La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ?

L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XX^e siècle

Lauréline Fontaine

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6822>

DOI : 10.4000/crdf.6822

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2008

Pagination : 39-60

ISBN : 978-2-84133-259-5

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Lauréline Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 6 | 2008, mis en ligne le 11 décembre 2020, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6822> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6822>

La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ?

L'exemple des démocraties est-européennes à la fin du XX^e siècle

Lauréline FONTAINE

Professeure de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie
Directrice du Centre de recherches sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit

Introduction

- A. La portée des constitutions
- B. Le contenu des constitutions

I. La garantie des droits à l'épreuve des mécanismes constitutionnels d'exception *ou Peut-on constitutionnaliser les pouvoirs d'exception ?*

- A. Les difficultés techniques et logiques du processus de constitutionnalisation des pouvoirs exceptionnels
 - 1. Les apories traditionnelles de la définition juridique de l'état d'exception
 - 2. Les avancées insuffisantes de la délimitation des pouvoirs exceptionnels
- B. L'inadéquation juridique et pratique de la logique des pouvoirs exceptionnels
 - 1. Les ambitions contrariées du droit constitutionnel en cas de situation exceptionnelle
 - 2. Légalité préalable ou légalité spontanée des pouvoirs exceptionnels : une question non résolue

II. Les mécanismes constitutionnels d'exception à l'épreuve de la garantie des droits *ou Doit-on constitutionnaliser les pouvoirs d'exception ?*

- A. L'inexistence d'une hiérarchie nécessaire entre droits fondamentaux et droit d'exception
 - 1. Les deux techniques de la co-constitutionnalisation des droits fondamentaux et des pouvoirs exceptionnels
 - 2. L'invalidité de la technique de l'égalité normative entre droits fondamentaux et pouvoirs exceptionnels
- B. Le statut ambigu des techniques constitutionnelles d'exception dans la doctrine et la théorie constitutionnelles
 - 1. La faible place de la question des pouvoirs exceptionnels dans la doctrine et la théorie constitutionnelles
 - 2. La diversité de la pensée constitutionnelle contemporaine consacrée aux pouvoirs exceptionnels

Introduction

Peut-on dire que l'exception est la limite du constitutionnalisme ? Beaucoup le croient, d'autres le craignent, certains suggèrent le contraire. Aujourd'hui, l'idée selon

laquelle l'état d'exception est un suicide constitutionnel n'a plus bonne presse. Le débat sur cette question qui a lieu aux États-Unis depuis septembre 2001 est à ce titre des plus intéressants. S'opposent les tenants de la Constitution d'urgence fondée sur un principe alternatif de séparation

des pouvoirs en cas de situation exceptionnelle¹, et ceux de l'extralégalisme, inspiré de Locke et de Schmitt, et qui fonderait une dictature temporaire, franche et « publique »². Dans tous les cas, ce qui est proposé n'est ni un maintien du droit « ordinaire », ni même un réajustement des institutions ordinaires, mais bien un *autre* système, différent de celui qui prévaut en période normale. À y regarder d'un peu plus près, il apparaît que la limite du constitutionnalisme se trouverait dans le constitutionnalisme lui-même, au moins dans le constitutionnalisme un peu naïf reconnaissons-le, qui consiste à penser que tout sera bien réglé et encadré s'il existe des règles préalables et supérieures³. S'agissant des pouvoirs d'exception, rien n'est moins sûr. Ces propositions restent théoriques, et il ne semble pas qu'à ce jour, l'on ait trouvé de techniques constitutionnelles – au moins parmi celles qui ont été éprouvées – permettant d'assurer qu'un état d'exception demeure un état d'exception, succédant à et précédant un régime constitutionnel ordinaire.

Sur ce point, le mouvement constitutionnaliste qui a eu lieu en Europe de l'Est à partir des années 1990 a offert un nouveau champ d'exploration particulièrement fécond pour la compréhension du constitutionnalisme contemporain. Pourquoi faire une Constitution ? L'intérêt porté à certaines dispositions qu'il faudrait ou non inscrire dans les constitutions, et plus spécialement s'agissant spécifiquement des pouvoirs d'exception, indique un renouvellement de la pensée de deux points de vue principalement : celui de la portée des constitutions (A), et celui de leur contenu (B). Si bien qu'à la question « pourquoi faire une Constitution ? », on pourrait être tenté de répondre aujourd'hui : « pour jouir de ses droits »⁴.

A. La portée des constitutions

La rédaction des constitutions est presque toujours le fruit d'une réflexion sur ce qu'on croit, à un moment donné, être le plus à même d'encadrer l'exercice du pouvoir politique, tel qu'on souhaite qu'il soit exercé. Peu importe que le ou les auteurs des constitutions en soient également les principaux destinataires : il y a en quelque sorte la mise en place d'une « stratégie », presque toujours destinée à produire des effets. Ce constat explique que l'on

ait pu qualifier le constitutionnalisme d'« utopie », car il repose sur l'idée implicite qu'en fixant par avance les bornes du pouvoir, en les gravant dans le marbre du document constitutionnel, on empêche que celui-ci s'exerce de façon arbitraire et brise les libertés. D. Rousseau parle des constitutions comme « les mythologies des sociétés modernes »⁵.

L'utopie consisterait à croire que l'existence de la règle engendre le comportement conforme : or, rien n'est plus inexact. Sans même envisager la question de l'absence de lien logique entre la norme et un fait, l'existence d'une norme a pour vocation de « guider » les comportements collectifs et, surtout, individuels, de telle sorte que chacun use de sa liberté comme il le souhaite : les pères du « constitutionnalisme », tel que Montesquieu, ont parfaitement expliqué que la première vertu du constitutionnalisme était de permettre la liberté politique. Celle-ci n'exclut en elle-même absolument pas, voire elle le permet, le comportement déviant par rapport à la norme. Depuis la fin du XVIII^e siècle, la Constitution s'est imposée comme la source de légitimité du pouvoir et l'exercer en dehors des bornes qu'elle a fixées peut occasionner de l'illégitimité. Il y aurait ainsi une évidente distinction à faire entre la légalité et la légitimité constitutionnelles, mais dont les contours seraient constamment à redéfinir. La validité d'un système juridique, sans même se référer à un juriste autrichien bien célèbre⁶, ne peut pas être ébranlée par les comportements contraires aux règles qu'il contient. Cela est vrai à la condition, bien sûr, que l'on puisse globalement compter plus de comportements conformes aux règles que de comportements contraires. La validité est indépendante de la violation effective de la norme et cela est vrai pour n'importe quelle norme. Il est intéressant à cet égard de constater que, dans l'ensemble, seules les normes constitutionnelles sont régulièrement présentées comme relevant de l'utopie⁷, notamment et plus encore lorsqu'elles ne sont pas sanctionnées par un juge ou un tiers arbitre. Et même, le contrôle de constitutionnalité des normes par un juge ou le règlement juridictionnel des différends entre organes constitutionnels, lorsqu'ils existent et sont effectifs dans un système politique donné, ne semblent pas avoir complètement dissous la question du statut des normes constitutionnelles dans l'échelle de la « juridicité ».

1. B. Ackerman, « The Emergency Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1029.

2. O. Gross, « Chaos and Rules: should responses to violent crises always be constitutional ? », *Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 1011.

3. Le « droit » constitutionnel se présente quant à lui « comme le résultat d'un effort destiné à assujettir le pouvoir à une règle de droit qui garantisse la liberté des citoyens » (J. Boulouis, « Les limites du droit constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 605). Pour une synthèse intéressante des contours du constitutionnalisme hier et aujourd'hui, voir J.-P. Feldman, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et le constitutionnalisme. Un point de vue critique*, Rapport présenté à l'atelier 4, au VII^e congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007 (disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/feldman.pdf>).

4. En ce sens, voir D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 8 : « La Constitution c'est la garantie des droits. Assurer la liberté politique des citoyens passe non par une réflexion sur la meilleure organisation des pouvoirs publics, mais par l'élaboration d'une charte des droits et libertés dont les citoyens pourront imposer le respect aux gouvernants ; renforcer la démocratie implique que le texte constitutionnel s'intéresse davantage aux droits des gouvernés qu'au statut des gouvernants et parle davantage des citoyens que des pouvoirs publics ».

5. D. Rousseau, « Question de constitution », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 6.

6. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

7. Voir par exemple V. Ganév qui, bien qu'examinant avec grand intérêt les constitutions est-européennes et les procédures d'urgence mises en place par elles, estime à la fin de son analyse que la survie de la société en cas d'état d'urgence n'est à strictement parler pas un problème constitutionnel mais le problème de la société elle-même (V. Ganév, « Emergency powers and the new east european constitutions », *The American journal of comparative law*, n° 45, 1997, p. 612).

C'est ainsi qu'on peut percevoir les avantages de la constitutionnalisation de l'exercice des pouvoirs d'exception de plusieurs manières : (1) en croyant bien sûr que les limites inscrites dans le texte constitutionnel seront toujours respectées et qu'il y a un intérêt à en fixer le plus grand nombre (pour que, selon J. Rawls, « Chaque personne [puisse] avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres »⁸) ; (2) en ne croyant qu'à une vertu « morale », voire psychologique, de la règle constitutionnelle, susceptible d'influer sur le comportement des acteurs des normes, et qui, « au pire », feront un tri entre les règles et appliqueront ainsi peu ou prou la Constitution⁹ ; dans une version assez traditionnelle, cette perception de la règle conduit à envisager « raisonnablement » la prévisibilité des comportements¹⁰ (3) en envisageant l'existence formelle de la norme constitutionnelle comme superflue sur le fond, que l'on la considère comme seulement symbolique ou tout simplement inutile¹¹.

Le mouvement constitutionnaliste est-européen, à la fin du XX^e siècle, relève sans doute de toutes ces croyances à la fois, en tant que les acteurs ont été divers¹² : aussi bien les acteurs de la Révolution, que ceux qui tentaient de résister à la déferlante trop brutale de la Démocratie importée, et précisément, ceux qui, venant des pays dits de tradition démocratique, venaient dispenser la bonne parole constitutionnelle¹³. Très certainement, s'est formé à l'époque une sorte de « rêve constitutionnel » dont la démocratie et l'État de droit seraient le résultat, et les premières expériences constitutionnelles les artisans. Assurément l'état d'exception souffrait à l'époque d'un « déficit chronique de légitimité »¹⁴ et il ne pouvait être réduit qu'en passant par les voies de la légalité. Comme le souligne S. Milacic, « l'objet juridique est souvent exhibé en sym-

bole démocratique »¹⁵. La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception apparaît par suite comme de nature à garantir que les droits fondamentaux, c'est-à-dire ceux par ailleurs protégés par la Constitution, seront effectivement garantis en période d'exception. Les expériences passées ont pesé très diversement dans ce processus : bien sûr la plupart des pays est-européens sont sortis de l'expérience communiste en passant par un état d'exception et cela a été assez prégnant dans les débats, même implicitement. Par ailleurs, les experts européens et américains ont apporté chacun et leur propre expérience et leur lecture des liens entre mécanismes constitutionnels et état d'exception.

B. Le contenu des constitutions

Au XVIII^e siècle, les débuts du constitutionnalisme avaient été éclatants : qu'il s'agisse des États-Unis ou de la France, puis bientôt, de l'Europe tout entière, on construisait, ou bien des mécaniques ciselées encadrant l'exercice du pouvoir, et principalement des pouvoirs législatif et exécutif, ou au contraire des systèmes sommaires d'organisation des pouvoirs, en comptant souvent sur une « balance » naturelle qui se produirait entre les principaux pouvoirs.

Aujourd'hui, les nouvelles constitutions prennent acte du passé mais innovent, en raison notamment de leur histoire politique immédiate, sur les pouvoirs d'exception¹⁶. On peut à cet égard parler du « volontarisme constitutionnel » des pays est-européens à la fin du XX^e siècle¹⁷. La recherche du meilleur mécanisme implique naturellement une absence d'uniformisation du contenu des constitutions : constitutions très courtes (rares), ou au contraire très longues (plus fréquent), insistance sur le pouvoir

8. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997, p. 91. À cette idée s'ajoute celle que, dans la mesure où, formellement, le peuple souverain est à l'origine de la Constitution, en l'ayant au moins ratifiée, c'est bien ce dernier qui fixe à la fois les bornes de sa propre liberté et celles des gouvernants pour le respect et la garantie de ces libertés.

9. Dans cette perspective, on croit souvent au caractère inexorable des « lois » ou tendances naturelles liées à l'usage du pouvoir contre lesquelles les règles constitutionnelles tenteraient, le plus souvent impuissamment, de lutter. Cette croyance incite certains auteurs à insister sur le fait qu'il est nécessaire d'affirmer que les garanties formelles sont indispensables et consubstantielles à un système de libertés, que même, « sans elles, le droit n'existe pas » (A. Barilari, *L'État de droit : réflexion sur les limites du juridisme*, Paris, LGDJ (Systèmes droit public), 2000, p. 55).

10. Voir not. J. Gicquel, « Les états de nécessité », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Économica – Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 174.

11. Soit il existe une « tradition » d'exercice du pouvoir telle que sa constitutionnalisation est inutile, comme on le croit souvent à propos de la Grande-Bretagne ; soit l'on envisage l'exercice du pouvoir comme étant toujours indépendant du texte.

12. Même si on estime parfois que c'est surtout de la première logique que le mouvement constitutionnel est-européen a relevé : en ce sens, voir K. Wojtowicz, « Les pouvoirs d'exception dans les constitutions d'Europe centrale et orientale », in *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence* (Travaux de la Commission de Venise, 3-5 octobre 1996), Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 15 : « il convient de constater que les auteurs des constitutions des pays d'Europe centrale et orientale examinées [...] ont refusé la thèse selon laquelle l'impossibilité de prévoir tous les dangers rend impossible de fixer à l'avance, dans la Constitution, les dispositions permettant d'y faire face. Au contraire il a été accepté que la réglementation constitutionnelle des états d'exception offre une meilleure protection contre les abus des pouvoirs qu'ils impliquent ».

13. Voir à ce sujet O. Duhamel, « Le pèlerin constitutionnel », *Revue Belvédère*, n° 2, 1991, p. 17 : « le mythe du faiseur de constitution à la vie dure » ; voir aussi R. Dorandeu, « Les pèlerins constitutionnels. Éléments pour une sociologie des influences juridiques », in *Les politiques de mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Y. Mény (dir.), Paris, L'Harmattan, 1993.

14. V. Ganev, « Emergency powers... », p. 602.

15. S. Milacic, « Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste », in *Le nouveau constitutionnalisme...*, p. 350.

16. S'intéressant à la question dans le cadre des travaux de la Commission de Venise, E. Özbudun constate qu'« il est bien naturel qu'un système qui vient toujours juste d'être mis en place ne soit pas aussi solidement implanté qu'un système établi depuis longtemps. Le risque de se trouver devant une situation de crise est donc bien plus grand en Europe centrale et orientale qu'en Europe occidentale. Il est donc tout à fait justifié que nous essayons de prévoir et d'examiner la réponse appropriée à des situations de crise dans les démocraties d'Europe centrale et orientale avant qu'une telle crise ne se produise » (« Allocution d'ouverture », in *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*).

17. L'expression est empruntée à S. Milacic, « Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste », p. 339. P. Keude parle lui d'« optimisme institutionnel des élites postcommunistes », dans l'article du même nom, in *Les politiques de mimétisme institutionnel...*, p. 237.

législatif, ou au contraire sur le pouvoir exécutif, etc. Au-delà de ces variations sur l'aspect général du régime mis en place par les constitutions, on trouve aussi des variations au plan des techniques mises en place : c'est ainsi que certaines précisent quels sont les mécanismes de la mise en jeu de la responsabilité politique, tandis que d'autres n'y apportent aucune précision. Parmi ces différentes questions, le règlement de celle des pouvoirs d'exception varie en considération du régime mis en place, des expériences passées, des références doctrinales et des conseils d'experts, européens ou américains.

Les pouvoirs d'exception ne font donc pas l'objet d'un mode de constitutionnalisation uniforme tout en répondant à une seule logique : il faudrait constitutionnaliser les pouvoirs d'exception afin d'éviter que leurs conséquences les plus fréquentes – la restriction temporaire des libertés et l'appropriation des pouvoirs par une seule entité – soit la moins conséquente possible et reste temporaire, c'est-à-dire provisoire, voire toutefois, transitoire¹⁸.

Peut-on établir que les constitutions promulguées et les pratiques qui ont suivi ont été conformes aux ambitions des constituants est-européens ? Le nouveau laboratoire constitutionnel qu'ont constitué les pays de l'ancienne zone communiste¹⁹ ne permet pas d'affirmer qu'une nouvelle ère constitutionnelle serait née. Les modalités de la constitutionnalisation opérée par les pays de l'Est en matière de pouvoirs exceptionnels conduisent, à l'analyse, à se demander s'il est véritablement possible de constitutionnaliser les pouvoirs d'exception dans un sens qui favoriserait la garantie des droits. Et plus encore, au regard de cette garantie, est-il pertinent de les constitutionnaliser ?

