

## Propos introductifs

**Emmanuel Decaux**

---



### **Édition électronique**

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6797>

DOI : [10.4000/crdf.6797](https://doi.org/10.4000/crdf.6797)

ISSN : 2264-1246

### **Éditeur**

Presses universitaires de Caen

### **Édition imprimée**

Date de publication : 31 décembre 2008

Pagination : 11-18

ISBN : 978-2-84133-259-5

ISSN : 1634-8842

### **Référence électronique**

Emmanuel Decaux, « Propos introductifs », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 6 | 2008, mis en ligne le 11 décembre 2020, consulté le 16 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6797> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6797>

---

# Propos introductifs

Emmanuel DECAUX

Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II  
Directeur du CRDH

---

Il faut féliciter les organisateurs de ce nouveau colloque du Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit de l'Université de Caen, le CRDFED – qui n'a sans doute jamais été aussi bien nommé – pour le choix d'une thématique aussi riche et prometteuse, qui place les droits fondamentaux au cœur des crises du droit. Cette problématique complexe s'inscrit à l'évidence dans une double actualité.

## I

1 – Actualité internationale, d'abord. Dans les années quatre-vingt-dix, à la suite de la chute du mur de Berlin, on avait beaucoup parlé de la fin de l'histoire, avec la victoire des démocraties, le triomphe de la démocratie, augurant une ère kantienne de « paix perpétuelle ». On rêvait d'un État de droit international, un espace juridique des États de droit, non seulement dans le cadre régional de l'OSCE, mais aussi dans le cadre universel de l'ONU. Depuis 2001, on parle désormais de « guerre », guerre au terrorisme, guerre à la prolifération nucléaire, légitime défense préventive ou préemptive... Ce brusque changement de climat a trouvé son reflet dans les travaux des internationalistes, à travers une série de colloques récents, « les légitimes défenses » à Poitiers<sup>1</sup>, « la nécessité » à Grenoble<sup>2</sup>, « la responsabilité de protéger » à Nanterre<sup>3</sup>.

Derrière chacun de ces thèmes abstraits apparaissent des enjeux concrets, s'agissant des droits fondamentaux.

Comment défendre les démocraties dans des conflits asymétriques ? Faut-il transformer l'OTAN, longtemps cantonnée dans un rôle passif d'organisation régionale de légitime défense collective, en bras armé d'un nouveau « caucus des démocraties », gardien de l'ordre public international ? Peut-on lutter efficacement contre un terrorisme, aveugle et omniprésent, sans renier ses propres valeurs, sans adopter le « droit de l'ennemi » dans une guerre sans foi ni loi, ou mettre l'ennemi hors-la-loi, au nom de sa propre supériorité morale aboutissant à un *no man's land* juridique, une zone de non-droit, un « trou noir » de la légalité internationale ? Que reste-t-il de la vertu chancelante des démocraties, si elles sacrifient les droits fondamentaux aux circonstances exceptionnelles ?

Ce ne sont pas seulement les principes d'un droit international des droits de l'homme, encore récent et fragile, au sortir de la guerre froide et de la coexistence pacifique, qui sont mis en question, ce sont les bases du droit international humanitaire, consolidées progressivement depuis 150 ans, qui sont remises en cause. L'administration américaine est allé jusqu'à considérer que les deux protocoles additionnels aux conventions de Genève, n'étaient pas « adaptés » à la nouvelle situation née de la « guerre contre le terrorisme » et qu'un troisième protocole devait être envisagé, face aux « ennemis illégaux combattants », alors que le droit de Genève a précisément été codifié pour faire face aux situations exceptionnelles, offrant l'ultime rempart du droit face à la barbarie. Ainsi les conventions de Genève déterminent-elles avec précision le statut des

1. *Légitimes défenses*, R. Kherad (dir.), Paris, LGDJ, 2007.

2. *La Nécessité en droit international* (colloque de la SFDI), T. Christakis (dir.), Paris, Pedone, 2007.

3. *La Responsabilité de protéger* (colloque de la SFDI), P. Daillier, S. Szurek (dir.), Paris, Pedone, 2008.

prisonniers de guerre ou le régime des populations civiles soumises à une occupation étrangère.

