



Article scientifique

Article

2023

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 état d'urgence : perspectives de droit constitutionnel

Bernard, Frédéric

How to cite

BERNARD, Frédéric. État de droit et état d'urgence : perspectives de droit constitutionnel. In: La Semaine judiciaire, 2023, vol. 145, n° 4, p. 267–280.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:171179>

État de droit et état d'urgence: perspectives de droit constitutionnel

Frédéric BERNARD*

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Synthèse

La Constitution fédérale de 1999 exige expressément que la Suisse se conforme aux exigences d'un État de droit, sans pour autant fournir une définition complète de cette notion. Il est dès lors utile de brièvement rappeler les éléments formels et matériels qui le composent et de montrer de quelle manière ils sont sollicités lorsque surgissent des situations urgentes. Ces dernières, qui se sont succédé au cours des dernières décennies (terrorisme, pandémie, etc.) conduisent en effet régulièrement l'État à adopter des mesures rapides et rigoureuses. En prenant un peu de recul, nous ferons valoir qu'il convient de prêter une attention particulière à deux « moments » particuliers : la posture adoptée lors de l'entrée dans l'urgence et les conditions entourant le fait d'en sortir.

* L'auteur tient à remercier vivement Monsieur Nicolas CONTI, assistant-doctorant à l'Université de Genève, pour sa relecture minutieuse de la présente contribution.

Zusammenfassung

Die Bundesverfassung von 1999 verlangt ausdrücklich, dass sich die Schweiz an den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns orientiert, ohne jedoch eine umfassende Definition dieses Begriffs zu geben. Es ist daher sinnvoll, kurz die formellen und materiellen Elemente in Erinnerung zu rufen, aus denen sich das rechtsstaatliche Handeln zusammensetzt, und zu zeigen, wie diese Elemente in Notlagen anwendbar sind. Solche sind in den letzten Jahrzehnten immer wieder aufgetreten (Terrorismus, Pandemie usw.) und haben den Staat regelmässig dazu bewogen, einschneidende Massnahmen zu erlassen. Mit etwas Abstand sollten unseres Erachtens zwei Schritte besonders beachtet werden: die Haltung bei der Ausrufung der Notlage und die Bedingungen für eine Beendigung der Notlage.

Table des matières

Introduction	270
<hr/>	
I. État de droit	271
<hr/>	
II. État d'urgence	273
<hr/>	
III. Points de tension	275
<hr/>	
A. Légalité	275
<hr/>	
B. Sécurité juridique	275
<hr/>	
C. Accès à la justice	275
<hr/>	
D. Respect des droits fondamentaux	276
<hr/>	
E. Non-discrimination et égalité devant la loi	276
<hr/>	
IV. Moments décisifs	277
<hr/>	
A. Entrée dans l'urgence	277
<hr/>	
B. Sortie de l'urgence	278
<hr/>	
Conclusion	279
<hr/>	
Bibliographie	280
<hr/>	

Introduction

La présente contribution, qui s'inscrit dans les Actes de la journée organisée par la Société genevoise de droit et de législation le 23 septembre 2022 sur l'« État de droit et état d'urgence », aborde les perspectives de droit constitutionnel sur cette thématique.

À titre liminaire, il est utile de définir ce que sont respectivement un État de droit (*infra* I.) et un état d'urgence (*infra* II.). L'apparition d'une situation urgente requérant la prise de mesures rapides et rigoureuses, la réponse étatique à l'urgence génère potentiellement des conflits avec certains éléments de l'État de droit: nous illustrerons ces points de tension au moyen d'exemples tirés de l'actualité récente (*infra* III.). Enfin, nous identifierons deux moments décisifs pour tout État de droit confronté à une situation urgente (*infra* IV.).

I. État de droit

L'art. 5 Cst. féd., intitulé «Principes de l'activité de l'État régi par le droit», a la teneur suivante :

- «¹ Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.
² L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.
³ Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.
⁴ La Confédération et les cantons respectent le droit international.»

Selon la doctrine, cette disposition inscrit dans la Constitution fédérale la notion d'État de droit¹, et ce malgré un certain flottement terminologique qui se manifeste par l'absence de l'expression «État de droit» en tant que telle dans le texte français et, dans une moindre mesure, dans le texte allemand (*Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns*)².

1 MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II., p. 540-541 ; TSCHANNEN, p. 90-91.
2 CR Cst.-DUBEY, art. 5 N. 2 : «[O]n observera que le constituant semble avoir eu du mal à appeler un chat un chat».

Le texte italien est, lui, plus direct, puisque l'art. 5 Cst. est intitulé *Stato di diritto*³.