À l'analyse, les techniques de constitutionnalisation des pouvoirs d'exception mises en œuvre sont à l'évidence impropres à assurer le résultat espéré et continuent d'interroger le constitutionnaliste sur la possibilité d'encadrer strictement les pouvoirs d'exception (I). Le résultat, sans aucun doute décevant, de cette volonté de constitutionnaliser les pouvoirs exceptionnels pour éviter l'appropriation définitive du pouvoir par une entité illégitime et la violation durable des droits fondamentaux, devrait permettre de prolonger la réflexion au-delà de la seule question du « juste » mécanisme constitutionnel. L'important n'est peut-être pas tant de savoir s'il y a un juste mécanisme constitutionnel mais si c'est un tel mécanisme qui doit

être trouvé : au regard de la garantie des droits, le principe même de la constitutionnalisation des pouvoirs exceptionnels ne va pas de soi et peut-être ne doit-on pas privilégier cette solution (II).

I. La garantie des droits à l'épreuve des mécanismes constitutionnels d'exception ou *Peut-on constitutionnaliser les pouvoirs d'exception ?*

Pour répondre à cette question, il faut naturellement commencer par dire ce qu'on entend par « pouvoirs d'exception ». Il se trouve qu'il arrive fréquemment, même implicitement, qu'ils soient définis comme tels en regard du critère de leur inscription dans le texte, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés d'ordre méthodologique. Du point de vue constitutionnel en effet, si les pouvoirs d'exception sont inscrits dans un texte, alors ils ne peuvent plus véritablement être considérés comme des pouvoirs d'exception aux règles constitutionnelles normales, en ce sens qu'ils font partie du régime mis en place par le texte constitutionnel²⁰. Cela signifie donc que si les pouvoirs d'exception ne sont à l'inverse pas prévus dans le texte, alors ils peuvent cette fois être considérés comme de véritables pouvoirs d'exception... parce qu'ils ne sont pas « organisés » par avance²¹. À la question « peut-on constitutionnaliser les pouvoirs d'exception ? », la réponse est donc nécessairement négative et les jeunes démocraties est-européennes ne pouvaient que caresser un rêve illusoire.

Le rêve peut cependant être poursuivi si les pouvoirs exceptionnels sont définis d'une autre manière : pas par leur nature, ou leur essence, mais par leur statut au sein du système juridique. Les pouvoirs d'exception (ou l'état d'exception) sont en général nommés ainsi parce qu'ils sont censés n'être que rarement utilisés, et ce parce qu'ils sont *exorbitants*. C'est ce dernier caractère qui implique en effet qu'ils doivent être rares et utilisés exclusivement dans certaines circonstances qui précisément les justifient en même temps. Mais cette rareté n'a jamais été jusqu'ici totalement contrôlée par le droit lui-même.

Depuis quelques décennies pourtant, les constituants ont plutôt eu tendance à vouloir limiter le caractère diffi-

18. Voir par exemple B. Lime, « Le système constitutionnel roumain », *RDP*, 1994, p. 355.

19. Il faut signaler que presque toujours, les dispositions relatives à l'exception figurant dans les anciennes constitutions (d'avant l'ère communiste) ont été reprises et améliorées, apparaissant ainsi comme neuves, notamment parce qu'un lien a été établi avec les droits fondamentaux (voir plus loin la première partie de cette contribution).

20. Voir à ce sujet M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in *L'exception dans tous ses états*, Marseille, Parenthèses, 2007, p. 173-175 : « Ainsi, puisque le droit s'applique toujours en période normale comme en période exceptionnelle, il existe bien deux séries de règles de droit, applicables pour deux types de situations différentes et l'état d'exception n'a rien d'exceptionnel ».

21. On préférera alors la notion ancienne de « droit de nécessité » ou de droit constitutionnel de l'état de nécessité, qui, par définition, ne se formalise pas. À cet égard, on notera que l'expression « pouvoirs d'exception », ou même droit d'exception est née avec les prétentions à les formaliser, c'est-à-dire dans le courant du XX^e siècle (voir par exemple la révision constitutionnelle de la loi fondamentale allemande en 1968 sur l'état d'exception et les débats importants entourant son adoption. Une des dispositions du projet de révision prévoyait que l'atteinte au secret de la correspondance, en période d'exception, pourrait être soustraite au contrôle du juge ordinaire. De nombreux professeurs allemands de droit public exprimèrent vivement leur émotion à ce sujet. Soixante d'entre eux notamment envoyèrent une pétition au Bundesrat le 10 juin 1968, ainsi rédigée : « Soucieux de l'existence et de l'authenticité du principe de l'État de droit dans notre constitution, les professeurs de droit public soussignés prient instamment le Bundesrat de refuser la limitation du secret de la correspondance telle qu'elle est prévue dans le projet... Ils considèrent comme intolérable le fait que des atteintes aussi graves à la liberté individuelle ne soient contrôlées que par des organes de la représentation populaire et non par des juges indépendants ». La disposition figure aujourd'hui dans la loi fondamentale allemande – art. 10).

cilement « contrôlable » de l'état d'exception afin que celui-ci demeure un véritable état d'exception²², c'est-à-dire un état rare et temporaire. À l'épreuve, le constituant bute toutefois sur la question des modalités de la limitation de l'exorbitance des pouvoirs exceptionnels. Il n'y a donc pas souvent de limites véritables à l'exercice des pouvoirs exceptionnels, et, quand il y en a, celles-ci apparaissent peu efficaces, malgré les efforts des constituants en ce sens, efforts, il faut le souligner, bien supérieurs à ceux des constituants antérieurs.

Si on devait apprécier l'efficacité des normes constitutionnelles par un critère quantitatif, certainement les dispositions des constitutions est-européennes relatives aux pouvoirs exceptionnels le seraient tout particulièrement²³. C'est à de nombreuses questions qu'ont tenté de répondre les constituants en encadrant les pouvoirs de crise, dans le but exclusif de les limiter : *quand* ou à quelle occasion *doit-on parler d'une situation d'exception* supposant l'application de pouvoirs exceptionnels ? *Qui déclare* l'état d'exception ? *Qui prolonge* et *qui achève* l'état d'exception ? *Qui exerce* les pouvoirs exceptionnels ? *Quels pouvoirs* relèvent précisément de cette autorité ? S'il y a contrôle, *qui doit contrôler* et comment, *notamment à quel moment* ? *Quelles sanctions* sont éventuellement susceptibles d'être prononcées ?

À ces questions, les constituants répondent presque toujours, mais ne garantissent presque jamais, notamment parce que les mécanismes adoptés reposent sans doute sur une erreur d'analyse des constituants : si une disposition constitutionnelle vise à garantir ou à prévenir un mal, alors il est nécessaire d'identifier, non seulement l'étendue de ce mal, mais également son origine et sa cause. Or, en se concentrant le plus souvent sur les effets – du point de vue notamment de la garantie des droits – et en ignorant la cause, les constituants ne parviennent pas à endiguer le « mal » généré par l'état d'exception. Toute la difficulté proviendrait de ce que, tout en les encadrant, il faudrait laisser aux pouvoirs exceptionnels leur caractère... exceptionnel, c'est-à-dire exorbitants. L'analyse en détail des dispositifs mis en place par les constituants met assez aisément en lumière des lacunes techniques et logiques importantes quant aux moyens mis en place, dont beaucoup apparaissent cependant inévitables (A). Et, c'est sans doute plus grave, que le problème a été particulièrement mal posé : la réflexion et la logique qui président à la constitutionnalisation des pouvoirs exceptionnels sont très clairement inadéquates au regard des exigences de l'état d'exception (B).

22. C'est principalement à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e que l'on voit apparaître les hypothèses de pouvoirs exceptionnels dans les textes constitutionnels (on trouve cependant l'idée d'exceptionnalité dès la Constitution française de l'An VIII à l'article 92, puis à l'article 45 de l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire de 1815, et enfin dans le fameux article 14 de la Charte de 1814). Cette constitutionnalisation du phénomène d'exception reste cependant encore assez modérée à l'époque, aussi bien du point de vue du nombre de constitutions recourant à ce procédé, que du point de vue du contenu de celles qui y recourent. Les dispositions dans ce cas sont en effet assez vagues : la situation d'exception visée est indéterminée et les pouvoirs subséquents également. On citera quelques exemples trouvés chez P. Leroy (*L'organisation constitutionnelle et les crises*, thèse, Paris, LGDJ, 1965) : la Constitution autrichienne de 1867 parlait sans autre précision de « circonstances urgentes », la Constitution danoise de 1849 de « circonstances particulièrement urgentes », la Constitution russe de 1906 de « circonstances extraordinaires ». En revanche la Constitution japonaise de 1885 était en apparence un peu plus précise puisqu'elle parlait de « nécessité urgente pour maintenir l'ordre public ou pour éviter une calamité publique ». On peut formuler la règle – qui suppose nécessairement des exceptions – selon laquelle plus les constitutions sont récentes, plus les pouvoirs exceptionnels sont encadrés par les dispositions constitutionnelles. À la suite de l'indécision des constituants au cours de la période s'étalant du début du XX^e siècle jusqu'au sort du second conflit mondial, il y a eu un mouvement constitutionnel dans les années 1970, qui a commencé en Allemagne en 1968 (le débat sur la révision constitutionnelle à propos des pouvoirs exceptionnels s'est avéré des plus passionné et passionnant), s'est poursuivi en Grèce en 1975, au Portugal en 1976 et en Espagne 1978. Cette période avait donné lieu à la rédaction de constitutions qui toutes s'étaient penchées sur les pouvoirs d'exception et avaient tenu, en même temps qu'elles consacraient les droits et libertés en leur cœur, à en proscrire les dérogations à l'occasion de l'état d'exception. Le mouvement constitutionnel sud-américain et, par suite, le mouvement constitutionnel est-européen à la fin du XX^e siècle, se situent également et fortement dans cette ligne.

23. Une quinzaine de constitutions ont été examinées pour cette étude, et, pour être exhaustif, on les citera toutes dans leur détail pour saisir le plus justement l'effort qui a été fait par beaucoup d'entre elles pour « encadrer » les pouvoirs exceptionnels et prescrire la garantie des droits. La Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991 prévoit ainsi 4 articles consacrés aux situations exceptionnelles (art. 57-3, 64 al. 2, 84 al. 10, 11 et 12, 100 al. 4 et 5), celle de la République d'Estonie du 28 juin 1992 en prévoit 11 (art. 34, 65 al. 14 et 15, 78 al. 17 et 18, 87 al. 6, 104 al. 16 et 17, 127 al. 3, 128 à 131, et 161 al. 2), celle de la République de Lituanie du 25 octobre 1992 en prévoit 9 (art. 48 al. 4, 67-20, 84-16 et 17, 85, 142 à 145 et 147 al. 2), celle de la République de Pologne du 2 avril 1997 en prévoit 7 (art. 228 à 234 dans le titre XI sur les « mesures d'exception » ; la loi constitutionnelle sur les relations mutuelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif de la République de Pologne et sur l'autogestion territoriale du 17 octobre 1992 dite « petite constitution » en prévoyait seulement trois, moins explicites), celle de la République de Hongrie du 20 août 1949 révisée entre 1984 et 1994 en prévoit 9 (art. 8-4, 19-3g, h, i et j, 19a-1 à 4, 19b-1, 2, 4 à 6, 19c-1 à 5, 19d, 19^e 1 à 3, 28a-1 à 3, 35-1 i, 35-3, 40 b-2), celle de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 en prévoit 7 (art. 56-1 à 3, 87-1 à 3, 88, 102-1b à d, 106, 109-5, 135-1 et 2), celle de la Lettonie du 15 février 1922 (remise en vigueur par la loi constitutionnelle du 21 août 1991) en prévoit 5 (art. 43, 44, 62, 67, 73 et 81), celle de la République de Croatie du 22 décembre 1990 en contient 7 (art. 17, 76, 80 al. 4, 100 al. 3, 101, 105 al. 1, 140 al. 2), celle de l'Albanie du 21 octobre 1998 approuvée par le référendum du 22 novembre 1998 en prévoit 16 (9 articles « indirects » – art. 26, 66, 81, 84, 100 à 102, 151 et 177, et 7 articles « directs » dans la partie 6 sur les « mesures extraordinaires » – art. 170 à 176), celle de la République de Macédoine du 15 novembre 2001 (révisant celle du 17 novembre 1991 à la suite de l'accord de paix d'Ohrid) en contient 9 (art. 54 et 86 et art. 122 à 128), celle de la République de Roumanie du 8 décembre 1991 en contient 9 également (art. 53-3, 60-1, 72-3e, 83-3, 89-3, 92-2 et 3, 93-1 et 2, 114-4 et 148-3) et celle de la République de Slovénie du 23 décembre 1991 en prévoit 8 (art. 16, 42 al. 3, 81 al. 2, 92, 103 al. 3, 108, 116 al. 2 et 124). La Constitution de la Bosnie-Herzégovine du 1^{er} décembre 1995 ne prévoit rien de spécifique. La Constitution de la République slovaque du 1^{er} septembre 1992 n'en prévoit qu'un (art. 102-1, sur le Président) et celle de la République tchèque du 16 décembre 1992 ne prévoit que l'état de guerre. Mais les deux dernières constitutions mentionnées contiennent des dispositions importantes sur la limitation de l'exercice des droits et libertés fondamentaux, afin de protéger la « sécurité publique » ou en cas de « catastrophes naturelles » (voir plus loin la question des droits fondamentaux). Pour une analyse de huit de ces constitutions (Bulgarie, République tchèque, Hongrie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie et Slovénie) du point de vue des pouvoirs d'urgence, on renvoie également à V. Ganév, « Emergency powers... », p. 585.

A. Les difficultés techniques et logiques du processus de constitutionnalisation des pouvoirs exceptionnels

Dans un roman paru en France en 2006, *La lucidité*, le prix Nobel de littérature José Saramago décrit un pays imaginaire où le scrutin municipal dans la capitale donne lieu à 70 % de votes blancs. Le Premier ministre réagit en ordonnant aussitôt la tenue de nouvelles élections qui, cette fois, donnent lieu à 83 % de votes blancs. Après quelques tergiversations, le gouvernement, réuni en urgence, finit par décréter l'état d'exception, puis ensuite l'état de siège, avant finalement de disparaître pendant la nuit. Ce roman incroyable, outre qu'il est, d'après son auteur même, « subversif », s'appuie implicitement sur l'imprécision, peut-être due à l'indécision, de l'état d'exception. En dépit de leurs hautes ambitions, les constituants est-européens ne sont pas parvenus à surmonter les apories traditionnelles de la définition de la situation d'exception, comme ils n'ont pas non plus réussi à apporter des avancées significatives dans la délimitation des rôles respectifs des pouvoirs constitués en cas de situation d'urgence.

1. Les apories traditionnelles de la définition juridique de l'état d'exception

La définition juridique de la situation d'exception est assurément une difficulté majeure dans la constitutionnalisation d'exception. Il s'agit de répondre à deux types de questions : *Quand ou à quelle occasion doit-on parler d'une situation d'exception supposant l'application de pouvoirs exceptionnels ? Qui sera en charge des pouvoirs exceptionnels*²⁴ ?

Qu'est-ce qu'une situation d'exception ? « Il est à peu près impossible », soutenait il y a déjà longtemps Pierre-Chasles, « d'enserrer dans des bornes juridiques les con-

cepts d'"extraordinaires" et de "nécessité" »²⁵. Si bien d'ailleurs, qu'on estime parfois que la situation d'exception n'a pas à être appréciée séparément des pouvoirs d'exception, et au contraire se définit comme étant celle au cours de laquelle des pouvoirs exceptionnels sont mis en œuvre. Cela implique, malgré les efforts des constituants, qu'une définition – même précise – de la situation d'exception soit impuissante à garantir une restriction des recours aux pouvoirs exceptionnels, puisque finalement, tout dépendra de l'appréciation de l'autorité ou des autorités qui auront la capacité de déclencher les pouvoirs exceptionnels. Même si on constate une variété de techniques, on ne peut réellement dire que les efforts des constituants en matière d'encadrement des pouvoirs exceptionnels se soient concentrés sur la question de la définition de la situation d'exception. Il semblerait y avoir une sorte d'impossibilité à définir avec précision une situation dont, précisément, il est concrètement difficile d'apprécier l'étendue réelle.

Si certaines des constitutions est-européennes prévoient des dispositions assez nombreuses en la matière²⁶, c'est en assurant aux autorités compétentes une marge de manœuvre appréciable. Malgré la profusion du texte, celui-ci n'est pas toujours précis sur la situation d'exception telle qu'elle se présenterait. Il est rare qu'une constitution mentionne une seule hypothèse d'état d'exception. Le plus souvent, les constitutions indiquent une pluralité de situations, et recourent à des catégories juridiques connues – qu'elles définissent ou pas – et à des situations qu'elles exposent elles-mêmes comme relevant de l'exceptionnel, ou *a contrario*, comme n'en relevant pas.

Figurent ainsi, parfois même sont définies les notions d'état de siège²⁷ ou d'état d'urgence²⁸, d'état d'alerte²⁹, ou encore d'état de guerre³⁰, paroxysme de l'état d'except-

24. La question *qui déclare l'état d'exception* ? est traitée à part dans la mesure où l'on doit considérer que, d'une part, déclarer la situation d'exception est déjà un pouvoir exceptionnel, et que, d'autre part, au moins théoriquement, l'existence de la situation d'exception précède sa déclaration. Au surplus, il apparaît que la déclaration de l'état d'exception présente des spécificités dans les difficultés qu'elle pose : si les autres questions relèvent pour l'essentiel de l'aporie, celle de la déclaration de l'état d'exception relève plutôt de l'inadéquation entre les ambitions des constituants et les moyens mis en œuvre pour les réaliser (voir point B. de cette partie).