Tout le droit international des droits de l'homme nous rappelle qu'il faut savoir « raisonner la raison d'État », pour reprendre un titre de Mireille Delmas-Marty, mais le mythe de la raison d'État a la vie dure<sup>4</sup>. On n'est pas loin de l'interprétation commune donnée à la fameuse formule de Goethe : « mieux vaut une injustice qu'un désordre ». Au nom de l'ordre international, il faudrait mettre en veilleuse les principes humanitaires et les droits fondamentaux de l'homme proclamés par la Charte des Nations Unies en 1945, face au « fléau de la guerre ». Ou, pour dire les choses autrement, le droit cosmopolitique kantien, associant droits de l'homme et paix universelle, serait éclipsé par l'antagonisme radical d'un ordre schmittien, fondé sur le décisionnisme politique – ce qu'aux États-Unis on appelle le privilège de l'exécutif et en Russie, la verticale du pouvoir et la « démocratie dirigée » – au détriment d'une démocratie des valeurs, ou, ce qui revient peut-être au même, des valeurs de la démocratie.

2 – L'actualité interne est tout aussi évidente, même si elle est moins dramatique. La Constitution de la V<sup>e</sup> République fait une place à part aux pouvoirs exceptionnels du président de la République, au titre de l'article 16. Cette disposition constitutionnelle n'a d'ailleurs fait que s'ajouter aux différents pouvoirs de crise déjà prévus par la jurisprudence administrative avec les « circonstances exceptionnelles » ou par le législateur, avec l'état de siège et l'état d'urgence, sans parler des pouvoirs de guerre, avec la mobilisation, etc. La pratique de l'article 16, à la suite du putsch d'Alger en avril 1961, a été aussi limitée que contestée, devant le Conseil constitutionnel et surtout devant le Conseil d'État, on y reviendra sans doute, tout comme pour le recours récent à l'état d'urgence, lors de la crise des banlieues...

L'article 16 de la Constitution n'en projette pas moins son ombre portée sur l'esprit des lois, en introduisant avec les « pleins pouvoirs » du président de la République une sorte de dictature républicaine, sans contrôle, ni contrepoids. Bien plus, l'évolution du droit international n'a fait qu'amplifier son impact institutionnel. On sait que l'article 16 a longtemps constitué le principal obstacle à la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par la France, malgré la prise en compte par l'article 15 de la Convention de régimes de crise, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Lorsque notre pays a fini par ratifier la Convention en 1974, c'est au prix d'une réserve formulée en ces termes : « Le gouvernement de la République, conformément à l'article 64 de la Convention, émet une réserve concernant le § 1 de l'article 15 en ce sens, d'une part, que les circonstances énumérées à l'article 16 de la Constitution pour sa mise en œuvre, par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 avril 1878 et par la loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence, et qui permettent la

mise en application des dispositions de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la Convention et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 15 de la Constitution de la République, les termes « dans la stricte mesure où la situation l'exige » ne sauraient limiter le pouvoir du président de la République de prendre « les mesures exigées par les circonstances » ». Si l'on précise que lorsque la France a adhéré au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en 1980, elle a fait de même une réserve visant l'article 4 du Pacte, pour aligner ce nouvel engagement avec sa réserve à la Convention européenne, opérant ainsi un triple renvoi, on mesure assez les difficultés nées de ce noeud juridique. Même en laissant de côté les implications de ces renvois en chaîne, en cas de saisine parallèle du Comité des droits de l'homme, les questions posées au regard de la Convention européenne restent particulièrement enchevêtrées.

Se pose d'abord une question de principe sur la licéité de la réserve française, au regard de l'article 64 de la Convention européenne qui exclut les réserves de caractère général, mais aussi celles qui seraient contraires au but et à l'objet du traité. D'excellents esprits, comme le Doyen Gérard Cohen-Jonathan, n'ont cessé de mettre en garde sur l'incompatibilité de la réserve française avec la lettre et l'esprit de l'article 64. Certes pour les juges européens, tenir une telle réserve pour nulle et non advenue, « à chaud », lors d'un contentieux, serait ajouter la crise à la crise, mais il serait important pour les pouvoirs publics de prendre pleinement conscience, à froid – en l'absence de tout recours – de cette contradiction fondamentale. Par ailleurs, le § 2 de l'article 15 prévoit des conditions de forme, dont le strict respect conditionne la possibilité d'invoquer un régime d'exception, c'est dire l'importance d'une notification de la mise en œuvre des régimes d'exception. À cet égard, les incertitudes flottant au sujet de la notification de l'état d'urgence – dont le secrétaire général des Nations Unies, celui de l'OSCE et celui du Conseil de l'Europe ont été informés, à simple titre de courtoisie, semble-t-il, et non en vertu d'une obligation conventionnelle, dans la mesure où aucune mesure dérogatoire du droit commun n'a été mise en œuvre – ne font que fragiliser la position française. Reste la question pratique, concernant la portée concrète du contrôle : en présence d'un recours, la Cour européenne aura-t-elle à interpréter et à appliquer l'article 15 de la Convention ou l'article 16 de la Constitution ? Dans les deux hypothèses le contrôle international sera plus poussé que le contrôle constitutionnel. Ce simple constat suffirait à démontrer l'incohérence de la situation actuelle.