La notion d'état de droit apparaît également dans d'autres textes normatifs et officiels fédéraux. Ainsi, lorsqu'en 2010, le Parlement a décidé d'encadrer davantage le «droit d'urgence» du Conseil fédéral, il a modifié plusieurs lois fédérales, dont la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁴, par le biais d'une loi fédérale intitulée «sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires»⁵.

De même, l'ordonnance du Conseil fédéral sur l'organisation du Département fédéral de justice et police⁶ charge l'Office fédéral de la justice de «consolider le système fédéral, notamment dans les domaines des droits de l'homme, de la démocratie et des principes de l'état de droit» (art. 6 al. 1 let. b) et de veiller «à la légalité des actes législatifs, des arrêtés et des décisions de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, notamment au respect des droits fondamentaux et à l'observation des principes de l'État de droit, de l'ordre de compétences fédéral et autres principes constitutionnels» (art. 6 al. 2 let. a). La même ordonnance confie à l'Office fédéral de la police la tâche de «protéger l'état de droit helvétique et ses fondements démocratiques» (art. 9 al. 1 let. a).

Par ailleurs, dans la Stratégie de politique extérieure 2020-2023, adoptée par le Conseil fédéral en janvier 2020, on peut lire que la stratégie «se fonde en particulier sur les principes constitutionnels de la liberté, de l'état de droit, de l'égalité des chances et de la durabilité»⁷. En conséquence, la Suisse «s'engage en faveur d'un monde pacifique et sûr, où chacun peut vivre à l'abri de la peur et de la misère et où le respect des droits de l'homme et la prospérité économique sont garantis. La paix, l'état de droit et la sécurité sont les fondements de la prospérité et du développement durable. La politique extérieure a pour vocation de consolider ces fondements.»⁸

3 La terminologie utilisée par les constitutions cantonales romandes varie. Ainsi, certains cantons affirment de manière directe qu'ils sont un État de droit. Voir p. ex. l'art. 1 al. 1 Cst. GE : «La République de Genève est un État de droit démocratique fondé sur la liberté, la justice, la responsabilité et la solidarité.» et l'art. 1 al. 1 Cst. BE : «Le canton de Berne est un État de droit libéral, démocratique et social.» La Constitution fribourgeoise contient une disposition identique à la Constitution bernoise. En revanche, les constitutions vaudoise, neuchâteloise et jurassienne ne contiennent pas une telle affirmation. Cf. p. ex. art. 1 al. 1 Cst. VD : «Le Canton de Vaud est une république démocratique fondée sur la liberté, la responsabilité, la solidarité et la justice.»

4 RS 172.010.

5 RO 2010 1381.

6 RS 172.213.1.

7 CONSEIL FÉDÉRAL, *Stratégie extérieure 2020-2023*, Berne 2020, p. 5.

8 *Ibid.*, p. 10.

Cela étant, la Constitution fédérale ne définit pas ce qu'est un État de droit⁹ et se contente d'en identifier cinq principes. Ces derniers, absents de l'ancienne Constitution de 1874, avaient progressivement été dégagés par la jurisprudence et la doctrine en tant que droit constitutionnel non écrit¹⁰. Les autres textes précités ne précisent pas non plus ce qu'est un État de droit, à l'exception du Glossaire figurant en annexe de la Stratégie de politique extérieure 2020-2023, qui en contient une définition rudimentaire¹¹.

Sur le plan international, la notion d'État de droit est également très répandue, parfois sous l'appellation «prééminence du droit» (qui est une traduction de l'expression *rule of law*), par exemple dans le préambule du Statut du Conseil de l'Europe où les États fondateurs se déclarent «[i]nébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable». Le contenu de cette notion est floue aussi au plan international, en grande partie car elle est un amalgame de la *rule of law* anglaise (Dicey), du *Rechtsstaat* allemand (von Mohl) et de l'*État légal* français (Carré de Malberg)¹².

Il est donc utile de chercher à préciser le contenu d'un État de droit. Historiquement, celui-ci a d'abord été vu comme formel, regroupant des éléments tels que la séparation des pouvoirs et la légalité de l'administration¹³. Cette vision réductrice de l'État de droit s'est cependant avérée insatisfaisante car elle a parfaitement pu être respectée par des États tels que l'Allemagne du Troisième Reich et l'Afrique du Sud de l'Apartheid¹⁴.

Aujourd'hui, il est donc largement admis que la notion d'État de droit comprend à la fois un volet formel et un volet matériel. Ainsi, dans son *Rapport sur la prééminence du droit* (2011), la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) du Conseil de l'Europe a estimé qu'il existait un consensus sur les composantes de l'État de droit suivantes¹⁵:

- 1) la légalité, qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable et démocratique;
- 2) la sécurité juridique;
- 3) l'interdiction de l'arbitraire;
- 4) l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales, qui procèdent notamment à un contrôle juridictionnel des actes administratifs;
- 5) le respect des droits humains;
- 6) la non-discrimination et l'égalité devant la loi¹⁶.