25. P. Chasles, « La crise constitutionnelle de mars 1911 et les oukazes extraordinaires en Russie », *RDP*, 1912, p. 13.

26. Tout en étant relativement précises sur d'autres questions touchant aux pouvoirs exceptionnels, les constitutions de la Bulgarie, de la Roumanie, de la Lituanie, de l'Estonie, de la Slovaquie et de la Lettonie n'ont pas spécifiquement entendu régler constitutionnellement le champ d'application substantiel des pouvoirs exceptionnels en ne « qualifiant » pas la situation d'exception (et la Constitution bosniaque ne prévoit tout simplement aucun mécanisme spécifique pour les crises).

27. La déclaration de l'état de siège est prévue en Lettonie et en Lituanie, « au cas où l'État est menacé d'invasion étrangère ou si des désordres intérieurs se sont produits ou menacent de se produire, qui mettent en danger l'ordre public » (art. 62 de la Constitution de la Lettonie), et « dans le cas d'une attaque armée menaçant la souveraineté de l'État ou l'intégrité du territoire » (art. 84 de la Constitution de la Lituanie). La Constitution slovène parle d'état de siège au cas où « l'existence de l'État est menacée par un grand danger d'ordre général » (art. 92). La Constitution polonaise envisage l'état de siège en cas de menace extérieure de l'État, d'agression armée contre la République de Pologne ou lorsque les traités engagent à une défense commune contre une agression (art. 229).

28. Les constitutions de l'Estonie et de la Lituanie envisagent la déclaration de l'état d'urgence en cas de « menace contre l'ordre constitutionnel » et en cas de « calamité naturelle ou de catastrophe », ou pour empêcher la « contagion de maladies infectieuses » pour la première (art. 129 et 87), et en cas de « menace imminente contre l'ordre constitutionnel ou contre l'ordre public » survenant dans l'État pour la seconde (art. 144). La Constitution macédonienne définit l'état d'urgence comme la situation dans laquelle « surviennent d'importants fléaux naturels ou des épidémies » (art. 125 al. 1), et la Constitution polonaise comme l'hypothèse où le « régime constitutionnel de l'État, la sécurité des citoyens ou l'ordre public sont menacés » (art. 230). La même formulation à peu près est retenue par l'article 173 de la Constitution albanaise.

29. Constitution de la République de Macédoine (art. 54 et 125) : « en cas d'intempéries naturelles ou d'épidémies ».

30. L'état de guerre est en quelque sorte défini dans la Constitution estonienne, qui distingue deux cas : l'un par déclaration proprement dite, l'autre en cas d'agression armée dirigée contre la République (art. 65 al. 15 et 78 al. 18), deux procédures différentes étant subséquentement prévues. La Constitution macédonienne distingue également entre deux états de guerre : « lorsqu'un danger militaire immédiat d'attaque contre la République devient imminent », et / ou « lorsque la République est attaquée ou fait l'objet d'une déclaration de guerre » (art. 124). L'état de guerre est également défini dans la Constitution macédonienne à l'article 124 : « l'état de guerre est décrété lorsqu'un danger militaire d'attaque immédiate sur la république devient imminent ou lorsque la République est attaquée ou fait l'objet d'une déclaration de guerre ».

tion³¹. En plus de ces catégories, qui ne renvoient pas nécessairement d'ailleurs à une situation tout à fait précise, certaines constitutions recourent à d'autres notions, soit très « floues » et sans les définir³², soit au contraire plus précises mais sans les qualifier³³. D'autres encore procèdent par énumération³⁴, de telle sorte qu'on peut parfois croire à un « fourre-tout » permettant de recourir sans véritable limite aux pouvoirs exceptionnels.

Dès lors que les pouvoirs exceptionnels sont constitutionnalisés, il apparaît indispensable que, d'une part, une distinction très nette soit faite entre situation normale et situation exceptionnelle³⁵, et d'autre part, que plusieurs types de situations exceptionnelles soient définies dans le même document constitutionnel³⁶. Sans ces distinctions, la constitutionnalisation des pouvoirs exceptionnels apparaît peu viable.

A minima, si même on prétend que la question ne se joue pas au niveau de la définition constitutionnelle de la situation d'exception³⁷ mais à celui des garanties entourant la déclaration, l'effort de définition doit être compris

comme un effort de légitimation et de délégitimation du recours aux pouvoirs exceptionnels. Si, à la première lecture, la déclaration paraît très éloignée des faits décrits dans la règle, il y aura soupçon d'illégitimité³⁸.

Qui exerce les pouvoirs exceptionnels ? L'esprit qui a gouverné lors de l'élaboration du dispositif d'urgence semble avoir été celui de la séparation des pouvoirs, dont la teneur serait modifiée pendant l'état d'exception mais dont le principe demeurerait comme garantie³⁹. Les textes finalement élaborés semblent parvenir assez faiblement à ce résultat.

Il apparaît que le Parlement se prête mal aux situations d'urgence, à la fois parce qu'il ne peut pas toujours décider rapidement et parce qu'il ne peut décider que de façon générale, impersonnelle et abstraite. Le pouvoir exécutif ne peut donc qu'être le titulaire des pouvoirs exceptionnels. Et en effet les constitutions est-européennes cèdent à cette logique, soit qu'elles renvoient à la loi qui va organiser l'exercice par le pouvoir exécutif des pouvoirs exceptionnels⁴⁰, soit qu'elles en règlent elles-mêmes

31. La « petite » Constitution polonaise de 1992 utilisait toutes ces catégories en les délimitant : l'état de guerre (en cas « d'attaque armée contre la République de Pologne ») ou au cas « où une obligation de défense commune contre l'agression découle des traités internationaux » (art. 24 al. 1), l'état de siège (cas de « menace extérieure », art. 36-1) et l'état d'urgence (cas de menace contre la « sécurité intérieure » de la Pologne, ou en cas de « calamité naturelle », art. 37-1). La Constitution de 1997 parle de « mesures d'exception » (titre XI), en cas d'état de siège, d'état d'urgence ou d'état de calamité.

32. Ainsi de la « nécessité dans une société démocratique » (art. 11 de la Constitution estonienne, où cependant on ne peut s'empêcher de faire un lien avec l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). On citera aussi la « nécessité urgente » (art. 62 de la Constitution lettone), ou plus simplement les « circonstances exceptionnelles » (art. 48 de la Constitution lituanienne). La Constitution polonaise enfin, si elle définit l'état de siège et l'état d'urgence, n'admet la proclamation de ces états que « lorsque les moyens constitutionnels ordinaires sont insuffisants » (art. 228).

33. Ainsi par exemple la Constitution slovaque, qui parle à l'article 102 d'« état d'exception » (qualificatif rare en droit positif puisqu'il s'agit bien plus d'une expression de la doctrine), sans le définir, mais parle à l'article 32 de cas de « destruction du régime démocratique, des droits de l'homme et des libertés fondamentales », d'« activité des organes constitutionnels » et de « l'application effective des moyens légaux » qui seraient rendus impossibles, pour autoriser consécutivement un droit exceptionnel d'opposition des citoyens. En ce dernier sens la Slovaquie présente une originalité en évoquant une situation exceptionnelle justifiant un droit d'opposition des citoyens. Cette hypothèse était déjà relevée par Joseph Barthélémy et Paul Duez dans leur *Traité de droit constitutionnel* de 1933 (p. 240), comme l'un des deux cas de suspension temporaire de la Constitution, avec l'état de nécessité : « la suprématie de la constitution est, dans certaines hypothèses exceptionnelles, suspendue : 1° au profit des gouvernants et contre les gouvernés, par l'état de nécessité ; 2° au profit des gouvernés, et contre les gouvernants, par la résistance à l'oppression ».

34. La Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 parle de « défense des fondements du régime constitutionnel », des « bonnes mœurs », « de la santé », « des droits et intérêts légitimes d'autres individus », « de sécurité de l'État » (art. 55-2). La Constitution de la République tchèque admet la modification de l'organisation normale des droits et des pouvoirs en cas de « catastrophes naturelles », de « sinistres », ou « tout autre danger menaçant la vie ou les biens », en « cas de nécessité pour protéger la sécurité nationale, le maintien de l'ordre public », de l'« intérêt de la sûreté publique et de l'ordre public » (art. 4-3, art. 9-2c, art. 14-3, art. 16-4, art. 17-4, art. 19-2, art. 20-2 et art. 27-2 de la Résolution de la présidence du Conseil national tchèque du 16 décembre 1992 promulguant la charte des droits fondamentaux et des libertés fondamentales comme faisant partie de l'ordre constitutionnel tchèque). On trouve également une énumération dans la Constitution croate, qui parle ainsi de « menaces directes à l'indépendance et l'unité de la République », de « calamités naturelles », des « intérêts et de la sécurité de la République, de la nature, de l'environnement et de la santé des personnes », et de « situation où les pouvoirs publics sont dans l'impossibilité d'assurer l'exercice régulier des fonctions conférées par la constitution » (art. 17, art. 43 al. 2, art. 50 al. 2, art. 101, art. 105 al. 1, et art. 140 al. 2).

35. Voir à ce sujet O. Gross, « Chaos and Rules... », p. 1070 sq. (pour une présentation de son propre modèle constitutionnel applicable aux situations d'urgence, voir le même article, p. 1096 sq.).

36. Voir sur cette question B. Ackerman, « The Emergency Constitution », p. 1061.

37. Voir G. Tusseau, « L'urgence en droit constitutionnel », à paraître dans la *RFDC*, numéro spécial, *Le temps et le droit constitutionnel*, 2009 : « ... à la question "qu'est-ce que l'urgence en droit constitutionnel ?", on peut apporter la réponse suivante. Lorsqu'elle dénote quelque chose, l'expression "urgence" ne désigne aucune réalité précise qui serait pourvue d'une quelconque unité. Plus encore, il est possible que cette expression ne dénote rien de précis, voire rien du tout ».

38. Quel que soit ce qu'on prétendra subsumer sous la règle, c'est une évidence de considérer le vocabulaire employé comme permettant de donner à voir – non d'empêcher – des distorsions flagrantes entre l'intention de l'auteur de la règle, ou l'interprétation la plus publiquement reconnue et celle de celui qui déclare la situation d'exception (notamment à son profit). C'est ce qu'on appelle ici un facteur de légitimité de l'usage de la règle. Il y a d'ailleurs une volonté des constituants de faire apparaître la distorsion entre le texte et son interprétation, qui se traduit par la nécessité pour les organes constitutionnels de rendre « publique » la déclaration de la situation d'exception.

39. Souligné par V. Ganev, « Emergency powers... », p. 605.

40. Renvoi qui peut se cumuler avec l'une des deux autres possibilités. Renvoi ainsi à la loi pour la déclaration de mobilisation générale dans la Constitution bulgare, renvoi à la loi sur l'état d'urgence dans les constitutions estonienne et lituanienne, renvoi à la loi sur l'état de siège dans la Constitution russe, renvoi aux lois sur l'état de siège et l'état d'urgence dans la Constitution hongroise, renvoi à la loi pour définir les restrictions à l'exercice des droits et libertés pour notamment « garantir la sécurité nationale, l'ordre public et la paix » dans la Constitution lettone, renvoi à la loi pour réglementer l'état d'exception dans la Constitution lituanienne, renvoi à la loi pour les états de guerre ou d'urgence dans les constitutions de la Macédoine et de la Roumanie (loi organique), renvoi à la loi pour l'objet, la portée et les buts de toutes les mesures d'exception (état de siège, état d'urgence ou état de calamité naturelle) dans la Constitution polonaise.

les principaux aspects⁴¹, soit enfin qu'elles semblent ignorer cette question⁴². Cette dernière hypothèse peut d'ailleurs être problématique dans le cas où il existe plusieurs organes de l'exécutif, c'est-à-dire notamment lorsqu'il existe un chef de l'État et un chef de gouvernement. Il n'est pas évident que ce soit nécessairement celui qui, dans le régime normal, exerce la réalité des pouvoirs, qui exerce également les pouvoirs exceptionnels. Dans les pays qui instaurent une tradition parlementaire, c'est sans doute le gouvernement qui exercera les pouvoirs d'exception, éventuellement investi par une habilitation parlementaire, mais le chef de l'État peut également exercer ces pouvoirs, en cas de situation très grave, car on considère qu'il incarne, à un moment donné, l'unité nécessaire de la nation.

Parmi les différents modèles examinés, la Constitution hongroise présente une très grande originalité. À l'instar du modèle antique du *Cincinnatus*, elle prévoit l'instauration d'un organe spécial en cas de situation exceptionnelle, tandis que toutes les autres constitutions est-européennes s'appuient sur les pouvoirs constitutionnels réguliers. Cette idée est d'une certaine manière astucieuse et repose sur l'idée qu'une autorité constituée exceptionnellement et exclusivement pour des situations exceptionnelles n'a de raison d'être qu'en vertu de ces situations. Dans les modèles traditionnels au contraire, les risques d'appropriation du pouvoir seraient plus grands car, en en confiant des pouvoirs exorbitants à des organes qui demeurent comme organes constitutionnels au-delà de la situation exceptionnelle, il faut compter tout particulièrement sur leur volonté d'autolimitation. Le modèle alternatif hongrois est donc des plus intéressants. Mais lui-même apparaît particulièrement incomplet.

2. Les avancées insuffisantes de la délimitation des pouvoirs exceptionnels

Tant au regard de leur expérience immédiate que de leurs ambitions, les constituants est-européens devaient organiser constitutionnellement les pouvoirs d'exception de telle sorte qu'apparaîtraient des garanties sérieuses contre un usage abusif de ces pouvoirs. En la matière, il apparaît que les mécanismes proposés ne révèlent pas de véritable progrès par rapport aux constitutions déjà promulguées dans le monde. L'on peut ainsi prendre acte du fait que les constitutions est-européennes règlent assez peu l'étendue des pouvoirs exceptionnels. Certes, des limites dans l'usage de ces pouvoirs sont mises en place, mais elles concernent essentiellement le rôle des autorités constituées qui ne disposent pas de pouvoirs exceptionnels, et ne visent ainsi pas à assurer un contrôle, ni à instaurer des sanctions efficaces à l'égard de l'autorité qui dispose de pouvoirs exceptionnels et des mesures qu'elle prend sur ce fondement.

Quels pouvoirs relèvent précisément de la compétence du titulaire des pouvoirs exceptionnels ? De manière positive, les constitutions assignent parfois des « objectifs » à poursuivre ou à réaliser par le recours à l'état d'exception. On ne peut évidemment que considérer qu'il s'agit là de limitations symboliques, dont l'objet est simplement de rappeler que le recours à l'état d'exception est permis dans le seul but de préserver la légalité en place. Ces objectifs pourtant sont finalement assez rarement rappelés dans les dispositions relatives à l'investiture de l'autorité, ou des autorités, titulaires des pouvoirs d'exception⁴³. Le plus souvent, ces objectifs ne sont inscrits – mais il est vrai cela est essentiel – que dans le cadre des justifications apportées à la restriction des droits et libertés⁴⁴. Il arrive que la

41. Constitutions de la Croatie (art. 101 : « Le président de la République prend des ordonnances ayant force de loi, et édicte des mesures exceptionnelles, en cas d'état de guerre ou de menace directe contre l'indépendance et l'unité de la République, ou quand les pouvoirs publics de l'État sont dans l'impossibilité d'assurer l'exercice régulier des fonctions conférées par la Constitution. [...] », et art. 140 al. 2 qui prévoit les cas où ce sont « les organes républicains » qui sont compétents pour prendre « toutes les décisions nécessaires en vue de préserver la souveraineté de la République de Croatie »), de la Hongrie (art. 19b qui attribue compétence au « conseil de défense national » présidé par le Président, à ce dernier, et au Gouvernement en cas notamment de catastrophes naturelles ou de « situation de danger public »), de la Lettonie (art. 81 s'agissant de la situation spécifique ou la Diète n'est pas en session, « le Cabinet a le droit, en cas de nécessité urgente, de prendre des règlements qui ont force de loi »), de la Lituanie (art. 85 sur le président de la République), de la Macédoine (art. 126 : « lors de l'introduction des états de guerre ou d'urgence, le gouvernement adopte, conformément à la Constitution et à la loi, des arrêtés ayant force de loi »), de la Roumanie (cas particulier, en plus de l'état de guerre, de l'état de siège et de l'état d'urgence, du Gouvernement qui peut « dans des cas exceptionnels », « adopter des ordonnances d'urgence »).

42. Constitutions de la Bulgarie, de l'Estonie, de la Fédération de Russie, de la Pologne, de la République tchèque, de la Slovaquie, de la Slovénie et de la Bosnie-Herzégovine.

43. Il est prévu par la Constitution hongroise que les mesures « nécessaires » que prend le gouvernement en vertu de l'article 19e-1 doivent l'être « pour les besoins de la protection de l'ordre constitutionnel, de la sécurité de la vie et des biens des citoyens, de l'ordre public et de la sécurité publique », et que celles qu'il prend en vertu de l'article 35-1 doivent l'être « pour enrayer les catastrophes naturelles et leurs conséquences menaçant la sécurité de la vie et des biens des citoyens, ainsi que dans l'intérêt de l'ordre et de la sécurité publics ».