C'est dire si la réflexion lancée par le « Comité sur la modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République » présidé par M. Balladur – pour alléger quelque peu son titre officiel et tenter de le rendre plus conforme au génie de la langue française – sera utile en la matière. Une série de questions sont évoquées sur le site du Comité : « Est-ce l'existence même de l'article 16 qui heurte les principes

4. *Raisonner la raison d'État, vers une Europe des droits de l'homme*, M. Delmas-Marty (dir.), Paris, PUF, 1989.

fondamentaux consacrés par les engagements internationaux souscrits par la France le plus souvent depuis 1961 [...] ? Ne sont-ce pas plutôt les mesures susceptibles d'être prises en application de l'article 16 ? N'est-ce pas sur le contrôle dont ces mesures pourraient faire l'objet qu'il faudrait préciser le texte constitutionnel ? Ne pourrait-on, ainsi, prévoir que le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi des mesures prises et qu'il statue sur ces mesures, dans les meilleurs délais, par la voie de décisions et non d'avis ? Faut-il borner dans le temps la mise en œuvre de l'article 16 et n'autoriser sa prorogation qu'à l'issue d'un vote du Parlement ? Faut-il prévoir que le Conseil constitutionnel serait habilité à constater, sur saisine des présidents des assemblées, que son application ne se justifie plus ? (suggestion du rapport Vedel) ? ». Autant de pistes pour les travaux à venir...

Au-delà de ces questions techniques, il faut également relever des approximations politiques. Lorsque Bernard Kouchner, le ministre des Affaires étrangères, a évoqué le terme de « guerre » à propos de la crise iranienne, un responsable de la majorité n'a pas hésité à se faire l'écho des craintes de militants de base : « Attention ! Si on a une guerre avec l'Iran, il ne faut pas toucher à l'article 16 car le président en aura besoin »<sup>5</sup>, comme si toute intervention militaire sur un territoire extérieur remettait en cause le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Plus curieusement encore, un ancien magistrat militaire – qui a sans doute manqué un épisode – n'a pas hésité à écrire que la Convention européenne des droits de l'homme n'était « pas applicable en temps de guerre »<sup>6</sup>... L'un dans l'autre, il ne resterait donc en droit français ni garanties internes, ni garanties internationales, en cas de « guerre » !

Mais on retrouve cette même banalisation des situations de crise dans l'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2007 sur le code de justice militaire. Il s'agissait seulement d'une codification à droit constant, mais l'exposé des motifs, signé par M. de Villepin en tant que Premier ministre et par M<sup>me</sup> Alliot-Marie, alors ministre de la Défense, rappelle sans ambiguïté que les dispositions du code de justice militaire visant le temps de guerre ne visent pas seulement un « état de guerre », au sens propre du terme en droit international, mais peuvent si nécessaire être mises en œuvre en période de crise, que ce soit par le biais de l'article 16, du régime de l'état de siège ou de l'état d'urgence. Comme le souligne l'exposé des motifs, « La prévision dès le temps de paix d'une justice militaire pour le temps de guerre répond à la nécessité d'éviter toute improvisation génératrice de désordres à l'occasion d'une crise nationale grave résultant d'une guerre étrangère ou d'un événement intérieur. [...] Selon les dispositions des articles 699-1 et 700 du code de procédure pénale, les tribunaux des forces armées peuvent aussi être établis par décret en Conseil des ministres, dans les cas de mobilisation,

d'état de siège ou d'état d'urgence déclaré. Ces cas limitativement énumérés entraînent la mise en œuvre des dispositions du temps de guerre prévues par le code de justice militaire »<sup>7</sup>.

Il s'agit sans doute d'un exercice virtuel, mais en l'état de la législation française, aux situations d'exception peuvent répondre des juridictions d'exception. Ainsi en droit positif, rien n'empêcherait de faire juger « l'ennemi intérieur » par une justice militaire que certains croient abolie depuis 1981 !