De manière intéressante, la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement dégagé de la CEDH, c'est-à-dire de la couche substantielle de protection des droits individuels, un ensemble d'éléments analogue¹⁷.

9 OFK-BIAGGINI, BV Art. 5 N. 2.

10 OFK-BIAGGINI, BV Art. 5 N. 1.

11 *Stratégie de politique extérieure* (note 7), p. 43: «État de droit: l'état de droit désigne la primauté du droit sur la loi du plus fort. Sur le plan national, l'état de droit a pour but de garantir la primauté du droit et, partant, la liberté des citoyennes et citoyens à tous les niveaux de l'État. Au niveau de la politique extérieure, l'état de droit est essentiel pour promouvoir la paix et la sécurité internationales, le progrès économique et social, le développement ainsi que la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Son instauration est favorisée principalement par le renforcement du droit international public, qui assure la stabilité politique et la fiabilité des relations internationales.»

12 HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris 2002.

13 MALINVERNI / HOTTELLIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER (note 1), p. 539.

14 BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton 2006, p. 54: «In this weak form, the rule of law exists even in a dictatorship. A friend once told me that during World War II, several Jews were in prison in Germany as a result of sentences received before the war broke out. The Gestapo did not harm those Jews because the law mandated that they not be exterminated in the death camps before finishing their prison sentences, and this rule of law had to be maintained. But when the prisoners finished serving their sentences, the Gestapo was waiting for them at the gate. The prisoners were taken to the death camps and murdered. The formal rule of law was observed.»

15 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Rapport sur la prééminence du droit*, 28 mars 2011, CDL-AD(2011)003rev., p. 10.

16 Ces éléments ne sont pas sans rappeler les huit principes identifiés par FULLER comme constitutifs de l'*internal morality of law* (généralité des lois, publicité, limitation de la rétroactivité, clarté, absence de règles contradictoires, absence de lois irréalistes, permanence des lois dans le temps et convergence entre l'action officielle et la règle déclarée). Cf. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. revue, New Haven 1969, p. 46 ss.

17 Voir notamment CourEDH (GC), *Parti communiste unifié de Turquie contre Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, par. 45: «La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de "l'ordre public européen". Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part. Le même préambule énonce ensuite que les États européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention.» Sur les rapports entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'État de droit, voir LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford 2013.

Dès lors, si l'on cherchait à identifier la « constitution thématique »¹⁸ helvétique de l'État de droit, il conviendrait non seulement d'y inclure l'art. 5 précité, mais également les art. 9 (interdiction de l'arbitraire), 29, 29a et 30 (garanties de procédure et d'accès à la justice), 7 à 36 Cst. (droits fondamentaux) et 8 (égalité de traitement et non-discrimination). La protection des droits fondamentaux est d'ailleurs complétée, au plan international, par plusieurs traités de garantie des droits humains, au premier rang desquels la Convention européenne des droits de l'homme et les deux Pactes des Nations Unies de 1966 (en particulier, le Pacte sur les droits civils et politiques, ou « Pacte ONU II »).

II. État d'urgence

La Constitution fédérale ne contient pas de référence à la notion d'« état d'urgence » en tant que telle¹⁹. Elle envisage néanmoins la survenance de situations urgentes de plusieurs manières. Ainsi, l'art. 165 Cst. — complété par les art. 140, 141 et 159 Cst. — traite de la législation d'urgence adoptée par l'Assemblée fédérale. L'art. 185 al. 3 Cst., pour sa part, permet au Conseil fédéral d'adopter des ordonnances indépendantes « en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ». Même si cette dernière disposition ne mentionne pas explicitement l'urgence, celle-ci est au cœur des conditions de mise en œuvre de cette disposition²⁰.

18 Sur la notion de constitution thématique, voir OFK-BIAGGINI, BV Einleitung N. 10. Pour une vision (très) critique de cette terminologie, voir MARTENET, « La Constitution et l'économie », in DIGELMANN / HERTIG RANDALL / SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2020, p. 2061-2090, p. 2063 ss.

19 MALINVERNI / HOTTELLIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse, vol. 1: L'État*, 4^e éd., Berne 2021, p. 614-615. Les constitutions cantonales romandes adoptent une terminologie variée. Ainsi, si les Constitutions des cantons de Berne (art. 88) et du Jura (art. 91) évoquent les « cas d'urgence », la Constitution neuchâteloise se réfère à des situations extraordinaires (art. 75), la Constitution fribourgeoise à des circonstances extraordinaires (art. 117), la Constitution vaudoise à des situations extraordinaires ou d'exception (art. 125) et la Constitution genevoise à un état de nécessité (art. 113).