44. La Constitution croate subordonne ainsi les limitations apportées aux libertés et aux droits à l'objectif de protection des libertés et droits d'autrui, de l'ordre juridique, de la moralité publique et de la santé (art. 16). Dans la Constitution estonienne le droit de libre circulation ne peut être limité que dans les cas et conformément aux procédures fixées par la loi « pour la protection des droits et liberté d'autrui, dans l'intérêt de la défense nationale, [...], pour prévenir la diffusion d'une maladie contagieuse, pour protéger l'environnement, pour éviter de laisser sans garde un mineur ou un malade mental ou pour garantir le déroulement d'une procédure judiciaire » (art. 34), et, plus généralement, pendant l'état d'urgence ou l'état de guerre, « les droits et libertés des personnes peuvent être limités et des obligations peuvent leur être imposées dans l'intérêt de la sécurité nationale et de l'ordre public » (art. 130). Dans le même registre, la Constitution russe dispose que « les droits et libertés de l'homme et du citoyen ne peuvent être limités par la loi fédérale que dans la mesure où cela est indispensable pour défendre les fondements du régime constitutionnel, les bonnes mœurs, la santé, les droits et les intérêts légitimes d'autres individus, pour assurer la défense du pays et la sécurité de l'État » (art. 55-3). La Constitution roumaine, dans son article 49, envisage la restriction des libertés « pour : protéger la sécurité nationale, l'ordre, la santé ou la morale publique, les droits et les libertés des citoyens ; le déroulement de l'instruction pénale ; prévenir les conséquences d'une calamité naturelle ou d'un sinistre extrême grave ». Et enfin la Constitution slovaque limite, à propos de plusieurs droits et libertés, la possibilité d'en restreindre l'exercice à l'intérêt public, la protection de la santé et de la moralité publics, ou encore pour un motif tenant à la sécurité nationale (art. 21-3, 23-3, 24-4, 26-4 et 28-2). L'article 17 de la Constitution albanaise parle d'« intérêt public », de « protection des droits fondamentaux » ou d'« autres » motifs pour justifier des limitations apportées aux droits et libertés, mais seulement en vertu d'une loi.

Constitution mentionne des situations spécifiques, comme c'est le cas de la Constitution de la Macédoine qui, en période d'exception et si l'assemblée se trouve empêchée, donne au Président de la République le pouvoir de nomination ou de révocation des fonctionnaires dont l'élection relève habituellement de l'Assemblée.

De manière négative, et en dehors de la question des droits fondamentaux conçus comme limitant en eux-mêmes l'exercice des pouvoirs exceptionnels, les limitations concernent essentiellement la configuration du régime et les pouvoirs des institutions constitutionnelles. Deux interdictions se retrouvent assez souvent dans les constitutions : celle de la dissolution⁴⁵ et celle de la révision⁴⁶. L'interdiction de la dissolution peut, on le sait, être facilement contournée : il suffit de la prononcer juste avant de déclarer l'état d'exception. C'est la raison pour laquelle, à côté de l'interdiction proprement dite, est souvent institué un mécanisme prévoyant la réunion immédiate du Parlement⁴⁷. L'interdiction de la révision paraît difficile à contourner puisqu'elle n'autorise même pas, par définition, sa propre révision. Si la révision de cette interdiction peut avoir lieu préalablement à la déclaration de la situation d'exception, il faudra pour cela obtenir l'accord du Parlement en formation solennelle : cela se conçoit bien dans un régime où le Parlement est inféodé à l'exécutif mais moins dans un régime de séparation et de collaboration des pouvoirs, même à tendance présidentielle.

Or ce sont en général de tels régimes qui ont été institués par les différentes constitutions est-européennes, et la pratique n'a pas démontré qu'elles avaient, de ce point de vue, complètement échoué. La question de la suspension de la Constitution en tant que procédé alternatif de la révision est également parfois interdite⁴⁸.

À côté des limitations, certains mécanismes visent à renforcer la garantie du régime, comme par exemple la prorogation ou la prolongation du mandat du Parlement et/ou du chef de l'exécutif, voire des collectivités locales⁴⁹, voire des membres de la Cour constitutionnelle ou des membres du Conseil supérieur de la magistrature⁵⁰. Pour le cas où le Parlement ne siège pas au moment où l'état d'exception est déclaré, un certain nombre de constitutions prévoient que celui-ci se réunira ou sera aussitôt convoqué, notamment pour se prononcer sur la constitutionnalité de la déclaration d'exception⁵¹. D'autres constitutions prévoient qu'aucune élection politique ne peut avoir lieu, et qu'il ne peut être mis fin aux titulaires de ces fonctions électives⁵². Il peut même être prévu que les lois électorales concernant le Parlement, le chef de l'exécutif ou encore les collectivités territoriales ne peuvent être modifiées en période d'exception⁵³. Plus simplement, sont prévus parfois des mécanismes d'« information », notamment lorsque c'est l'exécutif qui déclare, seul, l'état d'exception⁵⁴.

45. Art. 101 de la Constitution de la Croatie, art. 109-5 de la Constitution de la Fédération de Russie, art. 28a-1 de la Constitution de la Hongrie, qui prévoit aussi bien la dissolution que l'autodissolution, art. 37-2 de la Constitution polonaise, art. 89-3 de la Constitution roumaine.

46. Constitution de la Lituanie (art. 147 al. 2), Constitution de l'Albanie (art. 170-5). La Constitution estonienne envisage la question dans sa totalité en excluant, pendant l'état d'urgence ou l'état de guerre, que puisse s'exercer aussi bien l'initiative de la révision que l'adoption de celle-ci (art. 117). La Constitution polonaise prévoit que « la Constitution [...] ne peut être modifiée pendant la période d'application des mesures d'exception » (art. 228). On peut mentionner le cas de la Bosnie-Herzégovine qui, tout en ne prévoyant aucune disposition spécifique sur l'état d'exception, prohibe toute révision à fin de suppression ou de dérogation aux droits et libertés fondamentaux définis dans son article 2 et qui prohibe également la révision de la prohibition précédente (cf. art. X amendé).

47. La Constitution hongroise est la seule à prévoir le cas de l'assemblée dissoute au moment de la déclaration de l'état d'exception : dans son article 28a-3 elle indique que l'Assemblée nationale dissoute « peut » être convoquée par le Président de la République, en cas « d'état de guerre ou de danger de guerre, ou de situation de nécessité ». Dans cette hypothèse, « l'Assemblée nationale décide elle-même de la prorogation de son mandat ».

48. Art. 19b-4 de la Constitution hongroise, qui par ailleurs n'interdit pas la révision.

49. Prorogation du mandat de l'Assemblée nationale « en cas de guerre, d'état de siège ou autre état d'exception survenu au cours ou après l'expiration du mandat », « jusqu'à la disparition de ces circonstances » (art. 64 al. 2 de la Constitution bulgare) ; prorogation du mandat des membres du Parlement, par la loi, en cas de guerre (art. 76 de la Constitution croate) ; prorogation du mandat du Parlement, du Président et des assemblées représentatives des collectivités locales, « s'ils prennent fin durant l'état d'urgence ou l'état de guerre ou dans les trois mois qui suivent la fin de l'état d'urgence » (art. 131 de la Constitution estonienne, qui ajoute également que « dans ce cas, de nouvelles élections ont lieu dans les trois mois à compter de la fin de l'état d'urgence ») ; prorogation du mandat de l'Assemblée nationale s'il expire au cours de l'état de siège ou de l'état d'urgence, jusqu'à la cessation de ces situations (art. 28a-2 de la Constitution hongroise) ; prorogation par l'Assemblée nationale elle-même de son mandat si elle a été dissoute avant la déclaration de la situation d'exception (et si elle n'avait donc pas été réélue, art. 28a-3 de la Constitution hongroise) ; prorogation du mandat des membres du Seimas, de celui du Président de la République et de celui des membres des conseils des collectivités locales, par le Président de la République (art. 143 de la Constitution lituanienne) ; prorogation, en cas de guerre ou d'état d'urgence exclusivement, du mandat des députés à l'Assemblée, du Président de la République, du Gouvernement, des juges à la Cour constitutionnelle et des membres du Conseil de la magistrature de la République (art. 63 al. 4 et 128 de la Constitution de la Macédoine) ; prorogation du mandat de la chambre des députés, du Sénat, du Président de la République, des collectivités locales pendant la période d'application des mesures d'exception et au cours des 90 jours suivant leur retrait (art. 228 de la Constitution polonaise).

50. Art. 128 de la Constitution macédonienne précité. La Constitution hongroise prévoit quant à elle que « l'activité de la cour constitutionnelle ne peut être limitée, même pendant l'état de siège » (art. 19b-6).

51. Constitution bulgare (art. 100-5), Constitution de la Lituanie (art. 144 al. 2) ; Constitution de la Roumanie (art. 92-3, 93-1 et 114-4). On notera que les constitutions de la Macédoine, de la Slovénie et de la Croatie ne prennent pas de telles précautions en indiquant, à deux reprises, que l'Assemblée statuera sur la décision du pouvoir exécutif relatif à la situation d'exception dès qu'elle sera « en mesure de se réunir » (art. 124 al. 3 et 125 al. 4 de la Constitution macédonienne, art. 92 de la Constitution slovène et art. 101 al. 2 de la Constitution croate).

52. Constitution de l'Estonie (art. 131, s'agissant des élections législatives, présidentielles et des assemblées représentatives locales), Constitution de la Lituanie (art. 143, s'agissant des élections législatives, présidentielles et des conseils des collectivités : si des élections régulières devaient avoir lieu alors que l'état de guerre est déclenché, le Président de la République décide de la prorogation de ces mandats et des élections devront être organisées au plus tard trois mois après la fin de la guerre).

53. Art. 228 de la Constitution polonaise, art. 107-5 de la Constitution albanaise.

54. Constitutions de la Fédération de Russie (art. 87-2, 88), de la Hongrie (art. 19^e-2) et de la Lettonie (art. 62).

Si on peut procéder à un examen de la valeur intrinsèque de chacune des dispositions inscrites dans la Constitution, cet examen n'aura jamais pour effet d'indiquer simultanément la possibilité que ces dispositions soient ou non respectées. On s'accordera ainsi sur le principe selon lequel, en l'absence prévisible de contrôle effectif et nécessairement efficace d'une autorité tiers, et sans mécanismes de sanction, l'ensemble des limitations déterminées par la Constitution n'a, surtout en matière d'exception, qu'une valeur indicative.

S'il y a contrôle, qui doit contrôler et comment, notamment à quel moment ? Quelles sanctions sont éventuellement susceptibles d'être prononcées ? Trois types de contrôle peuvent exister : le contrôle parlementaire, le contrôle juridictionnel et le contrôle populaire.

S'agissant du contrôle parlementaire, il peut s'exercer sur les mesures prises par le pouvoir exécutif, mais à plusieurs conditions pour être efficace : que le Parlement soit dans la capacité de se réunir, que la Constitution ait prévu le contrôle et que celui-ci ne soit pas tardif. Aucune constitution n'assure d'efficacité cumulée sur les trois questions, certaines sur aucune⁵⁵, la plupart sur certaines⁵⁶, notamment sur l'existence du contrôle⁵⁷, presque toujours tardif malheureusement⁵⁸.

S'agissant du contrôle juridictionnel, aucune constitution ne l'envisage concrètement. Cela signifie-t-il qu'il soit exclu ? On peut raisonner à partir de la question des cours constitutionnelles et étendre le raisonnement aux autres juridictions. On peut en effet s'étonner de ce que, si les constitutions est-européennes ont toutes installé des cours constitutionnelles, celles-ci sont très insuffisamment protégées en période de crise et leur rôle n'est même pas non plus évoqué⁵⁹. L'absence de dispositions sur cette question implique que l'impossibilité pour une cour constitutionnelle de fonctionner en raison des circonstances n'aurait pas à être évitée absolument par des mesures spécifiques. À l'exception de la Macédoine, aucune constitution ne prévoit l'hypothèse de la prorogation du mandat des membres de la cour constitutionnelle, ni l'obligation

d'informer la cour constitutionnelle du déclenchement de la situation d'exception⁶⁰, ni même des mesures prises à cette occasion. Encore moins un contrôle est-il prévu sur ces mesures, postérieurement au rétablissement de la constitutionnalité ordinaire, si celle-ci bien sûr est rétablie. La Constitution polonaise (art. 228) prévoit cependant que la loi devra organiser la responsabilité et le régime de réparation en cas de dommages causés par des mesures d'exception. Elle est la seule constitution à envisager cette question expressément.

S'agissant du contrôle populaire enfin, aucun mécanisme spécifique⁶¹ n'est prévu, mais plusieurs constitutions reportent la tenue des élections politiques en cas d'état d'exception⁶², excluant ainsi la possibilité pour le peuple de se prononcer pendant ces périodes. À l'inverse, on a pu craindre que le référendum ne soit utilisé que comme un instrument de plébiscite en faveur de l'exécutif et il est même parfois interdit en période exceptionnelle⁶³.

Les solutions ainsi retenues évitent le plus souvent le contrôle immédiat sur l'exercice du pouvoir, sauf, à quelques nuances près, celui de la représentation nationale. Cela aboutit à un pouvoir de nature quasi arbitraire confié au titulaire des pouvoirs exceptionnels. L'examen des dispositions inscrites dans les constitutions est-européennes n'a hélas pas permis d'aboutir à une autre conclusion et ne marque en cela aucune avancée technique réelle relativement à cette question.

B. L'inadéquation juridique et pratique de la logique des pouvoirs exceptionnels

Toute personne s'intéressant à la question des pouvoirs exceptionnels bute rapidement sur la question de la déclaration de la situation d'exception. Or, sur toutes les questions que devaient résoudre les constituants est-européens en matière de pouvoirs exceptionnels, il apparaît que le manque le plus criant de réflexion porte justement sur la question de l'autorité de déclenchement.

55. Constitutions de l'Estonie et de la Pologne.

56. Ne serait-ce qu'en prévoyant que le Parlement seulement pourrait déclarer l'état d'exception : constitutions bulgare, estonienne, hongroise, tchèque, et slovaque. Pour les hypothèses où le pouvoir exécutif peut être amené à déclarer lui-même l'état d'exception, toutes les constitutions ne prévoient pas de mécanismes de convocation de plein droit du Parlement en cas d'état d'exception proclamé par le pouvoir exécutif (constitutions de la Croatie, de l'Estonie, de la Lituanie et de la Pologne). Il faut noter que la Constitution lituanienne prévoit que la décision de déclenchement – en cas d'attaque armée exclusivement – prise par le Président de la République sera soumise à l'approbation du Parlement « dès la séance suivante, c'est-à-dire éventuellement bien tardivement, et donc trop tard » (art. 84-17). Le principe est sensiblement le même dans la Constitution de la Macédoine s'agissant de l'état de guerre (art. 124) et de l'état d'urgence (art. 125), et dans la Constitution slovène (art. 92).

57. L'art. 19c-3 de la Constitution hongroise instaure un contrôle parlementaire de toutes les mesures prises par le Président de la République, sans délai, sauf lorsqu'elle est empêchée (le contrôle est alors effectué par le Conseil de défense nationale... présidé par le Président de la République).

58. La Constitution de la Roumanie est la seule à envisager un délai à l'issue duquel le Président doit soumettre sa décision de déclenchement à l'approbation du Parlement : ce délai est fixé à 5 jours (art. 92-2 et 93-1), mais elle ne prévoit pas de contrôle parlementaire sur les mesures prises.

59. Seules deux constitutions y font référence : la Constitution de la Macédoine, qui prévoit la prorogation du mandat des juges constitutionnels pendant toute la durée de l'état de guerre ou de l'état d'urgence (art. 128), et la Constitution hongroise, qui indique explicitement l'interdiction de limiter l'activité de la cour constitutionnelle, « même pendant l'état de siège » (art. 19a-6).

60. Sauf implicitement la Constitution hongroise puisque le président de la Cour constitutionnelle peut être amené à se prononcer sur le bien-fondé de l'état d'exception (art. 19a-3 précité).

61. On mentionnera toutefois l'article 32 de la Constitution slovaque qui dispose que « si l'activité des organes constitutionnels et l'application effective des moyens légaux sont rendus impossibles, les citoyens ont le droit de s'opposer à quiconque se livrerait à la destruction du régime démocratique, des droits de l'homme et des libertés fondamentales spécifiés dans la présente Constitution ».

62. Voir note 50.

63. Voir l'article 170-6 de la Constitution albanaise et l'épisode russe de 1991 rappelé un peu plus loin note 79.

Bien sûr il y a le problème de l'absence de contrôle, organisée ou imprévue. Mais il y a aussi le problème de l'adaptation du mécanisme envisagé au regard de la situation qui survient : de ce point de vue, la logique des constituants apparaît peu adaptée au phénomène exceptionnel. D'ailleurs, qui dit pouvoirs exceptionnels dans les pays est-européens étudiés depuis la promulgation de leur constitution ne dit pas nécessairement, voire presque jamais, mécanismes constitutionnels.

