77 *Stefan Sottiaux*, *Derogation in Time of Emergency*, in : Pieter van Dijk et al. (éd.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5^e éd, Cambridge 2018, p. 1063 ss.

78 *David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbrick*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., Oxford 2014, p. 617 ss. Le Pacte ONU II comprend deux exigences supplémentaires, qui ne figurent pas dans la CEDH : le danger public doit être « proclamé par un acte officiel » et les mesures dérogatoires adoptées ne doivent pas entraîner de discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale (art. 4 al. 1 Pacte ONU II). Cependant, en vertu du renvoi de l'art. 15 CEDH aux autres obligations du droit international, la différence est estompée en pratique. Voir CourEDH, 26.5.1993, n° 14553/89, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, § 67 ss, où la Cour européenne a examiné, par renvoi de l'art. 15 CEDH, si la dérogation annoncée par le ministre de l'Intérieur britannique devant la Chambre des communes constituait bel et bien un « acte officiel » au sens de l'art. 4 Pacte ONU II.

79 Cette liste a été élargie de manière prétorienne par l'organe chargé de veiller au respect du Pacte ONU II, le Comité des droits de l'homme, pour inclure notamment le droit de toute personne privée de sa liberté à être traitée avec humanité. Voir Comité des droits de l'homme, 31.8.2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, *Observation générale n° 29, États d'urgence* (art. 4), § 13.

IV.4 Situations extraordinaires (Bernard)

- 55 Ces trois conditions font l'objet d'un contrôle judiciaire, en dernier lieu par l'organe international compétent⁸⁰. Ainsi, en 1969, dans son rapport sur l'« Affaire grecque »,⁸¹ l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a été amenée à examiner si la dérogation notifiée par le régime des colonels ayant pris le pouvoir en Grèce en avril 1967 respectait les conditions de l'art. 15 CEDH. Elle a estimé que tel n'était pas le cas, dans la mesure où ni la potentielle prise de pouvoir communiste ni les risques de troubles lors des élections ne constituaient un risque pour la vie organisée de la communauté.⁸²
- 56 En pratique, il est fréquent que les dérogations portent sur le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH et art. 9 Pacte ONU II), afin de faciliter la détention de suspects (terroristes) sans contrôle judiciaire.⁸³ Après le 11 septembre 2001, le Royaume-Uni a dérogé à l'art. 5 § 1 let. f CEDH (qui autorise notamment la détention de ressortissants étrangers contre lesquels une procédure d'expulsion est en cours). Saisie de requêtes individuelles, la Cour a examiné le respect des conditions de l'art. 15 CEDH. Dans ce contexte, elle a admis l'argument du gouvernement britannique selon lequel un danger pour la vie de la nation était réalisé, mais elle a jugé que les mesures adoptées n'étaient pas strictement requises par la situation, dans la mesure où elles opéraient « une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques ».⁸⁴
- 57 Le droit international des droits de l'homme offre ainsi un filet original de protection, qui ne se prononce pas sur l'organe compétent pour décréter l'existence d'une situation extraordinaire, mais qui met en place un encadrement substantiel et juridictionnel complet des mesures d'urgence adoptées par les États membres.⁸⁵

80 En revanche, l'art. 13 CEDH (droit à un recours effectif) n'est pas directement applicable, cette disposition devant impérativement être invoquée conjointement avec un droit matériel garanti par la Convention, c'est-à-dire les articles 2 à 12 et 14. Voir *Giorgio Malinverni*, Variations sur un thème encore méconnu : l'art. 13 CEDH, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1998, p. 647 ss, 647 s.

81 CommissionEDH, 5.11.1969, n° 3321/67, Rapport sur l'affaire grecque, Danemark c. Grèce, Norvège c. Grèce, Suède c. Grèce, Pays-Bas c. Grèce.