20 Cf. CR Cst.-GONIN, art. 185 N. 64-65 (citant, parmi les conditions effectives du recours à l'art. 185 al. 3 Cst., une « urgence matérielle » et une « urgence temporelle »).

Au surplus, l'art. 36 al. 1 3^e phr. incorpore la clause générale de police en prévoyant qu'une exception à l'exigence de base légale peut se justifier en cas de «danger sérieux, direct et imminent»²¹. Dans un souci d'exhaustivité, on relèvera encore que la doctrine admet deux situations urgentes dans lesquelles le Conseil fédéral serait autorisé à prendre extraconstitutionnellement toutes les mesures pour assurer l'indépendance et la survie du pays²²: les ordonnances de pleins pouvoirs, qui font suite à une délégation de l'Assemblée fédérale (ce qu'elle a fait pendant les deux guerres mondiales), et les ordonnances de stricte nécessité, qui entrent en ligne de compte dans l'hypothèse (qui ne s'est jamais produite) où l'Assemblée ne serait plus en mesure de se réunir.

Au cours des dernières décennies, les situations d'urgence se sont succédé avec régularité: le terrorisme au début des années 2000²³, la crise financière à la fin de la même décennie²⁴, la pandémie de nouveau coronavirus en 2020²⁵ et la crise énergétique en 2022²⁶. Les biens mis en danger par ces différentes menaces varient: il peut s'agir de la vie (ou de la santé) de la population, mais aussi de ses conditions d'existence au sens large²⁷.

Le grand absent de cette liste est le changement climatique, qui n'apparaît pour ainsi dire jamais dans les discussions officielles (institutionnelles) sur l'état d'urgence. Dans ce domaine, les autorités se satisfont généralement des mécanismes usuels tels que les lois fédérales soumises au référendum facultatif ou la possibilité de déposer une initiative populaire tendant à réviser la Constitution²⁸, malgré le fait que le changement climatique menace l'ensemble des biens évoqués ci-dessus davantage que les urgences précitées²⁹.

21 OFK-BIAGGINI, BV 36 N. 16 ss.

22 MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER (note 19), p. 614-615.

23 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 23 juin 2010 à l'Assemblée fédérale sur la politique de sécurité de la Suisse, FF 2010 4681.

24 CONSEIL FÉDÉRAL, Le Conseil fédéral prend des mesures pour renforcer le système financier suisse, communiqué de presse, 16 octobre 2008.

25 OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), 20 mars 2020.

26 OFFICE FÉDÉRAL POUR L'APPROVISIONNEMENT ÉCONOMIQUE DU PAYS, Rapport explicatif du projet d'ordonnance sur les restrictions et les interdictions d'utilisation de l'énergie électrique, 23 novembre 2022.

27 Voir communiqué de presse (note 24): «Le Conseil fédéral est convaincu que cet ensemble de mesures protège tout le marché financier suisse contre les chocs venant de l'extérieur et contribue ainsi à renforcer durablement le système financier suisse. La stabilité ainsi obtenue favorise le développement global de l'économie suisse et sert les intérêts du pays.»

28 Voir ATF 146 I 145 = JT 2021 I 35 *KlimaSeniorinnen* c. 4.3: «Les propositions tendant à la mise en œuvre d'une politique publique déterminée dans un domaine actuellement sujet à débat peuvent en principe être introduites par les voies de la participation démocratique du droit constitutionnel suisse. Les droits politiques relatifs notamment à l'élection des deux chambres de l'Assemblée fédérale selon les art. 34 et 136 Cst. sont notamment voués à ce but. Les droits politiques comprennent en particulier le droit d'initiative populaire tendant à la révision totale ou partielle de la Constitution fédérale (art.138s. Cst.)»

29 La présente contribution n'est pas le lieu pour en examiner les raisons et les causes, mais nous y consacrerons prochainement un article spécifique.

III.

Points de tension

Afin d'illustrer la tension entre l'État de droit et la réponse à une situation d'urgence, nous nous proposons de reprendre brièvement les éléments identifiés ci-dessus, à l'exception de l'interdiction de l'arbitraire puisque celle-ci est subsidiaire à la protection des droits fondamentaux³⁰.

A. Légalité

Pour des motifs structurels, le pouvoir exécutif est le mieux placé pour réagir rapidement et efficacement à une situation urgente³¹. L'art. 185 al. 3 Cst., évoqué plus haut, est une concrétisation de cet état de fait. Ce mécanisme peut aussi être prévu dans des lois, à l'exemple de l'art. 9 de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité³².