1. Les ambitions contrariées du droit constitutionnel en cas de situation exceptionnelle

La constitutionnalisation généralisée des pouvoirs d'exception dans les pays est-européens à la fin du XX^e siècle semble avoir apporté quelques modifications à la nomenclature traditionnelle des états d'exception, au moins du point de vue de la déclaration de l'état d'exception. Selon les constitutions, les règles relatives à la déclaration juridique de la situation d'exception conduisent à attribuer une primauté, soit au Parlement, soit au pouvoir exécutif. Or, jusqu'à présent, on pouvait plutôt prétendre que l'inscription des pouvoirs d'exception dans les constitutions se faisait presque toujours au profit du pouvoir exécutif⁶⁴, le pouvoir législatif conservant un rôle essentiellement lorsque soit il n'y a pas de constitution écrite, soit lorsqu'elle existe, celle-ci ne prévoit rien. Or, dans les constitutions étudiées, le modèle parlementaire de déclaration est le plus répandu, et le modèle présidentiel est plus rare⁶⁵. Dans les deux cas, le caractère performatif de la déclaration induit une impossibilité consubstantielle de s'assurer que les faits occasionnant une déclaration de l'état d'exception auront été effectivement subsumés sous la règle constitutionnelle.

Lorsque la primauté est accordée au Parlement⁶⁶, cela signifie que ce n'est pas lui qui exercera les pouvoirs d'exception. C'est lui qui autorise le recours à de tels pouvoirs, permettant ainsi, dans l'esprit des constituants, d'assurer plus sûrement le caractère justifié, au regard des

prescriptions constitutionnelles, du déclenchement de la situation d'exception. La Constitution macédonienne est à cet égard originale puisque, à propos de l'état d'alerte, elle indique que l'assemblée fait le « constat » de cet état⁶⁷.

La déclaration parlementaire comme instrument de garantie contre une déclaration injustifiée de l'état d'exception⁶⁸ n'apparaît pas totalement efficace. Certes, n'exerçant pas le pouvoir elle-même dans cette hypothèse, la représentation nationale procédera à un examen plus approfondi de la situation que s'il s'agissait du pouvoir exécutif, mais rien ne le garantit évidemment. Par ailleurs, le modèle de déclaration parlementaire ne peut être réservé que pour les cas où cela est possible : en effet, la plupart des constitutions ont prévu la situation où il était matériellement impossible pour le Parlement de se réunir afin d'autoriser le déclenchement de la situation exceptionnelle⁶⁹. Il est également et la plupart du temps prévu que l'autorisation parlementaire devra intervenir *a posteriori*. Toutefois, il est presque incroyable de constater qu'aucune constitution n'a prévu les conséquences juridiques de l'absence éventuelle d'approbation parlementaire postérieure. En effet, l'approbation parlementaire *a posteriori*, en même temps qu'elle permet le contrôle de l'exercice des pouvoirs d'exception, réalise une sorte de validation rétroactive. Mais, dans le cas d'une désapprobation, et s'agissant de mesures touchant parfois à l'organisation du pouvoir d'État en période d'exception, leur remise en cause rétroactive apparaît impossible, surtout lorsque, en fin de compte, elles ont permis le rétablissement du fonctionnement régulier des pouvoirs publics⁷⁰, justification ultime du recours à des pouvoirs exceptionnels.

Lorsque la primauté dans le processus de déclaration est attribuée au pouvoir exécutif, on présuppose que les garanties contre un déclenchement injustifié de l'état d'exception seront moindres encore que dans le modèle précédent. Certaines constitutions prévoient ainsi que le chef de l'exécutif puisse déclarer l'état de siège et l'état

64. Voir not. dans ce sens, J. Ferejohn, P. Pasquino, « The law of exception : a typology of emergency powers », *International journal of constitutional law*, n° 2, 2004, p. 210.

65. Voir en ce sens V. Ganey, « Emergency powers... », p. 587 sq.

66. C'est le cas de la plupart des constitutions étudiées, à l'exception de la Pologne, de l'Estonie, de la Bulgarie et de la Slovaquie.

67. Sur proposition du Président de la République, du gouvernement ou de trente députés au moins. Ça n'est d'ailleurs pas cette formule du « constat » qui est employée à propos de l'état de guerre par cette même constitution (l'article 124 parle de proclamation).

68. Le modèle parlementaire de la déclaration de la situation d'exception a émergé pour compenser le principe posé par Dicey : malgré la position suprême du Parlement britannique dans le système légal, prétendait-il, il lui manque l'autorité constitutionnelle pour déclarer l'état d'urgence (A. V. Dicey, *An introduction to the study of the law of the constitution*, 10^e éd., Londres, MacMillan, 1959, p. 287).

69. La Constitution slovène prévoit ainsi que l'état de siège ou l'état de guerre soit proclamé par l'Assemblée nationale (chambre unique), sur proposition du gouvernement (art. 92-1). Mais lorsque l'Assemblée ne peut se réunir, le Président de la République a compétence pour déclarer l'état d'exception, cette décision devant être postérieurement soumise à l'Assemblée dès que celle-ci est en mesure de se réunir. Il en est de même de l'article 125 de la Constitution macédonienne, ou encore de la Constitution roumaine qui, en la matière, contient beaucoup de précautions dans le cas où ce serait le Président qui déclarerait la situation d'exception. Dans plusieurs cas, s'il n'a pas pu recevoir d'autorisation préalable du Parlement, il doit lui soumettre sa décision dans un délai maximum de 5 jours (art. 92-2 et 93-1). Le Parlement, s'il n'est pas en session, est convoqué de droit dans un délai de 24 heures suivant l'agression armée ayant provoqué des mesures présidentielles pour la repousser (art. 92-3), ou dans un délai de 48 heures suivant l'insurrection de l'état de siège ou de l'état d'urgence et pendant toute la durée de ceux-ci (art. 93-2).

70. La Constitution albanaise prévoit cependant une caducité rétroactive des actes législatifs provisoires adoptés par le gouvernement en cas de nécessité ou d'urgence, si ces actes, soumis immédiatement à l'assemblée, sont désapprouvés par elle (art. 101). On pense ici et par analogie à l'ordonnance de 1944, dite sur le « rétablissement de la légalité républicaine », qui est assimilable à une sanction de l'usage des pleins pouvoirs, mais aussi de la décision d'accorder les pleins pouvoirs... La sanction n'est pas purement symbolique puisque tout caractère juridique est nié à la période entamée le 10 juillet 1940. Fort malheureusement, la non-juridicité n'implique pas l'inexistence matérielle ; elle peut la provoquer lorsqu'elle est déclarée *a priori*.

d'urgence⁷¹, et même l'état de guerre⁷². Dans tous ces cas cependant, et à l'exception de la Russie, l'intervention du Parlement est prévue⁷³, *a posteriori*, ou *a priori*⁷⁴. Mais, comme on l'a déjà signalé, il s'agit d'un verrou assez faible si, d'une part, le Parlement ne peut pas se réunir et si, d'autre part, aucune conséquence juridique n'est prévue en cas de non-approbation ou de désapprobation postérieure.

Dans la ligne de la question relative à l'autorité de déclenchement, il faut également se pencher sur les mécanismes retenus pour limiter la durée de la période exceptionnelle : qui prolonge et qui achève la situation d'exception ? De toute évidence les constituants ont eu des difficultés à répondre à cette question. Lorsqu'aucun délai, durée ou terme n'est prévu, la question relèvera de l'appréciation entièrement discrétionnaire des autorités compétentes, législatives et / ou exécutives. Mais, peu ou prou, le constat est identique lorsqu'il y a un texte. Les textes faisant mention d'un « délai » pendant lequel la situation d'exception justifierait la mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels ne sont pas majoritaires mais pas exceptionnels non plus. Lorsqu'un délai est prévu⁷⁵, un mécanisme de prolongation est prévu simultanément. Lorsque ce n'est pas le cas, il ne faut toutefois pas voir dans le délai fixé initialement un délai maximum « ferme ». La prolongation n'est certes pas expressément mentionnée mais d'une part, elle n'est pas exclue, et d'autre part, il suffit aux auto-

rités compétentes de proclamer un nouvel état d'urgence par exemple⁷⁶. Il faut une disposition expresse de la Constitution pour exclure cette possibilité, comme ce fut le cas dans la première « petite constitution » polonaise⁷⁷. Notons qu'aucune constitution n'envisage qu'il puisse être fait appel au référendum populaire⁷⁸ et certaines constitutions même l'interdisent expressément, ce qui n'est pas sans interroger les autres constitutions, *a contrario*. L'article 73 de la Constitution lettone indique en effet que « ne peuvent être soumises à référendum : [...] les déclarations de guerre et d'ouverture des hostilités, la conclusion de la paix, la proclamation et la suppression de l'état de siège, la mobilisation et la démobilisation [...] ». Doit-on considérer que les autres constitutions, en n'excluant pas cette hypothèse, l'ont implicitement permise ? Le recours au référendum pourrait en effet être considéré comme un moyen de soumettre la déclaration de la situation d'exception (ou la déclaration de fin) à l'approbation populaire. Et pourtant rien n'est moins sûr : les périodes d'agitation ou de troubles, ou même simplement de catastrophe naturelle, sont de nature à empêcher qu'un référendum soit organisé dans de bonnes conditions, soit matérielles (impossibilité de « voter » touchant un nombre significatif de personnes par exemple), soit politiques (absence de pluralisme par exemple). Le référendum peut donc constituer un moyen déguisé de prendre une décision arbitraire. Nonobstant ce fait, il faut tout de même s'interroger sur

71. Ainsi de la Constitution polonaise (mais avec l'approbation ou la désapprobation parlementaire du règlement proclamant l'état de siège ou l'état d'urgence, règlement qui doit être présenté au Parlement dans un délai de 48 heures à compter de sa signature, art. 231). La Constitution polonaise prévoit également à son article 232 que le Conseil des ministres « peut proclamer, pour une période déterminée, de 30 jours au plus, l'état de calamité » en vue de prévenir les conséquences des catastrophes naturelles ou des accidents technologiques ayant le caractère de calamité et en vue de les supprimer. La Constitution lituanienne est originale car elle prévoit que tant l'assemblée unique – le Seimas – que le Président de la République sont compétents pour instaurer la loi martiale et l'état d'urgence : il est prévu, dans le cas où le Président déciderait d'une telle opportunité, que cette décision et celles qui s'ensuivent, soient soumises au Seimas dès la séance qui suivrait leur adoption (ou lors de la séance extraordinaire convoquée à cet effet dans l'intervalle des sessions) qui devrait les approuver ou les abroger.

72. En réalité, la Constitution estonienne distingue la « déclaration de guerre », relevant de la compétence de la chambre unique (le Riigikogu), de « la déclaration de l'état de guerre » en cas d'agression armée, qui relève de la compétence du Président de la République.

73. Par exemple la Constitution slovaque prévoit que le Président déclare la guerre sur la base d'une décision prise par le Conseil national de la République et déclare l'état d'exception sur la base d'une loi constitutionnelle. En revanche, la Constitution russe prévoit que le Président déclare la loi martiale et instaure l'état d'urgence, sa seule obligation étant d'en informer les deux chambres (Conseil de la Fédération et douma), qui ne peuvent exercer de contrôle sur ces décisions (art. 87-2 et 88).

74. À cet égard la Constitution roumaine contient beaucoup de précautions.

75. La Constitution de l'Estonie, qui n'envisage comme état d'exception que l'état de guerre et l'état d'urgence, indique à l'article 129 que ce dernier n'est proclamé par le Parlement que pour une durée inférieure à trois mois. La Constitution de Lituanie indique également un délai pour l'état d'urgence « qui ne peut excéder six mois » (art. 144). Dans la Constitution albanaise, cette durée est initialement de 30 jours, renouvelable, mais sans excéder 90 jours au total (art. 73). Cette même constitution indique également une durée de 30 jours pour l'état de catastrophe naturelle, mais qui peut être renouvelée sans limitation (art. 174). La Constitution de Macédoine prévoit le délai de l'état d'alerte à « trente jours au maximum » (art. 125). Il faut enfin mentionner le cas de la Constitution hongroise, la seule à prévoir un délai pour certaines des mesures prises à l'occasion d'une situation d'exception, c'est-à-dire l'état d'urgence : les mesures exceptionnelles introduites par décret présidentiel restent en vigueur pendant 30 jours, à moins qu'elles ne soient prolongées par l'Assemblée nationale ou la commission de défense nationale si l'assemblée est empêchée (art. 19c-4).

76. Cela semble d'ailleurs résulter de formulations comme celle de l'article 125 al. 3 de la Constitution macédonienne : « la décision d'introduire l'état d'urgence est adoptée à la majorité des deux tiers des voix du nombre total des députés et est valide pour une durée de trente jours au maximum », où l'on comprend qu'une autre décision sur la même question peut aussitôt être prise, elle-même valide pour une durée de 30 jours.

77. La petite Constitution de la Pologne donnait des pouvoirs importants au Président pour déclarer les situations d'exception, mais elle entendait simultanément les limiter. Ainsi prévoyait-elle à l'article 37-1, d'une part que « le Président peut introduire pour une période déterminée, inférieure à trois mois, l'état d'urgence », et d'autre part que « la prolongation de l'état d'urgence ne peut avoir lieu qu'une seule fois, pour une période inférieure à trois mois et avec l'accord de la Diète ». La Constitution de 1997 indique désormais que le Président de la République peut proclamer l'état d'urgence pour 90 jours au plus, la prolongation ne pouvant avoir lieu qu'une seule fois par le Sejm pour une durée maximale de 60 jours (art. 230).

78. La Constitution albanaise l'exclut même explicitement en période d'exception (art. 170-6). La raison de cette exclusion peut notamment s'expliquer par le rappel d'un épisode de 1991 en ex-URSS. Le Président – élu au suffrage universel en 1990 – et le Congrès – également élu en 1990 – s'opposaient sur la question des pouvoirs d'exception. En mars 1991, le congrès des députés s'opposa ainsi à B. Eltsine qui voulait organiser un référendum pour prolonger ses pouvoirs d'exception. B. Eltsine, par ses pouvoirs d'exception et en attendant le référendum, instaura un régime présidentiel et de gouvernement par décret. Ce « coup de force constitutionnel » fut finalement entériné par 58 % des suffrages exprimés le 25 avril 1991. B. Eltsine elabora alors un projet de nouvelle constitution à laquelle s'opposa le Parlement. La suite, notamment dans ses aspects militaires, est maintenant connue.

la possibilité de recourir en urgence au référendum, lorsque les conditions peuvent être réunies.

À côté des deux modèles de déclaration, adoptés par presque toutes les constitutions examinées, on trouve des modèles alternatifs, qui sont en général complémentaires des deux premiers. Ces modèles alternatifs relèvent de deux idées distinctes : la collaboration des pouvoirs en période d'exceptionnelle, et la gradation des situations exceptionnelles.

La collaboration des pouvoirs. Elle résulte de deux constitutions : la Constitution croate et la Constitution bosnienne qui contient des dispositions comparables. Ce qui est prévu est un dispositif qui s'ajoute aux hypothèses dans lesquelles ou le Parlement ou l'exécutif sont compétents : l'article 140 al. 2 indique que « s'il était porté atteinte à l'intégrité territoriale de la République de Croatie, si elle était placée dans une situation inégalitaire au sein de la Fédération, ou si ses intérêts venaient à être menacés par tout acte ou initiative émanant d'une instance fédérale ou d'une instance d'une autre République ou province appartenant à la fédération, les organes républicains prendront toutes les décisions nécessaires en vue de préserver la souveraineté de la République de Croatie consacrée par la présente Constitution »⁷⁹. L'appel à la notion d'« organes républicains » est censé constituer une mesure de sauvegarde contre le recours à une autorité salvatrice mais extérieure au système légal constitutionnel. Toutefois, et dès lors qu'il n'y a pas non plus de délimitation claire des pouvoirs accordés en ce cas (« toutes les décisions nécessaires »), la disposition constitutionnelle confère un pouvoir quasi illimité, et ce en dépit des autres dispositions envisageant plus précisément certaines situations d'exception.