82 *Ibid.*, § 164. De manière similaire, le 21 juillet 2016, suite à la tentative manquée de coup d'état, la Turquie a déclaré au Conseil de l'Europe qu'elle dérogeait à la Convention. Pour plus de détails sur ce point, voir la déclaration de Nils Muižnieks, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence en Turquie, 26.7.2016, www.coe.int/fr/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey (2.5.19).

83 *Simpson* (note 12), p. 55 : « *In emergencies the power most sought by the authorities is the power of detaining suspects without trial* ».

84 CourEDH (GC), 19.2.2009, n° 3455/05, A. et autres c. Royaume-Uni, § 182 ss.

85 Voir cependant la critique d'*Oren Gross*, « *Once More unto the Breach* », *The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, *Yale Journal of International Law* 1998, vol. 23, p. 437 ss, 500, selon lequel les instruments conventionnels n'ont pas permis de lutter efficacement contre la prolongation indéfinie d'états de nécessité, notamment dans le sud-est de la Turquie.

V. Étude de cas : l'interdiction du groupe Al-Qaïda en Suisse

Il est rare qu'un danger fasse peser une menace vitale pour la survie même d'un État, comme tel était le cas lors des deux guerres mondiales. Les situations extraordinaires sont donc souvent d'une intensité inférieure et, dans la mesure où elles limitent les droits fondamentaux, peuvent être gérées, en Suisse, par le mécanisme prévu à l'art. 36 Cst. (une dérogation aux traités internationaux n'étant alors, par définition, pas nécessaire). Il n'en demeure pas moins que les mesures adoptées peuvent modifier la substance et la structure de l'État de droit. L'analyse d'un exemple concret, la volonté des autorités helvétiques d'interdire le groupe « Al-Qaïda » sur le territoire suisse et de sanctionner toute collaboration avec ce dernier, permet d'illustrer ce risque. 58

1. Les faits

Le 7 novembre 2001, comme déjà mentionné ci-dessus, le Conseil fédéral a adopté, sur la base des articles 184 et 185 Cst., l'ordonnance interdisant le groupe « Al-Qaïda » et les organisations apparentées, dont la durée de validité était initialement fixée au 31 décembre 2003⁸⁶. Cette ordonnance a été prorogée, au 31 décembre 2005,⁸⁷ puis au 31 décembre 2008,⁸⁸ enfin au 31 décembre 2011⁸⁹. 59

A partir du 1^{er} décembre 2012, en application du nouvel art. 7d LOGA, cette ordonnance a été remplacée par une ordonnance de l'Assemblée fédérale, fondée sur l'art. 173 al. 1 let. c Cst., dont l'échéance était fixée au 31 décembre 2014.⁹⁰ 60

A compter du 1^{er} janvier 2015, l'ordonnance précitée a été remplacée par la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et les organisations apparentées, qui a été déclarée urgente en application de l'art. 165 al. 1 Cst. et dont les effets devaient initialement durer jusqu'au 31 décembre 2018.⁹¹ 61

Le 15 juin 2018, le Parlement a prolongé la validité de cette loi jusqu'au 31 décembre 2022,⁹² afin de disposer du temps nécessaire pour modifier l'art. 74 de la loi sur les renseignements⁹³, qui fournit au Conseil fédéral une base légale générale lui permettant d'interdire des organisations ou des groupements qui ont été proscrits par une décision des Nations Unies ou de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe.⁹⁴ 62

86 Ordonnance « Al-Qaïda » (note 51).

87 Prorogation de l'ordonnance « Al-Qaïda » (note 51), RO 2003 4485 ss.

88 Prorogation de l'ordonnance « Al-Qaïda » (note 51), RO 2005 5425 ss.

89 Prorogation de l'ordonnance « Al-Qaïda » (note 51), RO 2008 6271 ss.

90 Prorogation de l'ordonnance « Al-Qaïda » (note 51), RO 2012 1 ss.

91 Prorogation de l'ordonnance « Al-Qaïda » (note 51), RO 2014 4565 ss.

92 Prorogation de l'ordonnance « Al-Qaïda » (note 51), RO 2018 3345 ss.

93 LF sur le renseignement du 25.09.2015 (LRens ; RS 121).

94 Message du Conseil fédéral concernant la prorogation de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et les organisations apparentées, FF 2018 87 ss, 90 ss. La problématique des sanctions internationales et du respect des droits fondamentaux lors de leur mise en œuvre par les