30 CR Cst.-DUBEY, art. 9 N. 24.

31 SGK BV-SAXER, Art. 185 N. 64.

32 RS 734.7.

Dans un premier temps du moins, le centre de gravité législatif se déplace ainsi vers le Conseil fédéral: c'est lui qui a adopté l'ordonnance du 7 novembre 2001 interdisant le groupe «Al-Qaïda» et les organisations apparentées³³, l'ordonnance du 15 octobre 2008 relative à la recapitalisation d'UBS SA³⁴, l'ordonnance du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19)³⁵ et le paquet de projets d'ordonnances destinées à se prémunir contre le risque de crise énergétique³⁶.

Si ces différents textes reposent bien sur une base juridique, de rang constitutionnel ou légal, il n'en demeure pas moins que leur adoption est moins transparente et moins démocratique que celle d'une loi fédérale soumise au référendum facultatif.

B. Sécurité juridique

La sécurité juridique, qui est une composante importante de l'État de droit³⁷, est mise à rude épreuve dans une situation urgente notamment en raison de la nécessité d'adapter constamment le cadre juridique à l'évolution de la situation. Il en résulte potentiellement une importante insécurité. À titre d'exemple, l'ordonnance 2 COVID-19, a été modifiée trente-sept fois en un peu plus de trois mois d'existence (13 mars – 19 juin 2020)³⁸.

C. Accès à la justice

La rapidité de l'évolution de la situation et celle de la réponse des autorités mettent aussi en péril le contrôle judiciaire effectif des actes normatifs adoptés, en particulier dans un système de contrôle de constitutionnalité préjudiciel (concret) comme le connaît la Suisse³⁹.

Ainsi, en 2021, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable un recours relatif à une interdiction de rassemblement public au printemps 2020 fondée sur l'ordonnance 2 COVID-19 (cf. ci-dessous)⁴⁰.

33 RO 2001 3040. Sur cette ordonnance et ses suites, voir Frédéric BERNARD, «État de droit et situations extraordinaires», in DIGGELMANN / HERTIG RANDALL / SCHINDLER (note 18), p. 979-998, p. 995 ss.

34 RO 2008 4741.

35 RO 2020 773 (version du 17 mars 2020).

36 Conseil fédéral, énergie: mise en consultation des mesures prévues en cas de pénurie d'électricité, communiqué de presse, 23 novembre 2022.

37 MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER (note 1), p. 98.

38 BERNARD, «Le rôle du Parlement dans des situations extraordinaires», *Jusletter* 15 février 2021.

39 TANQUEREL, «La juridiction constitutionnelle dans les cantons», in DIGGELMANN / HERTIG RANDALL / SCHINDLER (note 18), p. 1127-1146, p. 1130 ss.

40 Arrêt du Tribunal fédéral 1C_524/2020 du 12 août 2021. Sur cet arrêt et la ligne jurisprudentielle qui l'a suivi, voir HOTTELIER, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle suisse – Année 2021», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2022, p. 777-809, p. 780-781.

Il a estimé, en effet, que la recourante n'avait plus d'intérêt actuel au recours, dans la mesure où la date prévue pour la manifestation était échue et que l'interdiction des rassemblements avait dans l'intervalle été levée, rien ne justifiant par ailleurs de faire exceptionnellement abstraction de cette exigence⁴¹.

Cet arrêt a joué un rôle crucial dans l'analyse par la Cour européenne des droits de l'homme de la recevabilité de la requête dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) contre Suisse*⁴². En effet, malgré le non-épuisement des voies de recours internes dans cette affaire, la Cour a estimé qu'en raison de l'arrêt 1C_524/2020 précité, «il est peu probable que les tribunaux suisses auraient procédé, dans le contexte très spécifique de l'espèce, à un contrôle préjudiciel de l'ordonnance du Conseil fédéral pertinente dans un délai utile bien que, dans des circonstances normales, les tribunaux suisses, en particulier le Tribunal fédéral, se livrent à un tel examen.»⁴³ Dès lors, la Cour a déclaré la requête recevable au motif qu'elle n'était «pas convaincue que l'association requérante bénéficiât au moment des faits pertinents d'un recours effectif et disponible en pratique qui lui aurait permis de se plaindre d'une violation de sa liberté de réunion au sens de l'article 11 de la Convention»⁴⁴.

Si, en fin de compte, la mesure litigieuse a pu être contrôlée judiciairement, force est de constater que cela n'a pas été sans difficultés.

D. Respect des droits fondamentaux

Comme indiqué ci-dessus en introduction, les mesures adoptées pour parer à une urgence présentent souvent un caractère radical.