## II

1 – On voit assez les limites d'un raisonnement binaire opposant le tout au rien, le droit au non-droit, que ce soit sur la scène internationale ou dans le débat interne. C'est dire l'utilité d'une approche pluridisciplinaire et comparatiste, comme celle à laquelle nous invitent les organisateurs de ce colloque, en faisant toute sa place à la théorie du droit. Trop souvent, le point de départ est celui de l'état de nécessité, de la « violence légitime » de l'État, au risque de légitimer toute violence, de glisser de Hans Kelsen à Carl Schmitt.

Il est significatif que le site du Comité Balladur fasse référence à l'article 14 de la Charte du 4 juin 1814, comme à l'article 48 de la Constitution de Weimar. Un parallèle pourrait être établi entre les deux crises, à cent ans de distance, la révolution de 1830 et le coup d'État de 1933. Devant les ordonnances de Charles X remettant en cause les principes de la Charte, Armand Carrel avertissait dans un article du *National* : « S'il plaisait au gouvernement de sortir de la légalité et de se livrer à quelque folie contre les intérêts nationaux, il se trouverait aussi des gens qui tenteraient contre le gouvernement des folies, des hasards, ce qui est crime ou vertu, suivant le succès, du moment que la force a commencé de faire loi ». De manière plus sobre, Thiers constatait peu après que « le gouvernement a perdu aujourd'hui le caractère de légalité qui commode l'obéissance »<sup>8</sup>. L'illégitimité du roi découlait de la remise en cause de la Charte, conçue comme un véritable « contrat social », avant même la consécration progressive de la légitimité démocratique, à travers le suffrage universel. Face au coup d'État légal, la seule réponse est la désobéissance civile, la « résistance à l'oppression ». Au contraire, lorsque Maurras définit la monarchie comme « l'anarchie plus un », il ouvre la voie à Carl Schmitt, ne voyant d'autre alternative que « la monarchie ou la dictature », écartant toute conciliation de la démocratie et du libéralisme. Passer de l'État de droit formel à l'État de droit matériel, c'est précisément réconcilier légalité et légitimité, séparation des pouvoirs et garanties des droits, comme le dit l'article 16 de la Déclaration de 1789 en définissant la nature même d'une « Constitution ». C'est aussi bien le

5. *Le Point*, 11 novembre 2007.

6. P. Bricard, « Recodification et modernisation de la justice militaire française », *Humanitas et Militaris*, n° 3, octobre 2007, p. 72.

7. Doc. Assemblée nationale, projet de loi n° 3275, 25 août 2006. La loi du 5 mars 2007 portant refonte du code de justice militaire a été publiée au JO du lendemain.

8. Cité dans R.-G. Nobécourt, *La Vie d'Armand Carrel*, Paris, Gallimard, 1990. Cf. aussi A. Carrel, *Œuvres politiques et littéraires*, présentées par É. Littré, t. I, Paris, Librairie Chameroit, 1857.

sens du triptyque, consacré par la Charte de Paris, pour une nouvelle Europe de 1990 puis par la Conférence mondiale des droits de l'homme de Vienne en 1993 : droits de l'homme, démocratie, État de droit.

Encore récemment, un Premier ministre, M. Jospin, pour ne pas le nommer, n'a pas hésité à déclarer publiquement qu'« avant l'État de droit, il y avait l'État ». Ici au contraire, nous partons des droits fondamentaux. Quelles que soient les analyses théoriques sur le caractère fondamental de certains droits, « fondé » sur une échelle des valeurs ou une hiérarchie des droits, cette fundamentalité même s'oppose à l'opportunisme. En ce sens la « Constitution sociale » de Maurice Hauriou vient défendre la légalité contre tout décisionnisme invoquant avec Carl Schmitt une légitimité usurpée. La fundamentalité encadre l'opportunité des circonstances au nom des « principes immuables », des « droits sacrés »... Derrière le langage héroïque du droit naturel, ce sont aujourd'hui des normes positives qui s'imposent, enracinées dans les principes constitutionnels. Mais dans le même temps, tirant les leçons de l'Histoire, les droits fondamentaux prennent pleinement en compte les situations de crise et les risques d'abus de droit. Comme le dit l'article 30 et dernier de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ». Ceci vaut pour l'État de droit, lui-même, comme pour tout individu ou tout groupuscule, quelles que soient les circonstances...