2. L'analyse

- 63 La volonté d'interdire en Suisse le groupe < Al-Qaïda >, suite aux attentats du 11 septembre 2001, même si elle va au-delà du gel des avoirs de cette organisation, ne participe manifestement pas d'un droit d'urgence véritable, dans lequel la survie de la Suisse serait confrontée, en tant que telle, à un danger sérieux et immédiat. Il n'est donc point question ici d'ordonnances de plein pouvoir ou d'ordonnances de stricte nécessité dont le contenu sortirait du cadre de l'art 36 Cst. et pourrait déroger à la Constitution fédérale, ni d'ailleurs d'un cas où une dérogation aux traités internationaux serait nécessaire.
- 64 On peut cependant admettre, notamment eu égard au contexte international et aux réactions d'autres États tels que les États-Unis d'Amérique ou le Royaume-Uni, que le risque représenté par ce groupe était, à l'époque, constitutif d'une situation extraordinaire de basse intensité et que, confrontés aux événements du mois de septembre 2001, les éléments ralentisseurs du processus législatif helvétique aient rendu ce dernier impropre à apporter une réponse suffisamment énergique à la menace. En adoptant une ordonnance indépendante, directement fondée sur les articles 184 et 185 Cst., le Conseil fédéral a précisément considéré qu'il était en droit d'apporter une restriction grave à la liberté d'association, sans s'appuyer sur une loi formelle, conformément au système de la clause générale de police ancré à l'art. 36 Cst.
- 65 Conformément au souci, énoncé depuis l'Antiquité, de limiter la situation extraordinaire dans le temps, la validité de l'ordonnance du Conseil fédéral a d'abord été fixée à une durée d'environ deux ans. Cependant, par le biais de prolongations successives, l'ordonnance est finalement restée en vigueur plus de dix ans puis, par le biais de sa métamorphose en actes parlementaires – ordonnance de l'Assemblée fédérale, puis loi fédérale urgente – continue à être applicable aujourd'hui, plus de dix-sept ans après son adoption. Après l'écoulement d'un tel laps de temps, il est légitime de se demander si la réaction – peut-être initialement justifiée – à la menace représentée par < Al-Qaïda > peut encore se réclamer d'une quelconque situation extraordinaire.
- 66 L'acceptation de cette forme d'urgence permanente est facilitée par le fait que l'interdiction ne vise qu'un groupe au sein de la population, réduisant de ce fait la mobilisation des personnes non directement concernées et aboutissant à ce que, d'une certaine manière, une situation extraordinaire coexiste de manière durable avec le système juridique ordinaire.⁹⁵

États a donné lieu, depuis une vingtaine d'années, à une jurisprudence florissante. Voir, dans le contexte du Conseil de l'Europe, CourEDH (GC), Al-Dulimi (note 47), et, dans celui de l'Union européenne, CJUE, 3.9.2008, C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*.

95 *Scheppele* (note 5).

Le projet de modification de l'art. 74 LRens est également riche d'enseignements,⁹⁶ puisqu'il aurait pour effet de pérenniser la solution extraordinaire adoptée en 2001 par le Conseil fédéral, en ancrant cette solution temporaire dans le droit ordinaire et en altérant ce dernier en conséquence.⁹⁷ D'ailleurs, dans sa teneur actuelle déjà, l'art. 74 LRens fait rentrer les compétences d'interdiction du Conseil fédéral dans le giron de la légalité, puisque les ordonnances que celui-ci adopte à présent dans ce domaine sont de simples ordonnances dépendantes, qui s'appuient sur une délégation du Parlement figurant dans une loi formelle. L'action future du gouvernement en la matière passera donc très vraisemblablement sous le « radar de l'alarme constitutionnelle »,⁹⁸ autre signe d'altération du droit ordinaire par les normes d'exception.