Tel est par exemple le cas de l'interdiction susmentionnée des rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public mise en place par les

art. 6 et 7c ordonnance 2 COVID-19⁴⁵. Une telle mesure porte manifestement atteinte à la liberté de manifestation et de réunion, protégée notamment par les art. 22 Cst., 11 CEDH et 21 Pacte ONU II. Dès lors, pour être valable, elle doit respecter les conditions classiques de restriction des droits fondamentaux énoncées à l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public et proportionnalité)⁴⁶.

Dans l'arrêt CGAS précité, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, compte tenu notamment «du caractère général et de la durée considérablement longue de l'interdiction des manifestations publiques entrant dans le champ des activités de l'association requérante, ainsi que de la nature et de la sévérité des sanctions prévues», la mesure ne respectait pas l'art. 11 par. 2 CEDH⁴⁷.

E. Non-discrimination et égalité devant la loi

Dans le cadre de la lutte contre la pandémie, l'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations n'étaient pas au cœur du débat. Cela s'explique notamment car il s'agissait alors d'imposer à la majorité de la population des mesures destinées à protéger une minorité en son sein (les personnes vulnérables).

La situation est tout autre, et le danger bien plus grand, dans d'autres situations urgentes, en particulier dans la lutte contre le terrorisme. Dans ce cas de figure, en effet, les mesures adoptées par les autorités visent généralement une minorité de la population (les personnes suspectées de terrorisme) au nom de la protection de l'ensemble de celle-ci, engendrant donc un risque considérable de discriminations⁴⁸.

41 *Ibid.*, c. 1.2, en particulier l'extrait suivant : « Certes, la contestation pourrait se reproduire puisque la recourante pourrait déposer une nouvelle demande d'autorisation de manifester. Cependant, pour l'essentiel, les motifs retenus pour restreindre le droit de manifester se fondent sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19. Les autorités cantonales se sont fondées sur l'ordonnance 2 COVID-19, dans sa teneur en vigueur lorsque le DSES a statué, qui interdisait les manifestations publiques et privées ainsi que les rassemblements de plus de cinq personnes. Compte tenu du changement rapide de la situation et de la réglementation dans ce domaine, et de l'évolution des connaissances sur la pandémie, rien ne permet de penser qu'une nouvelle demande de manifestation similaire serait soumise à des règles identiques ou analogues au cas d'espèce. » (références omises)

42 CourEDH, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) contre Suisse*, 15 mars 2022, req. n° 21881/20 (non définitif à ce jour, la demande de renvoi devant la Grande Chambre ayant été acceptée).

43 CourEDH, CGAS (note 42), par. 58.

44 CourEDH, CGAS (note 42), par. 59.

45 RO 2020 773.

46 Voir également art. 11 par. 2 CEDH et 18 par. 3 Pacte ONU II. Au surplus, les articles 15 CEDH et 4 Pacte ONU II mettent en place un mécanisme spécifique pour faire face aux situations d'urgence, appelé «dérogação», mais dont la Suisse n'a pas fait usage dans le cadre de la pandémie. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19)*, FF 2020 6363, p. 6418.

47 CourEDH, CGAS (note 42), par. 91.

48 VERDUSSEN, « Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, p. 345-364, p. 362-363.

À cet égard, il est instructif de s'inspirer du terme mandarin utilisé pour désigner une crise, *wēijī*⁵¹ :

危機

wēi jī

wēi = danger

jī = moment décisif / point de changement

IV. Moments décisifs

Selon ce prisme, l'apparition d'une situation urgente constitue un moment décisif qui peut se transformer, en fonction de la réponse des autorités, en point d'inflexion. L'État devra alors en effet choisir entre la réaffirmation concrète des valeurs sur lesquelles il se fonde ou un éloignement de celles-ci (même lorsque les discours affirment le contraire)⁵².

Dans ce contexte, deux « moments » méritent un examen particulier de la part des autorités.

A. Entrée dans l'urgence

La première question est, à vrai dire, la plus fondamentale, dans la mesure où elle conditionne la suite des événements. Elle consiste à s'assurer que la lutte est bien conçue dans le respect des limites posées par l'état de droit.

En effet, dans une situation de crise, la tentation autoritaire n'est jamais très loin, en raison de la plus-value en verticalité, en efficacité et en contrôle qui lui est (prétendument) associée⁵³. Or, dans un État de droit, le sentiment de sécurité de la population repose sur une base plus large que la lutte contre l'urgence particulière du moment⁵⁴.

La survenance d'une situation d'urgence n'est ainsi pas anodine pour un État de droit, ce d'autant que, comme l'a souligné à juste titre Anne-Sylvie DUPONT au sujet de la notion d'« État social helvétique », il ne suffit pas de s'autoproclamer État de droit pour en remplir les exigences⁴⁹. Bien au contraire, seul peut prétendre à cette qualification l'État qui en respecte les différentes composantes dans la réalité de sa pratique constitutionnelle, législative et administrative, y compris — voire même en particulier — dans une situation de crise⁵⁰.