La gradation des situations exceptionnelles. Il arrive assez souvent que ce soit en fonction de la gravité de la situation que l'autorité compétente pour déclencher les pouvoirs exceptionnels soit désignée et que dans ce cas, on sépare l'autorité de déclenchement de l'autorité d'exercice⁸⁰, même si cette solution est loin d'être, en fin de compte, majoritaire. Il est assez étonnant que les textes prévoient souvent une gradation des situations, sur des critères imprécis, qui a pour effet une augmentation ou une diminution des garanties entourant la déclaration. Comment cela pourrait-il être pertinent dès lors qu'il est apparu que la définition par une règle de la situation

d'exception ne remplissait pas le rôle qui lui était dévolu ? Généralement, les situations d'exception considérées comme les plus « graves » impliquent un rôle du Parlement dans la qualification de cette situation, tel l'état de guerre, éventuellement l'état de siège et l'état d'urgence⁸¹. Dans cette perspective, les situations considérées comme de moindre importance peuvent relever de la compétence du pouvoir exécutif. Dans la Constitution hongroise, c'est en cas de « situation de danger public » que le gouvernement peut, sans déclaration formelle préalable, prendre les mesures nécessaires et peut même parfois déroger à la loi, avec toutefois une autorisation de l'Assemblée à la majorité des deux tiers (art. 35-3)⁸². Dans la Constitution roumaine, le gouvernement peut, dans des « cas exceptionnels », adopter des ordonnances d'urgence⁸³. Ce type de dispositions illustre l'un des paradoxes de la limitation des pouvoirs d'exception : il y a une certaine logique à organiser les pouvoirs exceptionnels à raison de la gravité de la situation et à s'assurer que les situations les plus graves ne peuvent échapper au contrôle de la représentation nationale. Toutefois, cette logique implique que le contrôle sur le déclenchement de la situation soit moins important lorsque c'est l'exécutif qui est compétent, parce que la situation est considérée comme moins grave... réalité dont le constituant ne s'assure peut être pas suffisamment. Et même pourrait-on dire, si les situations relevant de la compétence du pouvoir exécutif sont moins graves, elles sont potentiellement plus fréquentes, et toutefois toujours incontrôlées. Cette idée entre dans la logique de la juridicisation des pouvoirs d'exception. Si l'on pense qu'« il est indispensable que même des situations de crise soient balisées par le droit »⁸⁴, alors il paraît illogique de poser des règles pour les temps ordinaires, d'autres pour des situations très graves et exceptionnelles, et d'ignorer bon nombre de situations intermédiaires. Il y a de toute évidence sur cette question un manque de réflexion, tant sans doute de la doctrine que des constituants, qui conduit à se tromper de logique.

Il n'y a donc pas de limites efficaces, malgré les efforts des constituants en ce sens, efforts bien supérieurs à ceux des constituants antérieurs. Au moins la formulation constitutionnelle de ces limites a-t-elle un avantage, celui de rendre plus « visibles » les comportements contraires à la légalité constitutionnelle, et donc, dans la théorie

79. Une disposition assez comparable se trouve à l'article III. 5 de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.

80. Voir J. Petot, « Les dictatures de crise et l'évolution des démocraties contemporaines », *Annales de la Faculté de droit de Clermont*, 1964, p. 147-148.

81. La Constitution hongroise prévoit la compétence de l'Assemblée nationale pour les trois situations, sauf en cas d'empêchement où le Président de la République est compétent. Il faut souligner également le rempart qu'a voulu instaurer la Constitution slovaque à la déclaration inconsiderée de l'état d'exception, en exigeant que celui-ci soit proclamé sur la base d'une loi « constitutionnelle » (art. 102) impliquant donc l'adoption de cette loi selon une procédure spéciale et solennelle. La Constitution albanaise réserve la compétence pour déclarer l'état d'urgence au législateur (art. 81 et 151).

82. Alors que par ailleurs la Constitution hongroise organise en quelque sorte un monopole de la déclaration de la situation d'exception au profit de l'Assemblée nationale, et indique avec luxe de détail les cas dans lesquels celle-ci pourrait être considérée comme empêchée, ouvrant alors la voie au pouvoir exécutif, sous réserve en quelque sorte d'une approbation ultérieure où interviendraient également le Premier ministre et le président de la Cour constitutionnelle (art. 19a-3).

83. Ces dispositions n'entreront en vigueur qu'après leur dépôt en vue de leur approbation par le Parlement, qui est alors convoqué de droit s'il n'est pas en session. Tant que le Parlement ne s'est pas prononcé, il semble que ces ordonnances restent bien en vigueur. On citera également la Constitution de la Lettonie qui prévoit que le Cabinet peut, dans « des cas de nécessités urgentes », prendre des règlements ayant force de loi pendant l'intervalle des sessions, ou encore la Constitution de l'Albanie qui donne pouvoir au gouvernement « en cas de nécessité ou d'urgence, de prendre des actes ayant force de loi, soumis toutefois à l'approbation immédiate de l'assemblée » (art. 101).

84. J. Robert, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1990, p. 752.

contemporaine, de permettre de les soupçonner d'illégitimité. Certes il faudra passer par le vecteur de l'interprétation, mais la discussion sera engagée.

2. Légalité préalable ou légalité spontanée des pouvoirs exceptionnels : une question non résolue

Le printemps constitutionnel est-européen des années 1990 a été très souvent immédiatement précédé de période d'états d'exception, dont aucun ne s'est prolongé au-delà de la promulgation du nouveau texte constitutionnel⁸⁵. Il apparaît qu'à cette époque précisément, l'état d'exception a été une forme strictement temporaire et transitoire d'exercice du pouvoir, allant d'une certaine manière à contre-courant de la pensée née au même moment sur l'état d'exception permanent⁸⁶. Les constituants pourtant n'ont pas entendu laisser les comportements des acteurs politiques relever de leur seule appréciation, puisqu'ils doivent relever de la légalité et même de la constitutionnalité. Dans cette entreprise, on peut déjà presque dire qu'il s'agit d'un échec puisque, peu ou prou, les mécanismes envisagés sont largement ignorés et d'autres, non prévus, lui sont préférés, en raison de l'inadaptation des premiers.

Depuis, le constat est double : sauf dans de très rares cas, et si l'on exclut bien sûr le cas de l'état de guerre, il n'y a pas eu de recours aux pouvoirs inscrits dans la Constitution pour faire face à des situations particulièrement troublées. Le recours à l'état de siège et parfois à l'état d'urgence ne l'a été la plupart du temps que pour faire face à des catastrophes naturelles météorologiques⁸⁷. Toutefois, et dans le même temps, beaucoup de titulaires du pouvoir exécutif ont obtenu de la part du Parlement l'autorisation d'utiliser des pouvoirs exceptionnels dans des domaines spécifiques et notamment le domaine économique, et ce, en marge de la Constitution le plus souvent. Cela signifie qu'à la manière dont on les entend couramment, les pouvoirs d'exception tels que limités par l'ensemble des constitutions n'ont donc pas été utilisés : la raison semble en être simple : il n'y avait pas lieu de les appliquer. Peut-on pour autant dire que leur constitutionnalisation était inutile ? Une réponse en plusieurs temps s'impose.

En premier lieu, ce n'est pas parce qu'un texte a été inefficace pour le passé qu'il le sera forcément pour l'avenir. En second lieu, ce n'est pas parce qu'on considère qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'état constitutionnel d'exception que celui-ci n'aurait pas pu être proclamé si la Constitution n'avait pas existé. La Constitution peut très bien, en sériant les pouvoirs, avoir parfaitement joué son rôle de frein. En toute logique, il est cependant impossible de l'affirmer avec certitude et c'est là l'une des limites

de la raison constitutionnelle. Enfin, en troisième lieu, l'existence de ces limites peut justement avoir incité les acteurs à utiliser d'autres moyens, comme le vote de pouvoirs exceptionnels par le Parlement qui permet à l'exécutif de se substituer, parfois sur des longues périodes, mais dans certains domaines seulement, au Parlement. La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception ne serait ainsi pas un obstacle au maintien, dans le même système juridique, du modèle législatif de pouvoirs exceptionnels. C'est d'ailleurs ce modèle qui est aujourd'hui visé comme concourant à l'instauration d'états d'exception permanents, indépendamment de l'existence de mécanismes constitutionnels spécifiques. L'expérience est-européenne doit être comparée à d'autres expériences. On remarque que l'usage des pouvoirs exceptionnels constitutionnels apparaît beaucoup plus fréquemment dans les démocraties dites « fragiles », comme celles de l'Amérique latine, de l'Afrique ou encore de l'Asie du Sud. En revanche, l'expérience des démocraties dites avancées est en sens contraire : parmi elles, seule la France a eu recours aux pouvoirs exceptionnels constitutionnels. L'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, la Grande-Bretagne et les États-Unis ont choisi de traiter certaines difficultés « exceptionnelles », comme le terrorisme, en déléguant des pouvoirs par voie législative au pouvoir exécutif, en marge des dispositions constitutionnelles plus ou moins explicites relatives à l'état d'exception.

Une simple analogie avec l'expérience est-européenne pourrait faire conclure à l'entrée des nouvelles démocraties dans le camp des démocraties dites avancées mais ce serait peut-être hâtif de le faire à ce stade. On peut en revanche formuler quelques remarques sur la constitutionnalisation des pouvoirs d'exception à la lumière des expériences des démocraties avancées et de l'expérience est-européenne de la fin du XX^e siècle et du début du XXI^e siècle. Le procédé de la constitutionnalisation n'apparaît pas inefficace en soi. C'est même d'une certaine manière l'inverse puisque l'état d'exception n'est pas proclamé et que les dispositions sont contournées... parce qu'elles ont une force constitutionnelle. Mais le procédé apparaît inadapté aux circonstances telles qu'elles sont abordées par les politiques. Sans céder à une vision angélique de la question, il apparaît que c'est moins une stratégie du contournement qui est à l'œuvre que le sentiment de l'inadaptation des mécanismes prévus aux « fléaux » qui affectent ou qui sont susceptibles d'affecter le régime. Sur ce point, certains auteurs comme B. Ackerman proposent de modifier les mécanismes au fur et à mesure que les périls changent de nature⁸⁸. L'absence d'une réflexion « théorico-technique » des juristes sur les techniques à mettre en place dans le cadre de la juridicisation des pouvoirs d'exception est patente en ce qu'elle reste donc essentiellement marginale.

85. Que le texte constitutionnel soit entièrement nouveau ou bien qu'il soit le fruit d'une révision en profondeur de l'ancien texte en vigueur, voire d'une constitution en vigueur avant la satellisation du pays par l'Union soviétique.

86. Son représentant le plus célèbre est aujourd'hui l'italien Giorgio Agamben. Voir son dernier ouvrage traitement spécialement de cette question : *L'état d'exception. Homo sacer*, II, Paris, Seuil, 2003.

87. En décembre 1996 par exemple lorsque la vague de froid ayant traversé l'Europe a obligé certains pays à proclamer l'état d'exception, ou en avril 2006 où des inondations importantes ont fait basculer la République tchèque dans l'état d'urgence.

88. B. Ackerman, « The Emergency Constitution ».

En matière d'exception, la stylistique, ou même, pourrait-on dire, la sophistique constitutionnelle, n'apparaît pas aussi bien rodée que sur d'autres sujets. Et en effet, la doctrine constitutionnelle en général s'intéresse peu aux pouvoirs d'exception, étrangement pas plus depuis le mouvement est-européen des années 1990, qui a conduit les constituants à s'intéresser tout particulièrement aux pouvoirs exceptionnels. Si les pouvoirs d'exception ont succédé au droit de nécessité en tant que les premiers sont considérés comme devant être limités, le dernier est loin d'être obsolète : il est encore à l'œuvre dans les constitutions contemporaines. Autant de lacunes techniques dans l'organisation de pouvoirs d'exception sont sans aucun doute le fruit d'une réflexion sur la nécessaire *marge de manœuvre* dont doivent disposer les gouvernants pour être efficaces, c'est-à-dire pour « sauver » l'État et les droits. Hélas ce raisonnement est malheureux : quoi qu'il arrive, si les pouvoirs exceptionnels organisés sont inadaptés, les autorités, notamment exécutives, recourront à d'autres mécanismes, prévus ou non. En conséquence, laisser une marge de manœuvre est une erreur fondamentale, qui empêche partout que l'on puisse imaginer des situations exceptionnelles dans lesquelles l'exercice du pouvoir reposera sur une balance réfléchie entre les pouvoirs et les droits, telle qu'organisée par le texte constitutionnel. Au lieu de cela, l'alternative est celle-ci : ou des pouvoirs exceptionnels en marge de la légalité préalable et donc indéterminés, indéterminables et incontrôlables, ou des pouvoirs exceptionnels non contrôlés... mais parfaitement légaux, parfaitement constitutionnels.

II. Les mécanismes constitutionnels d'exception à l'épreuve de la garantie des droits

ou Doit-on constitutionnaliser les pouvoirs d'exception ?

Il existe une controverse sur l'opportunité de prévoir ou de ne pas prévoir les pouvoirs exceptionnels : les prévoir, c'est légitimer les atteintes aux droits fondamentaux ; ne pas les prévoir, c'est exclure toute limitation de ces pouvoirs⁸⁹... et donc, négativement, légaliser les atteintes aux droits encore. D'un point de vue purement juridique, l'un ou l'autre choix n'est pas susceptible d'être préféré puisque l'on sait que l'existence d'une norme n'implique pas de manière causale le comportement espéré. En revanche, on peut dire qu'il y a un véritable choix politique qui est fait et qui donne la mesure de la légitimité. La « co-constitutionnalisation » des droits fondamentaux et des pouvoirs exceptionnels apparaît à cet égard relever d'une erreur politique, parce qu'ignorant, sans doute involontairement, les effets potentiels de certaines techniques juridiques. S'il n'existe pas de hiérarchie normative entre les droits fondamentaux et les pouvoirs exceptionnels, il

n'y aura pas non plus de prévalence des droits fondamentaux (A). L'école nord-américaine mise à part, la doctrine constitutionnaliste ne s'intéresse pas véritablement à cette question : il ne s'agit pas en effet de savoir s'il faut inscrire les pouvoirs exceptionnels dans un texte de nature constitutionnelle ou législative, mais si, comme préambule, les pouvoirs exceptionnels doivent être inscrits dans un texte juridique. Lorsque la réponse à cette question est positive, elle n'est pas réellement suivie d'une évaluation du « meilleur » rang normatif des pouvoirs d'exception. Cette question, qui relève spécifiquement des pays de tradition de droit écrit, s'immisce cependant dans les autres systèmes touchés par l'effet des normes internationales et supranationales. Elle est toutefois peu aperçue de la doctrine et de la théorie constitutionnelles au sein desquelles le statut des pouvoirs exceptionnels paraît des plus ambigus (B).

A. L'inexistence d'une hiérarchie nécessaire entre droits fondamentaux et droit d'exception

Dès lors que les constituants est-européens ont choisi d'inscrire les pouvoirs d'exception dans la Constitution, ils ont fait le choix implicite de les mettre au même niveau que les droits fondamentaux, par ailleurs inscrits dans le texte constitutionnel. Les deux éléments ont semblé être la condition de l'entrée de ces différents pays dans l'ère de la démocratie et de l'État de droit. Les constituants ont eu recours à deux types de techniques, dont ni l'une ni l'autre (ni même les deux simultanément) ne permet pourtant d'assurer aux droits fondamentaux une pérennité en cas d'état d'exception.

1. Les deux techniques de la co-constitutionnalisation des droits fondamentaux et des pouvoirs exceptionnels

Si la garantie des droits et les pouvoirs d'exception sont « co-constitutionnalisés », c'est-à-dire figurent dans le même texte constitutionnel, ne parvient-on pas, pense-t-on, à limiter les seconds par la consécration simultanée, voire préalable, des droits fondamentaux ? La question est d'autant plus intéressante que, historiquement, la protection constitutionnelle des droits devient une préoccupation des constituants à peu près au même moment où les pouvoirs exceptionnels le deviennent aussi. En tenant cette gageure que les pouvoirs exceptionnels seront limités par la nécessaire garantie des droits, il serait possible d'établir une continuité entre les périodes normales et les périodes d'exception, une continuité dans la jouissance des droits fondamentaux.

Pour établir cette continuité, et réaliser l'ambition de la limitation des pouvoirs exceptionnels par les droits fondamentaux, plusieurs techniques sont utilisées : soit la Constitution détermine elle-même les limites à l'exercice des droits et libertés qui peuvent résulter du recours

89. *Ibid.*, p. 1073 : « Without the effective constraint of the rule of law, it is simply too easy for the emergency regime to degenerate into a full-blown police state ».

aux pouvoirs exceptionnels, soit la Constitution proscribit purement et simplement les atteintes portées aux droits et libertés, en fixant une sorte de « noyau dur » de ces droits indérogeables.

La *technique du bornage des restrictions* peut être considérée comme une autorisation expresse accordée au titulaire des pouvoirs exceptionnels d'apporter certaines restrictions à certains droits. Selon la logique bien éprouvée aujourd'hui, le droit des temps d'exception « maintient les libertés publiques mais conserve leur exercice dans un cadre beaucoup plus restrictif qu'en temps normal »⁹⁰. Les constitutions de la Lituanie, de la Croatie, de la Roumanie, de la Fédération de Russie et de la Slovaquie procèdent ainsi.

Généralement, il n'y a, dans les constitutions est-européennes, qu'une catégorie de droits dont le régime est réglé par la Constitution, notamment en période d'exception, à savoir, les libertés individuelles⁹¹. Ce sont ainsi la liberté d'association, la liberté de circulation⁹², la liberté de réunion et de manifestation, le respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'expression, le secret de la correspondance⁹³, la liberté d'entreprise⁹⁴, pour lesquels des restrictions sont constitutionnellement permises.