2 – Pour dépasser tout manichéisme, les organisateurs ont adopté un plan dialectique, partant de la justification des pouvoirs exceptionnels au nom des droits fondamentaux, pour envisager les atteintes aux droits fondamentaux par les pouvoirs exceptionnels, avant de déboucher sur le contrôle des pouvoirs exceptionnels en vertu des droits fondamentaux. Il est trop tôt pour dire si c'est un cercle vicieux ou un cercle vertueux. On peut néanmoins tenter d'emblée de rompre le cercle, en mettant l'accent sur les fragmentations du droit.

Il y a une fragmentation dans le temps. Nous avons déjà évoqué les leçons de l'Histoire, mais il s'agit ici des temps du droit, si bien évoqués par François Ost<sup>9</sup>. Il faudrait opposer le temps de la paix et le temps de la guerre, avec leurs limites claires – déclaration de guerre et traité de paix – autrefois et leurs contours flous aujourd'hui. Opposer le jour et la nuit, à l'instar de Lucien Febvre et du Doyen Carbonnier, en évoquant les nuits d'émeute et les règles de couvre-feu, et les zones grises, les crépuscules ou les petits matins... Cette fragmentation du temps va de pair avec celle de l'espace, « les circonstances de temps et de lieu ». La casuistique du juge administratif trouve d'ailleurs son écho dans la jurisprudence européenne, à

travers la « marge nationale d'appréciation », les pouvoirs publics étant le mieux à même d'apprécier l'impératif des circonstances. À une moindre échelle, comme le prévoit également l'article 15 de la Convention européenne, la territorialité devrait être prise en compte, l'urgence pouvant être circonscrite à certaines zones prioritaires, zones sinistrées, voire à des « zones de non-droit ».

En réponse à la fragmentation du temps et de l'espace, il y a la fragmentation des mesures prises, la réaction au cas par cas, au coup par coup. Alors que l'État de droit est un tout équilibré, consacrant la « tranquillité de l'ordre », les temps de trouble mettent en avant le rôle de l'exécutif, sur le terrain ou comme pouvoir central, avec des « pleins pouvoirs » qui s'opposent à la séparation des pouvoirs. Certes le pouvoir législatif peut être appelé à valider ces mesures exceptionnelles. Il peut même adopter lui-même des « lois d'exception », avec le risque de régression des lois générales aux lois de circonstances, et de dérive des mesures provisoires aux abdications durables. Enfin les juridictions d'exception viennent à leur tour se substituer aux juridictions de droit commun, au « juge naturel ». Une vieille démocratie comme les États-Unis n'est pas à l'abri de ces remises en cause des garanties fondamentales.

Mais on oublie trop souvent qu'à ces diverses fragmentations correspond également une fragmentation des corpus de référence. Nous tenons pour acquise la notion même de droits fondamentaux. Pour autant, que faut-il entendre par « droits fondamentaux » ? S'agit-il d'un nouveau nom donné aux droits de l'homme et aux libertés publiques, pour souligner leur ancrage constitutionnel ? La Charte des Nations Unies tout comme la Convention européenne parlent des « droits de l'homme et des libertés fondamentales », la Charte de Nice de « droits fondamentaux », tout en précisant qu'il s'agit de principes, de droits et de libertés... Mais si l'on vise le champ du droit international public, comment ne pas associer les principes du droit international humanitaire, alors même que dès 1970, dans son fameux *obiter dicta* de l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice a évoqué « des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » pour définir des obligations absolues relevant du *jus cogens*<sup>10</sup>.

C'est assez dire que l'enjeu principal, pour dépasser le tête-à-tête stérile des pouvoirs exceptionnels et des droits fondamentaux, est d'articuler ces différents cadres juridiques de référence. Pour ne pas déflorer les rapports du colloque, je m'en tiendrai à une mise en perspective internationale.

### III

1 – Les sources internationales sont de différente nature. Il y a d'abord le « droit dur » des obligations internationales. Le Pacte international relatif aux droits civils

9. F. Ost, *Le Temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999. Le colloque de Paris de la SFDI sur *Le Droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2000, paraît beaucoup plus prosaïque, en l'absence de toute philosophie de l'histoire ou du temps.