Simultanément, alors que l'ordonnance de 2001 ciblait précisément le groupe « Al-Qaïda » avant d'être étendue à l'État islamique, à l'occasion de l'adoption de la loi fédérale urgente du 12 décembre 2014 –, le nouvel article 74 LRens est de portée générale et abstraite. À l'élément de pérennisation des normes d'urgence vient donc s'ajouter un processus de généralisation de leur champ d'application, deux phénomènes qui ne sont pas sans conséquence sur la substance de l'État de droit helvétique.

Dans la mesure où ce débat s'inscrit dans le cadre de l'art. 36 Cst., les interdictions précitées doivent poursuivre un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité, les tribunaux conservant la compétence de vérifier leur constitutionnalité. Cependant, compte tenu de l'art. 190 Cst., le remplacement d'ordonnances indépendantes du Conseil fédéral par des lois formelles de l'Assemblée fédérale a pour conséquence d'immuniser très largement ces dernières contre un contrôle judiciaire.⁹⁹

L'exemple helvétique n'est évidemment pas unique. Ainsi, en France, l'état d'urgence décrété par le Président de la République le 14 novembre 2015 a été prorogé à de multiples reprises par l'Assemblée nationale jusqu'au 1^{er} novembre 2017. Il a finalement été levé à cette dernière date, mais seulement après que l'adoption d'une nouvelle loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme¹⁰⁰ a permis d'intégrer de nombreux mécanismes issus du droit d'urgence dans le droit ordinaire, altérant ainsi ce dernier.¹⁰¹

96 Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé, FF 2018 6469 ss, 6522 ss.

97 Arthur Chaskalson, *Preserving Civil Liberties in an Age of Global Terror*, *International Perspectives*, *Cardozo Law Review* 2007, vol. 39, p. 11 ss, 13.

98 Scheppele (note 5), p. 174.

99 Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel I*, N. 1919 ss.

100 Voir la loi n° 2017-1510 du 30.10.2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

101 François Sureau, *Pour la liberté, Répondre au terrorisme sans perdre raison*, Paris 2017.

VI. Conclusion

- 71 Le thème des situations extraordinaires revêt un intérêt considérable, car il permet de s'interroger sur les fondements et les limites du projet ayant conduit à l'adoption des constitutions et des États de droit modernes. Au cours de l'histoire, il a donné lieu à de riches réflexions théoriques et à l'élaboration de différents modèles, qui fournissent des outils extrêmement utiles pour examiner les réglementations existantes.
- 72 L'analyse des différents systèmes nationaux doit cependant aussi tenir compte de la pratique de chaque État. Comme l'illustre le cas de la Suisse, les règles applicables résultent, en général, d'un mélange de normes expresses, de pratique institutionnelle et de droit constitutionnel non écrit, fortement imprégné de l'environnement et de la culture politique de l'État concerné (ce que les éditeurs du présent volume qualifient d'« *Ambiance* »).¹⁰² Ce champ de réflexion est aujourd'hui bien développé et profite notamment d'analyses fines de droit comparé.¹⁰³
- 73 Cela étant, sous peine de demeurer à la surface de la problématique, toute étude des situations extraordinaires doit être attentive, au-delà des règles prévues pour les dangers vitaux pour la survie de l'État, à la manière dont le système gère les crises d'intensité inférieure et à son impact sur les principes et les structures établis. Il serait donc hautement profitable que de nouvelles recherches empiriques soient menées sur cet aspect de la problématique.¹⁰⁴

102 Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, *Verfassung*, cet ouvrage, vol. 1, I.1, N. 6.

103 Voir, par exemple, Nicolas Bonbled/Céline Romainville, États d'exception et crises humaines aiguës, débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2009, p. 429 ss.

104 Sur les aspects propres au droit constitutionnel suisse, voir en particulier Andreas Kley, *Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts*, cet ouvrage, vol. 1, I.4, N. 1 ss.