49 DUPONT, « La Constitution sociale », in DIGGELMANN / HERTIG RANDALL / SCHINDLER (note 18), p.2091-2119, p. 2115: « Cette discussion appelle plusieurs interrogations fondamentales, dont la principale est celle de savoir si un État peut, *ab ovo*, s'autoproclamer État social, ou si le qualificatif ne peut être retenu *qu'a posteriori*, dans le cadre d'une hétéro-évaluation, par exemple par les destinataires finals de la législation à vocation sociale, ou encore par des observateurs internationaux. Dans le premier cas, la qualification est définitive; dans le second cas, elle peut évoluer. » (italiques dans l'original).

50 WILKINSON, « International terrorism: the changing threat and the EU's response », *Chaillot Papers n° 84*, 2005, p. 24: [I]n this field actions speak far louder than words. It is no good having fine-sounding declarations pledging adherence to high human rights standards when the world can see clear evidence of major violations of human rights and the rule of law by the officials and security forces of that same governments.»

51 Cette interprétation du terme *wēijī* s'appuie sur Victor H. MAIR, voir: <http://www.pinyin.info/chinese/crisis.html> (consulté le 16 mars 2023).

52 HONGJU KOH, « The Spirit of the Laws », *Harvard International Law Journal*, vol. 43 (2002), p. 23-39, p. 38-39: « [E]xtreme measures not only signal the U.S. government's imprudent willingness to sacrifice fundamental human rights as a rule of law, but also send the troubling message that the destruction of four planes and three buildings is cause enough to sacrifice the spirit of the laws that is fundamental to this country's self-conception as the Land of the Free. »

53 Voir les propos du Président égyptien Hosni Moubarak après les attentats du 11 septembre 2001: « There is no doubt that September 11 created a new concept of democracy that differs from the concept that Western states defended before these events, especially in regard to freedom of the individual. » Propos rapportés dans Peter MAASS, « Dirty War », *The New Republic*, novembre 2002.

54 COUR SUPRÊME ISRAËLIENNE, *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel* (1999), par. 39 (BARAK, J.): « A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties. »

Une observation analogue peut être faite au sujet de la notion de santé publique, puisqu'après avoir concentré toute leur attention sur la lutte contre la pandémie de nouveau coronavirus, les autorités ont élargi leur champ de vision pour tenir également compte des atteintes physiques et psychiques au sein de la population causées par les mesures sanitaires⁵⁵.

Le respect du cadre fixé par l'État de droit ne signifie toutefois pas que ce dernier serait inflexible. Par exemple, comme cela a été vu plus haut, la couche substantielle de protection des droits fondamentaux peut être adaptée à la situation au moyen des mécanismes de restriction et de dérogation, pour autant que les conditions prévues pour ce faire soient respectées.

Par ailleurs, les mesures appropriées varient en fonction non seulement de l'urgence à laquelle il faut faire face, mais également de leur impact sur les principes de l'État de droit, en particulier sur la protection des droits fondamentaux. Dès lors, au moment de concevoir la réponse étatique, les autorités ne doivent pas se contenter de reprendre l'arsenal adopté dans une autre crise: elles doivent, au contraire, procéder à une analyse concrète et spécifique de leurs conséquences dans le cas d'espèce.

Pour en donner un exemple, au début des années 2000, l'administration des États-Unis a été très fortement — et à juste titre — critiquée en raison de l'approche préemptive qu'elle a adoptée dans la lutte contre le terrorisme⁵⁶. Cependant, au même moment, le Président George W. Bush plaidait pour l'adoption d'une stratégie nationale destinée à prévenir le risque pandémique, stratégie qui apparaît rétrospectivement, après l'expérience de la pandémie de COVID-19, absolument visionnaire.

Or, ces deux politiques reposaient sur un raisonnement identique⁵⁷. Ce qui les différençait était le type de mesures qu'elles impliquaient (utilisation de la force militaire, détention préventive de personnes suspectées de terrorisme et torture versus surveillance de l'émergence de nouveaux virus et achat d'équipements de protection⁵⁸) et leur impact sur les principes de l'État de droit.

B. Sortie de l'urgence

La seconde question porte sur la sortie de la crise.

Dans ce cadre, la première étape réside dans la volonté même de quitter le droit d'urgence. Les exemples historiques montrent en effet à quel point il est difficile d'abandonner un arsenal mis en place au milieu d'une crise. En Suisse, par exemple, il a fallu attendre 1930 pour qu'il soit véritablement mis un terme au régime des pleins pouvoirs du Conseil fédéral mis en place pendant la première guerre mondiale⁵⁹.