10. Arrêt du 5 février 1970, CIJ, *Recueil 1970*, p. 32, § 35.

et politiques, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme et la plupart des instruments régionaux, visent les situations de crise, « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation » (art. 4 § 1 du Pacte), « en cas de guerre ou en cas d'autre danger menaçant la vie de la nation » (art. 14 § 1 de la CEDH). Ces dispositions précisent notamment les dispositions indérogeables, quelles que soient les circonstances. Le recours à un régime d'exception ne correspond donc nullement à un chèque en blanc, il implique au contraire un double contrôle, celui de la conventionnalité du régime d'exception d'une part, celui des mesures spécifiques prises dans ce cadre d'autre part, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a établi dès son premier arrêt avec l'affaire *Lawless*.

Mais les textes susmentionnés renvoient également aux « autres obligations que leur impose le droit international » (Pacte), ou aux « autres obligations découlant du droit international » (CEDH), visant ainsi indirectement le droit international humanitaire. C'est une autre échelle de crises qu'il faut prendre en compte, qu'il s'agisse de conflits armés internationaux ou de conflits armés non internationaux. Mais même dans des situations de troubles internes qui ne se qualifient pas au titre du Protocole II sur les conflits armés non internationaux, les principes de base définis par l'article 3 commun aux conventions de Genève s'appliquent. De même le Pacte relatif aux droits civils et politiques pose très clairement un principe de non-discrimination dans la mise en œuvre des mesures dérogoires, allant ainsi plus loin que la Convention européenne des droits de l'homme.

De son côté, le « droit mou » va encore plus loin, marquant une évolution des concepts qui reste trop méconnue. Il faut avant tout mentionner les travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies, avec les principes sur les états d'exception dégagés par Nicole Questiaux, puis actualisés par Léandro Despouy<sup>11</sup>. Ces travaux marquent la volonté de ne pas banaliser l'exceptionnel, en imposant une vigilance toute particulière à l'égard des régimes d'exceptions, et notamment de leur durée. La réunion à Moscou de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE, tenue au lendemain du putsch d'août 1991, a été une occasion de renforcer le contrôle des mesures d'exception dans le cadre d'un État de droit. J'avais tenté de synthétiser ces lignes de force particulièrement novatrices dans une étude des *Mélanges offerts au juge Pettiti*, sous le titre de « Crise de l'État de droit, droit de l'état de crise »<sup>12</sup>.

Depuis, la dynamique s'est poursuivie avec notamment l'observation générale n° 29 que le Comité des droits de l'homme a consacrée le 31 août 2001 à l'article 4 du Pacte. Au-delà de la lettre de l'article 4, le Comité en dégage l'esprit, soulignant en particulier que l'existence du droit à un recours effectif est un élément inhérent à la protection

des droits indérogeables énumérés par le Pacte. Comme le dit le Comité, « Toute garantie relative à la dérogation, consacrée à l'article 4 du Pacte, repose sur les principes de légalité et la primauté du droit, inhérents à l'ensemble du Pacte. Certains éléments du droit à un procès équitable étant expressément garantis par le droit international humanitaire en cas de conflit armé, le Comité ne voit aucune justification à ce qu'il soit dérogé à ces garanties au cours d'autres situations d'urgence. De l'avis du Comité, ces principes et la disposition concernant les recours utiles exigent le respect des garanties judiciaires fondamentales pendant un état d'urgence. Seuls les tribunaux peuvent juger et condamner un individu pour infraction pénale. La présomption d'innocence doit être strictement respectée. Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte »<sup>13</sup>.

Il faudrait y revenir en détail, ne serait-ce que pour dépasser le débat franco-français sur les réserves découlant de l'article 16 de la Constitution. Contrairement à la situation de 1961, la théorie de l'acte de gouvernement ne suffirait plus à donner un blanc-seing au chef de l'État. Faute de s'en être avisé à temps, faut-il le répéter, les instances internationales auraient un contrôle plus étendu que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État...

Mais la date de l'observation générale n° 29 mérite aussi d'être soulignée, dans le contexte du 11 septembre... Depuis lors des principes directeurs ont également été rappelés, à commencer par ceux relatifs aux droits de l'homme et à la lutte contre le terrorisme dégagés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme a de son côté publié un compendium des textes pertinents, tandis que la Sous-Commission des droits de l'homme avait à l'initiative de son rapporteur spécial, Kaliopi Koufa, commencé un travail de synthèse pour dégager des principes directeurs à l'échelle universelle.