Ces constitutions qui autorisent la restriction de l'exercice de certains droits ou libertés accompagnent généralement cette autorisation de l'énoncé de « principes » qui doivent guider les autorités dans la mise en œuvre de ces limitations⁹⁵. Par leur portée, le plus souvent extrêmement vague, ces principes ne peuvent la plupart du temps être considérés comme constituant de véritables limites, mais comme assignant seulement au titulaire des pouvoirs exceptionnels la tâche de faire un usage « modéré » de ses pouvoirs. Ainsi par exemple sont interdites les atteintes à la « substance » des droits en question⁹⁶. Plus technique, l'exigence de proportionnalité des atteintes est prescrite dans la Constitution roumaine⁹⁷ et la Constitution croate en accompagnant le principe de l'exigence de non-discrimination⁹⁸. Traduisant une idée comparable, la Constitution estonienne dispose que, d'une manière

générale, les restrictions aux droits fondamentaux « doivent avoir le caractère de nécessité dans une société démocratique et leur application ne pourra dénaturer les droits et libertés concernés »⁹⁹. Mais la Constitution prévoit aussi que, de façon particulière, pour les états d'urgence ou de guerre, les limitations aux droits et obligations imposées aux citoyens le sont « dans l'intérêt de la sécurité nationale et de l'ordre public, dans les cas et conformément aux procédures prescrits par la loi »¹⁰⁰. La Constitution slovène prévoit également que « les droits de l'homme et les libertés fondamentales ne peuvent être suspendus ou limités que pour la durée de l'état de guerre ou de l'état de siège, mais néanmoins dans la mesure où cet état le requiert, et de façon à ce que les mesures adoptées n'engendrent pas d'inégalité en droit qui ne serait fondée que sur la race, l'appartenance nationale, le sexe, la langue, la religion, la conviction politique ou autre, la situation matérielle, la naissance, l'instruction, la situation sociale ou autre conviction personnelle »¹⁰¹. Et dans le même esprit, la Constitution macédonienne prévoit que la restriction des libertés et des droits ne peut être discriminatoire selon « le sexe, la race, la couleur de la peau, la langue, la religion, les origines nationales ou sociales, la fortune ou la situation sociale ». Bien entendu, dans presque tous les cas, la Constitution dispose que ce seront des lois qui viendront fixer les restrictions aux droits et libertés. On incline à penser qu'en conséquence, la constitutionnalisation des pouvoirs d'exception apparaît comme une technique relative superflue.

La *technique du « noyau dur »* est, de ce point de vue, plus intrigante. Elle est utilisée également dans de nombreuses constitutions est-européennes¹⁰². On peut diviser les droits et libertés insusceptibles de faire l'objet d'une quelconque limitation ou suspension en plusieurs catégories : (1) *les droits « fondamentaux »* en ce sens qu'ils figurent non seulement dans tous les textes constitutionnels à ce titre, mais également parce qu'ils sont par ailleurs consacrés comme tels au plan international¹⁰³. Sont ainsi considérés comme indérogeables, et spécifiquement en période d'exception : le droit à la vie, l'interdiction de la

90. M. Rouzeau, « Crise extérieure et sécurité intérieure », *Pouvoirs*, n° 58, 1991, p. 53.

91. Sont désignés ici par « libertés individuelles » les droits et libertés relatifs à l'activité économique, sociale, religieuse ou intime d'une personne. Dans d'autres constitutions non issues de l'éclatement de l'Union soviétique, les droits procéduraux sont parfois soumis à des restrictions possibles (par exemple les Constitutions des Pays-bas pour la perquisition (art. 103-2 de la Constitution de 1989) ou de l'Italie (art. 111 de la Constitution du 27 décembre 1947).

92. Constitutions de la Lituanie et de la Croatie.

93. Constitution de la Lituanie.

94. Constitution de la Croatie.

95. Sans faire de liste de droits « dérogeables », certaines constitutions ne formulent d'ailleurs que des principes généraux sur les restrictions apportées aux droits (constitutions de l'Estonie, de la Slovaquie, de l'Albanie et de la Macédoine).

96. Constitution de la Roumanie et de la Slovaquie.

97. La restriction aux droits doit être « proportionnelle à la situation l'ayant déterminée et ne peut porter atteinte à l'existence du droit ou de la liberté ». Voir aussi l'article 17 de la Constitution albanaise.

98. « La gravité des limitations apportées doit être proportionnelle à la nature du péril, et cela ne peut avoir pour effet d'introduire un traitement inégal en raison de la race, de la couleur de la peau, du sexe, de la langue, de la religion, de l'origine nationale ou sociale » (art. 17).

99. Art. 11.

100. Art. 130.

101. Art. 16.

102. Dans les constitutions bulgare, hongroise, slovène, russe, croate, estonienne, polonaise et macédonienne.

103. Et principalement par la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (art. 15 § 2 à propos de l'état d'exception) et par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

torture et des expériences médicales, le principe de la dignité humaine¹⁰⁴. (2) *Les droits relatifs à l'identité de la personne* : certains d'entre eux sont également inscrits comme indérogeables dans certaines constitutions, en raison sans aucun doute de l'histoire des pays concernés. Relèvent de cette catégorie la liberté du culte¹⁰⁵, le respect de la vie privée¹⁰⁶, la liberté de conscience, de pensée et d'opinion¹⁰⁷, le droit à l'identité ethnique ou encore le droit de la nationalité¹⁰⁸. (3) *Les droits sociaux*. C'est là sans doute une innovation de certaines de ces constitutions, héritée de leur passé communiste, que de considérer comme indérogeables certains droits sociaux, même si leur contenu est le plus souvent indéterminé. On trouve ainsi le droit de la famille¹⁰⁹, le droit à la santé¹¹⁰, la sécurité sociale¹¹¹, le droit au logement, le droit à la réparation des dommages causés par l'État¹¹². (4) *Les droits relatifs à la justice*, ou droits que l'on qualifie parfois de « procéduraires » : un certain nombre d'entre eux (au demeurant nombreux) sont également considérés comme non susceptibles de limitation ou de suspension par les différentes constitutions est-européennes : la présomption d'innocence¹¹³, les droits de la défense¹¹⁴, l'accès à la justice¹¹⁵, le principe de non-cumul des peines, le principe de non-rétroactivité de lois pénales plus sévères¹¹⁶, la capacité juridique¹¹⁷, le principe de l'arrestation non arbitraire¹¹⁸, le principe de l'interdiction de l'obligation d'aveu et son corollaire, le principe de l'interdiction de la condamnation sur des seuls aveux, ou encore le principe du jugement dans les délais légaux¹¹⁹. Cette liste est intéressante s'agissant des pouvoirs d'exception car elle semble, une fois n'est pas coutume, tirer les leçons de l'expérience. Nombre de titulaires des pouvoirs d'exception ont en effet, par le passé, utilisé leurs pouvoirs exceptionnels dans le domaine judiciaire, de façon plus ou moins contestée¹²⁰. Le constatant dans sa thèse, G. Camus en conclut qu'il est préférable « de

soustraire toutes les mesures touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire à l'intervention du titulaire des pouvoirs de nécessité »¹²¹. Le même auteur explique que le « titulaire des pouvoirs de nécessité ne doit pas intervenir dans le domaine de l'organisation et du fonctionnement du pouvoir judiciaire simplement parce que des mesures relatives à ce domaine engagent par nature l'État démocratique de façon durable, au-delà des objectifs de l'état de nécessité qui sont des objectifs immédiats »¹²². On ajoutera qu'il apparaît aujourd'hui que le plein exercice des droits fondamentaux est lié à la pleine jouissance des droits procéduraires.

À la division en quatre catégories de droits avancés comme étant insusceptibles d'une quelconque limitation ou suspension, il faut ajouter quelques droits consacrés également comme tels par différentes constitutions : ainsi du principe d'égalité¹²³, du principe de l'accès aux documents administratifs et droit d'entreprise¹²⁴, et du principe de légalité – si on considère qu'il ne s'agit pas là d'un droit appartenant à la catégorie des droits procéduraires¹²⁵.

On constate que parmi les nouvelles constitutions émergées de la fin de l'ère communiste en Europe de l'Est, un certain nombre recourent aux deux types de procédés de garantie des droits fondamentaux : le noyau dur et le bornage des restrictions, l'un n'étant donc pas exclusif de l'autre et même peut-être l'autre renforçant l'un. En effet, dès lors que la Constitution détermine comment il peut être porté atteinte à *certain*s droits, elle implique, certes dans le non-dit, une impossibilité de porter atteinte aux *autres* droits dont l'exercice et les restrictions ne sont pas constitutionnellement réglés. Il y a d'ailleurs une compatibilité globale entre les constitutions qui recourent à la technique du bornage des restrictions et celles qui prohibent toute atteinte à certains droits : les droits indérogeables ne sont en effet pas les mêmes que ceux pouvant faire

104. Tous ces droits figurent dans les constitutions citées précédemment, à l'exception de la Constitution estonienne dont la liste des droits constituant le « noyau dur » est plutôt inhabituelle : droit de nationalité, principe d'égalité, protection de l'État caractère plausible d'une arrestation, présomption d'innocence, droit familial, droit à la santé, droit d'extradition, liberté de conscience, liberté du culte, droit à l'identité ethnique.

105. Constitutions de l'Estonie, de la Hongrie, de la Croatie, de la Pologne et de la Macédoine.

106. Constitutions de la Bulgarie et de la Fédération de Russie.

107. Constitutions de la Bulgarie, de l'Estonie, de la Slovaquie, de la Fédération de Russie, de la Croatie, et de la Macédoine.

108. Pour ces deux derniers, Constitutions de l'Estonie et de la Hongrie ; pour le dernier, Constitution de la Pologne.

109. Constitutions de l'Estonie, de la Hongrie et de la Pologne.

110. Constitution de l'Estonie.

111. Constitution de la Hongrie.

112. Constitution de la Fédération de Russie pour les deux derniers.

113. Constitutions de la Bulgarie, de l'Estonie, de la Hongrie et de la Slovaquie.

114. Constitutions de la Hongrie et de la Fédération de Russie.

115. Constitution polonaise.

116. Constitution de la Fédération de Russie.

117. Constitutions de la Hongrie et de la Fédération de Russie.

118. Constitution de l'Estonie.

119. Constitution de la Bulgarie.

120. On se souvient ici de ce que cette question a été soulevée lorsqu'en 1961, le général de Gaulle utilisa les pouvoirs exceptionnels que lui conférait l'article 16 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

121. G. Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, LGDJ, 1965, p. 311.

122. *Ibid.*, p. 316.

123. Constitutions de l'Estonie et de la Hongrie, précisant pour cette dernière qu'il s'agit de l'égalité entre hommes et femmes.

124. Constitution de la Fédération de Russie.

125. Constitutions de la Hongrie, de la Croatie, de la Macédoine et de la Slovaquie, cette dernière précisant qu'il s'agit bien du principe de légalité en droit pénal.

l'objet de restrictions constitutionnellement encadrées. Cela explique que certaines constitutions utilisent les deux techniques simultanément¹²⁶.

2. L'invalidité de la technique de l'égalité normative entre droits fondamentaux et pouvoirs exceptionnels

En 1990, les rapporteurs français à la VIII^e conférence des Cours constitutionnelles européennes soulignaient qu'« un droit garanti par la Constitution n'a pas nécessairement et de ce seul fait un caractère absolu et intangible »¹²⁷. On ne peut pas être plus clair : il faut prévoir des mécanismes spécifiques de garanties. Les pouvoirs exceptionnels apparaissent à cet égard comme ayant un double statut : ils sont à la fois susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux et susceptibles d'en garantir la pérennité si une situation exceptionnelle qui bouleverse l'ordre normal et légal des choses et des droits parvient à être anéantie par le recours à des pouvoirs exceptionnels. Il semble que ce soit la deuxième idée qui ait pris le dessus, à l'instar de ce qu'a dit le Conseil constitutionnel français en 1977 : en matière de libertés publiques, des limitations spécifiques peuvent être apportées en cas de « mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels »¹²⁸. C'est ainsi que la plupart des constitutions étudiées règlent le phénomène d'exception en dehors du chapitre sur les droits fondamentaux, et la possibilité subséquente d'apporter certaines limitations aux droits y est prévue, soit sous formes de principes généraux, soit sous la forme de l'énoncé des limites qui ne peuvent pas être apportées ou des droits auxquels il ne peut être dérogé. Certaines constitutions ont même une section spéciale relative à la « suspension et limitation temporaire des droits », dans le chapitre sur les droits fondamentaux¹²⁹. D'autres constitutions n'ont pas de telles subdivisions mais l'état d'exception est intégré au cœur du chapitre sur les droits¹³⁰, au même titre que la liberté individuelle, ou la liberté d'expression.

Ce « luxe » de précaution entraîne-t-il réellement une protection minimale des droits fondamentaux en période exceptionnelle ? Toutes les normes constitutionnelles, qu'elles portent sur les pouvoirs exceptionnels, les droits et libertés ou les deux simultanément, sont d'égale valeur parce qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles... On le sait bien, au moins de hiérarchie positive¹³¹. Or il n'est pas douteux que l'application de ces règles est susceptible d'entraîner une contradiction. La

continuité entre droits fondamentaux et pouvoirs exceptionnels, entre période normale et période exceptionnelle, apparaît illusoire dès lors qu'apparaît comme insurmontable l'obligation d'opérer un « choix » entre les libertés et les pouvoirs exceptionnels, et ce, même s'il faut passer par le mécanisme de la conciliation, qui est un procédé de fiction juridique par excellence¹³². L'« égalité normative » implique que l'une ou quelques-unes des règles constitutionnelles n'est pas susceptible, sans conciliation, de s'imposer à une ou à d'autres règles, constitutionnelles elles aussi. À cet égard, l'exigence de « proportionnalité » des atteintes aux droits et libertés posée dans certaines constitutions est une illustration de la relative équivalence de valeur des pouvoirs d'exception et des droits et libertés. C'est donc bien dans le statut normatif des pouvoirs exceptionnels que l'on doit centrer l'analyse. Si on veut établir une continuité entre période normale et période exceptionnelle par le vecteur des droits fondamentaux, l'issue est unique : on ne *doit pas* constitutionnaliser les pouvoirs d'exception.

Ce constat, à la fois de l'impossibilité de concilier en les préservant la garantie des droits et l'étendue des pouvoirs exceptionnels, et de l'obligation subséquente de ne pas « co-constitutionnaliser » droits fondamentaux et pouvoirs exceptionnels, invite à formuler deux types de remarques : (1) on peut essayer de dissoudre la contradiction en arguant que si le but des pouvoirs d'exception est la préservation des droits et libertés, en passant éventuellement par le vecteur de l'institution étatique, alors il n'y a aucune contradiction possible : les gouvernants *doivent* trouver les moyens d'utiliser des pouvoirs exceptionnels sans porter atteinte simultanément aux droits et libertés¹³³. C'est un travail qui relève à la fois du philosophe et du juriste, car cela passe évidemment par un véritable travail de définition et de contenu des droits. (2) Si l'on ne dissout cependant pas la contradiction, et si l'on prétend imposer aux pouvoirs exceptionnels le respect des droits et libertés avec lesquels ils entrent en conflit, il faut donner aux derniers un statut normatif supérieur : soit en reconnaissant l'existence d'une supraconstitutionnalité, soit en faisant redescendre la normativité des pouvoirs d'exception qui ne doivent donc rester que législatifs. L'avantage de cette dernière solution peut être de ne pas exclure un éventuel contrôle de l'usage des pouvoirs exceptionnels, en les subordonnant à la Constitution.

D'un autre côté, la constitutionnalisation des pouvoirs exceptionnels a eu comme avantage qu'ils ne puissent

126. Art. 233 de la Constitution polonaise par exemple.

127. Rapport présenté par R. Badinter et B. Genevois, à l'époque respectivement président et secrétaire général du Conseil constitutionnel français (RFDA, 1990, p. 323).

128. Décision n° 76-75 DC, 12 janvier 1977, décision dite *Fouille des véhicules*.

129. La Constitution slovène.

130. Constitution de la Fédération de Russie.

131. Indépendamment du fait que l'on peut percevoir dans les jurisprudences des cours constitutionnelles la primauté (éventuellement par le moyen de la supraconstitutionnalité) de certains droits sur d'autres... Cela n'a en effet à ce jour aucune conséquence sur les pouvoirs exceptionnels.

132. Pour une illustration de cette technique en matière d'exception, voir la décision du Conseil constitutionnel français de 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* : « il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ».

133. C'est une réflexion qui est susceptible, bien plus qu'on ne l'aperçoit à prime abord, d'en entraîner une autre sur les « techniques » de pouvoir. Or cette réflexion apparaît aujourd'hui comme largement insuffisante : on trouve en revanche une littérature abondante sur la permanence de l'état d'exception.

être soupçonnés de « super » ou de supraconstitutionnalité, en relevant d'un droit de nécessité inhérent à tout système juridique. Le statut du droit constitutionnel de nécessité impliquait presque à coup sûr une insubordination aux droits et libertés fondamentaux, pour la raison qu'il dérivait du système juridique en quelque sorte « objectif », et non de la raison d'être de ce système, notamment au niveau constitutionnel, c'est-à-dire la liberté. Le modèle législatif semble donc être, en l'absence du caractère supraconstitutionnel des droits fondamentaux, le plus apte et le plus nécessaire à organiser les pouvoirs exceptionnels au regard de la garantie des droits. Cela est parfois souligné par les auteurs qui analysent les deux autres modèles proposés pour les pouvoirs d'exception : le modèle de la Constitution d'urgence et le modèle de l'extralégalité. On remarque à titre d'exemple que les exigences de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme seront plus facilement appliquées, notamment par la Cour européenne, si les pouvoirs exceptionnels résultent de textes législatifs plus que s'ils résultent de textes constitutionnels¹³⁴. L'exigence du niveau législatif doit être posée comme telle.