Une fois prise la décision de sortir de l'urgence, la deuxième étape consiste à évaluer rétrospectivement, de manière sérieuse et objective, la réponse étatique à la crise⁶⁰. En fonction des résultats de cet exercice, l'une des trois options suivantes ou une combinaison d'entre elles pourra être mise en œuvre⁶¹:

- revenir au *statu quo ex ante*

Un exemple de retour — partiel — au *statu quo ante* est la levée des mesures sanitaires par le Conseil fédéral en février 2022⁶².

- intégrer une partie des mesures urgentes dans le droit ordinaire (avec le risque de durcissement qui en découle)

55 Voir par exemple SANTÉ PUBLIQUE FRANCE, Synthèse des résultats des études de l'impact de l'épidémie de COVID-19 sur la santé mentale, les addictions et les troubles du sommeil parmi les actifs occupés., janvier 2023.

56 Voir par exemple COLE / LOBEL, *Less Safe, Less Free*, New York 2007.

57 Comparer ces deux citations de George W. Bush: « We cannot defend America and our friends by hoping for the best (...) If we wait for threats to fully materialize, we will have waited too long. » (discours prononcé le 1^{er} juin 2002, disponible à l'adresse suivante: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html>) et « There is no pandemic flu in our country or in the world at this time -- but if we wait for a pandemic to appear, it will be too late to prepare, and one day many lives could be needlessly lost because we failed to act today. » (discours prononcé le 1^{er} novembre 2005, disponible à l'adresse suivante: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2005/11/20051101-1.html>).

58 Quassim CASSAM, « Terrorism and Pandemics: Re-Assessing the Bush Doctrine », 26 avril 2020, disponible à l'adresse suivante: <https://www.quassimcassam.com/post/terrorism-and-pandemics-re-assessing-the-bush-doctrine> (consulté le 26 janvier 2023).

59 MALINVERNI / HOTTELLIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER (note 19), p. 616.

60 FLÜCKIGER, (Re)faire la loi: traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019, p. 619 ss.

61 Voir par exemple CHANCELLERIE FÉDÉRALE, Rapport concernant l'évaluation de la gestion de crise pendant la pandémie de COVID-19 (1^{re} phase / février - août 2020), Berne, 11 décembre 2020.

62 RO 2022 97.

Un exemple d'intégration d'un instrument de crise dans le droit ordinaire est l'art. 74 de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement⁶³, qui permet au Conseil fédéral d'interdire une organisation ou un groupement qui, directement ou indirectement, propage, soutient ou promeut d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent, menaçant ainsi concrètement la sûreté intérieure ou extérieure. Ce pouvoir, auparavant fondé directement sur la Constitution fédérale, est à présent prévu dans une loi ordinaire.

- utiliser les leçons de la crise pour renforcer l'État de droit

Un exemple de renforcement de l'État de droit est l'art. 7d LOGA, inséré par la loi précitée sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires. Cette disposition limite la durée de validité des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral à six mois, sous réserve d'une intervention du parlement.

63 RS 121.

Conclusion

Sous l'angle constitutionnel, les rapports entre État de droit et état d'urgence sont multiples et complexes. Il est évidemment toujours plus facile de juger *a posteriori* l'adéquation et les effets d'une politique menée par l'État⁶⁴. Cela étant, la manière dont cette dernière est élaborée au plus fort de la crise est essentielle. En effet, l'État de droit n'est pas seulement un concept pour beau temps. Il est aussi, et surtout, un guide pour traverser la tempête.

64 Selon le proverbe usuellement attribué à Confucius, «l'expérience est une lanterne accrochée dans le dos qui n'éclaire que le chemin parcouru».

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur ou de l'autrice.

BARAK Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton 2006.

BIAGGINI Giovanni, *BV Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2017.

DIGGELMANN Oliver / HERTIG RANDALL Maya / SCHINDLER Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, 3 vol., Berne 2020.

EHRENZELLER Bernhard ET AL. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014.

FULLER Lon L., *The Morality of Law*, éd. revue, New Haven 1969.

HEUSCHLING Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris 2002.

HOTTELLIER Michel, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle suisse – Année 2021 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2022, p. 777-809.

MALINVERNI Giorgio / HOTTELLIER Michel / HERTIG RANDALL Maya / FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I: *L'État*, 4^e éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI / HOTTELLIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I).

MALINVERNI Giorgio / HOTTELLIER Michel / HERTIG RANDALL Maya / FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: *Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI / HOTTELLIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II).

MARTENET Vincent / DUBEY Jacques (éd.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021.

TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^e éd., Berne 2021.

VERDUSSEN Marc, « Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007.

WILKINSON Paul, « International terrorism: the changing threat and the EU's response », *Chaillot Papers* n° 84, 2005.