Tous ces efforts convergents montrent assez que le maillage juridique des situations de crise est plus dense qu'on le croit généralement et qu'on est loin du véritable chèque en blanc donné par les « pleins pouvoirs » de l'article 16. Ce décalage a encore été manifeste à l'occasion de la ratification du protocole n° 2 au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans la mesure où le caractère irréversible de cet engagement – la dénonciation du traité n'étant pas possible – mettait directement en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et indirectement la possibilité de rétablir la peine de mort, sur la base de l'article 16.

11. Cf. notamment l'étude E / CN. 4 / Sub. 2 / 1982 / 15 de Nicole Questiaux et le rapport annuel présenté par Léandro Despouy sur la « question des droits de l'homme et des états d'exception », à la suite de la résolution 1985 / 32 de la Sous-Commission des droits de l'homme.

12. *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 267 sq.

13. CCPR / C / 21 / Rev. 1 / Add. 11, § 16.

2 – Ce corpus international n'est pas seulement théorique, il va de pair avec une série d'obligations pesant sur les États, obligation « de respecter et de faire respecter » le droit humanitaire, obligation « de respecter, de protéger et de mettre en œuvre » les engagements conventionnels en matière de droits de l'homme, pour reprendre le triptyque désormais classique d'Asbjorn Eide. C'est assez dire que le contrôle international des situations de crise s'est considérablement développé dans les différentes enceintes internationales, jusqu'à la Cour internationale de justice qui s'intéresse désormais de plus en plus aux droits de l'homme !

La jurisprudence internationale impose d'abord l'effectivité des recours internes. Les justices d'exception elles-mêmes doivent se soumettre aux principes de droit commun en matière de bonne administration de la justice. C'est le sens des principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires qui ont été adoptés par la Sous-Commission des droits de l'homme, à la suite d'une étude entamée par Louis Joinet que j'avais ensuite achevée en 2006<sup>14</sup>. Mais ces principes pourraient être sans doute transposés à toutes les catégories de justice d'exception, juridictions politiques, voire juridictions religieuses. Le caractère cumulatif des dérogations au « droit commun » avait été fort décrit en son temps par Maurice Aydalot lorsqu'il évoquait les « mauvaises saisons » de la justice : « La justice politique est un fait de tous les temps et de tous les pays. Son exercice se caractérise par l'application de principes le plus souvent dérogoratoires du droit commun, soit dans l'incrimination, soit dans la procédure, soit le plus fréquemment dans le caractère exceptionnel des juridictions qui ont mission de la rendre »<sup>15</sup>. Face à la menace du terrorisme ou à la montée de l'intégrisme, la tendance de nombreux États est de multiplier les tribunaux de circonstances, chaque nouveau « problème » suscitant la création d'une juridiction *ad hoc*. L'existence d'une justice militaire n'a pas empêché le président américain d'instaurer des « commissions militaires » aux procédures sommaires. Dans tous les cas pourtant, le droit à un recours devant un « tribunal compétent, indépendant et impartial » devrait s'imposer, comme la garantie de base de tous les droits. L'*habeas corpus* est encore plus nécessaire en situation de crise, face aux risques d'arbitraire et aux dénis de justice.

À défaut de recours internes effectifs, les recours internationaux offrent une ultime garantie. C'est le cas du contentieux interétatique devant la Cour internationale de justice, avec des affaires récentes comme le contentieux *RDC c. Rwanda*<sup>16</sup> ou *RDC c. Ouganda*<sup>17</sup>, visant des viola-

tions massives des droits de l'homme à l'occasion d'opérations militaires sur le territoire du Congo. Pour la première fois, la Cour évoque expressément les termes de « *jus cogens* », même si elle décline sa compétence dans une affaire. Dans l'autre, elle constate des violations massives mais s'en tient à un jugement déclaratoire, sans en tirer les conséquences sur le terrain de la responsabilité. Il n'en reste pas moins qu'elle franchit un grand pas en affirmant très clairement l'existence de normes de *jus cogens* découlant de l'application combinée du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme face à des situations complexes d'intervention militaire. Ce faisant, ces deux arrêts se trouvent dans le prolongement de l'avis de 2004 sur le mur en territoire palestinien, où la Cour avait clarifié la dialectique entre droits de l'homme et droit humanitaire, écartant l'analyse binaire fondée sur une alternative entre les deux régimes, le droit humanitaire étant présenté comme une *lex specialis*, applicables en situation de crise, écartant le régime « normal » des droits de l'homme<sup>18</sup>. La Cour a montré que les deux corpus pouvaient se superposer et se renforcer. Le Comité des droits de l'homme a abouti aux mêmes conclusions en appliquant les dispositions du Pacte à des situations d'occupation militaire par Israël ou par les États-Unis alors même que ces deux États en contestaient doublement l'applicabilité, en raison de leur portée extraterritoriale et en présence de situations relevant du droit humanitaire.

De son côté, la Convention européenne des droits de l'homme s'applique pleinement aux situations de conflits sur le territoire d'un État membre, qu'il s'agisse de Chypre, avec des affaires individuelles mais également un contentieux interétatique marqué par l'arrêt *Chypre c. Turquie*, ou de la Fédération de Russie, avec les « affaires tchéchènes ». La situation est plus complexe, comme on le sait, s'agissant d'intervention extraterritoriale, avec les ambiguïtés de l'affaire *Bankovic* où la Grande Chambre insistait sur le caractère régional de la garantie des droits de l'homme, pour écarter toute compétence au regard des victimes du bombardement de la radio-télévision serbe, lors des frappes aériennes de l'OTAN sur Belgrade<sup>19</sup>. Depuis, des décisions d'irrecevabilité ont permis de nuancer ce caractère abrupt d'une protection des droits fondamentaux à deux vitesses, rappelant les règles différenciées du « droit international européen » du XIX<sup>e</sup> siècle. La décision de la Cour dans l'affaire *Issa c. Turquie*<sup>20</sup>, visant une incursion armée dans la zone kurde de l'Irak, était fondée sur le défaut de preuves, tandis que dans l'affaire *Behrami c. France* et l'affaire *Saramati c. France et Norvège*<sup>21</sup>, ce qui était en cause c'est la « compétence personnelle » de la Cour

14. E / CN. 4 / 2006 / 58. Cf. aussi E. Decaux, « Current challenges to military criminal justice systems », in *Implementing Human Rights. Essays in honour of Morten Kjaerum*, Danish Institute for Human Rights, 2007.

15. M. Aydalot, *Magistrat*, Paris, Robert Laffont, 1976, p. 213.

16. CIJ, Arrêt du 3 février 2006, dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo, RDC c. Rwanda*.

17. CIJ, Arrêt du 19 décembre 2005 (fond), dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo, RDC c. Ouganda*.

18. CIJ, Avis du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

19. CEDH, Décision du 12 décembre 2001, *Bankovic c. Belgique et al.*

20. CEDH, Décision du 16 novembre 2004, *Issa c. Turquie (en anglais)*.

21. CEDH, Décision du 2 mai 2007, *Behrami c. France et Saramati c. France et Norvège*.

à l'égard d'organes de l'ONU, en l'espèce la KFOR et la MINUK, à travers les contingents nationaux déployés au Kosovo.

Même si cette évolution jurisprudentielle est loin d'être achevée, elle marque un retour au droit, y compris dans les situations les plus extrêmes, à commencer par les conflits armés, les interventions militaires, les occupations étrangères... Certes il subsiste une « zone grise », correspondant aux situations de troubles internes, d'émeutes, pouvant donner lieu à des répressions brutales, où le droit humanitaire ne trouve pas à s'appliquer. *A fortiori*, lorsque les « circonstances exceptionnelles » sont banalisées par un régime dictatorial qui bafoue les libertés individuelles, la communauté internationale peut sembler indifférente ou impuissante. Mais l'existence même de procédures internationales, sinon de recours juridictionnels, permet à tout le moins d'alerter sur de telles situations de crise.

Les procédures thématiques de l'ONU se sont multipliées depuis une quinzaine d'années, face aux détentions arbitraires ou aux disparitions forcées, à la torture et aux exécutions extrajudiciaires, autant de violations des droits fondamentaux qui vont de pair avec les « circonstances exceptionnelles ».

Reste une question fondamentale, au cœur de la controverse entre Kelsen et Schmitt sur le « gardien de la Constitution »<sup>22</sup> qui trouve aujourd'hui une illustration caricaturale avec l'arrestation du président de la Cour constitutionnelle par le général Mosharaf, lors de son coup d'État à la veille des élections présidentielles au Pakistan. Comment protéger le droit contre la force ? Comment faire prévaloir le principe sur l'exception ? Il faut souhaiter que nos travaux permettront de donner un commencement de réponse à cette interrogation, en montrant que le droit n'est pas une utopie.

22. Il faut se féliciter de la publication récente en français de la réponse de H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, traduction et introduction de S. Baume, Paris, Michel Houdiard, 2006.