L'une des clés du problème semble venir de ce que pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux fondent deux droits de nature distincte : le droit d'exception est le droit de l'État, les droits fondamentaux sont le droit des individus¹³⁵. Il s'agit là d'une vieille théorie que le député républicain Fresneau exprimait déjà en 1848 : « Si l'on a présenté [...] ces droits de l'État et ces droits de l'individu, a-t-on fait quelque chose de bien remarquable, de bien utile au peuple ? On a tout simplement posé un problème, l'éternel problème de la conciliation du droit de l'individu avec le droit de la société, de la conciliation de l'ordre avec la liberté »¹³⁶. Cette doctrine n'est pas depuis parvenue à résoudre la dualité, parce qu'il nous semble qu'il doit y avoir unité : si l'on suggère qu'il n'y a qu'un seul droit¹³⁷, il faut résolument se pencher sur cette question du statut normatif des pouvoirs exceptionnels, qui aboutit nécessairement à conclure qu'on ne doit pas constitutionnaliser l'exception.

B. Le statut ambigu des techniques constitutionnelles d'exception dans la doctrine et la théorie constitutionnelles

À ce jour, l'évolution dans le contenu des constitutions ne semble pas avoir eu d'impact immédiat sur la doctrine constitutionnelle. Et malgré le second mouvement constitutionnel en ce sens identifié en Europe de l'Est

à la fin du XX^e siècle, la réaction de la très grande majorité de la doctrine a été particulièrement faible, notamment en France. Il semble que, de manière un peu paradoxale, le juriste et encore plus le constitutionnaliste, soit plus sensibilisé à des évolutions de fait qu'à des évolutions de droit. Ce ne sont donc pas les nouvelles constitutions qui ont suscité l'intérêt de la doctrine mais les événements. Le terrorisme est l'un d'eux, le plus important toutefois, sous ses différentes formes, qui, au regard des réactions des États, a conduit au développement d'une pensée importante sur les pouvoirs d'exception, en Italie par exemple depuis une vingtaine d'années, aux États-Unis plus récemment mais de façon singulièrement importante.

1. La faible place de la question des pouvoirs exceptionnels dans la doctrine et la théorie constitutionnelles

On peut faire plusieurs lectures de la doctrine constitutionnelle. Il y a d'abord celle relative spécifiquement aux pouvoirs exceptionnels et aux situations d'urgence. Historiquement, celle-ci ne compte pas luxe d'auteurs, mais certains, il est vrai, semblent avoir marqué la question de leur empreinte. Ainsi de Carl Schmitt, qu'on estime parfois avoir en quelque sorte porté un coup d'arrêt à la question. En présentant les pouvoirs d'exception comme des pouvoirs illégaux mais souverains, totalement indépendants de la règle et notamment de la règle constitutionnelle, parce que relevant toujours, quoi qu'il arrive, de la volonté du pouvoir exécutif, C. Schmitt laisse à penser que les pouvoirs exceptionnels sont incontrôlés et surtout, incontrôlables. Pourquoi en effet dans ces conditions y réfléchir puisqu'il y aurait une sorte de loi physique dominant la question ? Il faudra attendre quelques décennies avant que se développe de nouveau une réflexion sur les pouvoirs exceptionnels dans la doctrine et la théorie constitutionnelles. Mais, depuis une vingtaine d'années et plus encore depuis une dizaine d'années, cette réflexion est de plus en plus présente : de J. Finn à G. Agamben en passant par B. Ackerman et C. Rossiter, il ne fait aucun doute que l'intérêt du constitutionnaliste tend à se porter sur la question des pouvoirs exceptionnels. Ayant approfondi la question du choix des meilleurs mécanismes juridiques de l'exception, ces quelques auteurs n'ont cependant pas paru influencer les constitutions, sauf peut-être sur la nécessité de principe d'organiser les pouvoirs exceptionnels. Depuis la Seconde Guerre mondiale, il y aurait cependant, souligne-t-on parfois, une franche volonté, de la part de la doctrine et des constituants, de limiter, par les textes, notamment constitutionnels, les pouvoirs exceptionnels¹³⁸.

134. Voir par exemple D. Dyzenhaus, *State of exception. Introduction*, texte présenté à la Faculté de droit de l'université de Toronto le 13 novembre 2006.

135. Même si on travestit quelque peu le sens de l'article d'A. Troianello (car nous sommes loin de partager la plupart de ses développements et de ses conclusions), son intitulé peut susciter une réflexion intéressante : « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme », *Le Débat*, 2003. La « constitution » peut-elle vraiment intégrer le modèle fixé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : séparer les pouvoirs et, simultanément, par la force des choses, garantir les droits ?

136. Propos rapportés par F. Luchaire dans *Naissance d'une constitution : 1848 ?*, Paris, Fayard, 1998, p. 55.

137. O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in *Dictionnaire de philosophie politique*, S. Rials (dir.), Paris, PUF, 1996, p. 118.

138. E. Özbudun, à l'occasion de la première séance de travail de la Commission de Venise en 1996 (*Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*), notait que « l'existence ou l'inexistence de restrictions effectivement imposées à l'exercice des pouvoirs

Ce constat est d'un optimisme sans doute un peu exagéré. En effet, simultanément à ce mouvement constitutionnaliste relatif aux pouvoirs d'exception, on note une absence quasi systématique de référence aux pouvoirs exceptionnels dans la doctrine à vocation descriptive et explicative. L'exemple est patent au moment de la promulgation des nouvelles constitutions est-européennes. Lorsque les nouveaux régimes constitutionnels est-européens mis en place sont décrits – parfois par les mêmes qui ont été experts pour ces constitutions – aucune référence n'est faite aux pouvoirs exceptionnels, pas même lorsqu'il est fait allusion aux techniques relatives à l'instauration de l'État de droit ! G. Vedel, dans son rapport pour la Commission de Venise, ne fait pas une seule fois allusion aux pouvoirs d'exception¹³⁹. Pourtant, la question des pouvoirs exceptionnels a été importante pendant le déroulement des travaux constitutants en Europe de l'Est et certaines dispositions ont été discutées tout au long des travaux¹⁴⁰... et le silence doctrinal apparaît presque énigmatique. Selon G. Burdeau, « la théorie politique de la démocratie traditionnelle est tout entière dominée par l'idée d'imposer certaines limites au pouvoir des gouvernants, il s'agit, tout en leur attribuant les prérogatives nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, d'empêcher qu'ils puissent en user pour porter atteinte aux droits individuels et aux libertés »¹⁴¹. Cette ambition de la théorie a entraîné une réflexion sur le meilleur agencement constitutionnel garant des libertés, à l'exception, justement... de l'exception, alors même que certains auteurs avancent aujourd'hui que les pouvoirs d'urgence sont probablement une composante essentielle du constitutionnalisme libéral, c'est-à-dire du système de gouvernement protecteur des droits et libertés¹⁴².

On peut en conséquence noter l'absence flagrante de développements relativement à cette question dans la très grande majorité des ouvrages et manuels classiques de droit constitutionnel¹⁴³, comme s'il ne s'agissait pas d'une question constitutionnelle. De ce point de vue, le célèbre rapport établi par Carl Schmitt entre exception et souveraineté semble n'avoir eu qu'une faible portée sur la doctrine traditionnelle, qui, dans l'ensemble, y paraît indifférente. La réglementation de l'exception semble rester à la marge du système constitutionnel en tant qu'il ne serait pas impliqué dans la configuration générale du régime. Si l'on se fie à ce seul constat, on devrait croire qu'il ne servirait à rien

d'énoncer les modalités des pouvoirs exceptionnels pour comprendre le régime dans sa globalité. Pourtant, que fait la doctrine française quand elle explique le régime mis en place en 1958 ? Elle s'appuie assez souvent sur l'existence de l'article 16 pour appuyer la thèse présidentialisiste du régime. En ce sens, elle prend bien acte de l'importance de tels pouvoirs dans un régime... mais n'en tire aucune conséquence sur la présentation générale et théorique du droit constitutionnel. Il n'y a aucun changement de perspective.

Il y aurait ainsi un constitutionnalisme théorique et un constitutionnalisme pratique. Si l'on tient compte de ce que le constitutionnalisme « envisage la Constitution comme une technique de pouvoir destinée à garantir la liberté de l'individu », ce qui, par extension, en fait une « technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l'action politique », alors le constitutionnalisme implique qu'il faille déterminer ce qui doit relever et ce qui ne doit pas relever de la Constitution. Dans sa version pratique, le constitutionnalisme contemporain envisage la question des pouvoirs exceptionnels comme relevante. Dans la version théorique, ou doctrinale, la question est dans l'ensemble absente. Ce décalage traduit sans doute deux idées : la première a déjà été soulignée qui résulte de la répugnance à traiter de la question depuis sa lecture schmittienne ; la seconde idée est liée à la première, dans la mesure où la théorie et la doctrine constitutionnelles pouvant avoir une vocation normative (on établit des principes et on subsume les faits sous ces principes, à la manière rousseauiste), elle indique implicitement son choix en faveur d'une doctrine non constitutionnelle des pouvoirs d'exception.

2. La diversité de la pensée constitutionnelle contemporaine consacrée aux pouvoirs exceptionnels

La réflexion contemporaine sur les pouvoirs exceptionnels pourrait être qualifiée de particulièrement pragmatique : la réflexion théorique apparaît en ce sens indissolublement liée à une réflexion technique, à une réflexion sur les *meilleures* techniques à mettre en œuvre pour assurer un exercice encadré des pouvoirs exceptionnels.

Quelques auteurs ont ainsi approfondi la question du choix des meilleurs mécanismes juridiques de l'exception, mais on relève qu'ils sont finalement, jusqu'à une période récente, assez peu nombreux¹⁴⁴, et que leur réflexion a peu

exceptionnels est toujours d'actualité et continue de préoccuper les spécialistes du droit public ». Voir également V. Ganév, « Emergency powers... », p. 585, et, de manière plus critique, F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 15 et 27 not.

139. Dans Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les pouvoirs d'exception*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe (Science et technique de la démocratie), 1995.

140. Voir sur cette question V. Ganév, qui décrit très bien certaines discussions à ce sujet (« Emergency powers... », p. 603 sq.). L'auteur remarque également, après avoir pourtant acté de ce que la question des pouvoirs exceptionnels est devenue une part importante de l'analyse constitutionnelle (p. 585), le désintérêt des observateurs des nouvelles constitutions est-européennes pour cette question (p. 586).

141. G. Burdeau, *Libertés publiques*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1961, p. 55.

142. J. Ferejohn, P. Pasquino, « The law of exception... », p. 211.

143. Voir aussi pour le même constat M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel ». Voir aussi O. Gross, « Chaos and Rules... », p. 1014. Les manuels consacrés aux droits et libertés contiennent des développements sur les pouvoirs de crise, mais sans développer de théorie générale (exposé des différents régimes de droit positif).

144. C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Boston – New York – Chicago, Ginn, 1950 (p. 399-400 et 413) ; J. Finn, *Constitutions in crisis : political violence and the rule of law*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1991, ou encore C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, Rossiter Press, 2007.

influencé les constituants. D'autres, au contraire, ont développé une réflexion théorique appuyée sur la constatation des faits, qui devaient leur permettre de mettre à jour ce désormais célèbre état d'exception permanent¹⁴⁵.

On note l'intérêt de certaines institutions pour la question, à l'instar de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, dite Commission de Venise, organe du Conseil de l'Europe. Sous son égide ont été pilotées deux études importantes consacrées aux pouvoirs exceptionnels, notamment en 1995¹⁴⁶. Elle préconisait qu'« il faudrait que l'ordre constitutionnel définisse des principes et des dispositions juridiques appropriés permettant de faire face aux problèmes qui résultent de l'état d'exception », notamment en matière de droits de l'homme. S'ensuivent un certain nombre de recommandations en formes de principes généraux qui s'imposeraient à tous les constituants¹⁴⁷. Ces principes généraux (définition et délimitation claires de la situation d'urgence, encadrement de la déclaration, identification claire et proportionnée des limitations susceptibles d'être apportées aux droits fondamentaux, maintien inconditionnel du principe de prééminence du droit) mettent l'accent sur les lacunes techniques – que l'on a aperçues à la lecture des constitutions est-européennes – mais ils ne résolvent pas les apories de la question ni ne permettent de révéler l'inadéquation de la logique mise en œuvre par les constituants dans l'élaboration de la Constitution d'exception¹⁴⁸. Encore moins ces principes permettent-ils d'apercevoir que le statut normatif équivalent des droits fondamentaux et des pouvoirs exceptionnels apparaît comme une contrariété insurmontable à la prévalence des premiers. C'est même naturellement le contraire qui est implicitement porté : il faut constitutionnaliser les pouvoirs d'exception pour assurer un respect plus grand de leurs limites. Lorsqu'on sait que ce sont justement les normes constitutionnelles qui sont considérées comme ayant la portée obligatoire effective la plus faible, on doit tout simplement constater l'inopérance du procédé, avec comme seule nuance celle relative au processus de légitimation à l'œuvre dans la constitutionnalisation des pouvoirs d'exception. Mais, généralement, il apparaît que la question du statut normatif des pouvoirs d'exception est très rarement envisagée, leur caractère constitutionnel ou

simplement législatif paraissant tout simplement indifférent¹⁴⁹. Or, au regard des droits fondamentaux, il ne semble justement pas que ce soit indifférent.

La poursuite de la réflexion sur cette question semblerait empêchée par l'effet de ce qu'on ne sait définitivement quel camp choisir, celui des droits et libertés ou celui de l'exception, dès lors que l'on ne parvient pas à considérer qu'il doit y avoir nécessairement unité. La problématique tend souvent à se résumer à un choix entre le camp de l'exception pour les droits et libertés (théorie « canal historique », version Montesquieu), et celui de l'exception contre les droits et libertés (« néo-théories », version Agamben). Les pouvoirs de crise ont jusqu'ici assurément souffert d'un manque de réflexion, notamment dans leur articulation avec les droits fondamentaux. C'est de l'autre côté de l'Atlantique que l'on doit regarder aujourd'hui, car y est menée depuis quelques années, et notamment depuis le mois de septembre 2001, une réflexion très importante sur la question des pouvoirs d'urgence. Plus technique que théorique en apparence, la réflexion s'appuie en réalité sur des postulats théorico-philosophiques importants : le statut des droits de l'homme est ainsi important, celui de l'État également. Ce qui marque sur ces questions la pensée américaine, c'est le pragmatisme qui la traverse. Il y a aujourd'hui deux grands « écoles » doctrinales : celle des « *extra legal measures* » et celle de l'« *emergency constitution* ». Le premier courant vante en quelque sorte les mérites d'un droit de nécessité, dont l'organisation par avance est exclue. Le second au contraire vante les mérites de la constitutionnalisation des pouvoirs d'urgence, de telle sorte qu'elle puisse être source de la légitimité, aussi bien en période normale qu'en période d'exception. Dans ce deuxième camp, on doit faire une place spéciale à B. Ackerman qui a produit un essai assez complet sur la question, à la fois théorique (il prône la constitutionnalisation des pouvoirs d'exception et le rôle fondamental de la séparation des pouvoirs) et pragmatique (il expose dans le détail les techniques permettant d'aboutir au résultat espéré)¹⁵⁰. Dans son essai, l'auteur se demande naturellement s'il est utile d'avoir des mécanismes constitutionnels pour les cas d'urgence (« *Do we really need an emergency constitution ?* »¹⁵¹). Selon Ackerman, il faut toujours adapter les mécanismes constitutionnels aux nouvelles néces-

145. Voir son plus illustre représentant en Italie, G. Agamben, *L'état d'exception*, II.

146. Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les pouvoirs d'exception*, 1995 et *Droits de l'homme et fonctionnement des institutions démocratiques dans des situations d'urgence*, 1997.

147. « a. les situations d'urgence capables de donner lieu à la proclamation de telle ou telle forme d'état d'exception doivent être clairement définies et délimitées par la Constitution. En d'autres termes, il faut que soit spécifiée clairement l'existence d'un danger réel et imminent ; b. Il convient d'éviter l'état d'exception de fait et de proclamer officiellement l'état d'exception ; c. la Constitution doit indiquer clairement quels sont les droits qui peuvent être suspendus et quels sont ceux qui ne souffrent aucune dérogation et qui doivent être respectés en toutes circonstances ; d. Les mesures d'exception et les dérogations aux droits et libertés fondamentaux doivent être proportionnelles au danger. En d'autres termes, les dérogations, les restrictions et les suspensions ne sont acceptables qu'en cas de guerre ou de situations d'exception menaçant la vie de la nation ; en outre, de telles mesures doivent être proportionnelles à l'urgence ; e. Même pendant l'état d'exception, le principe fondamental de la prééminence du droit doit prévaloir. En d'autres termes, nul ne doit pouvoir être traduit devant une juridiction autre que celle qui a été préalablement déterminée par la loi », dans *Les pouvoirs d'exception*, p. 25 sq.

148. Voir aussi les propositions de la soixante et unième conférence de l'Association de droit international détaillant les exigences ou standards minimum exigibles quant au contenu des constitutions en matière d'urgence (R. B. Lillich, « The Paris minimum standards of Human rights norms in a state of emergency », *American journal of International Law*, n° 79, 1985, p. 1072).

149. Voir par exemple G. Agamben, *L'état d'exception*, II, par exemple p. 23. Voir également F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*.

150. B. Ackerman, « The Emergency Constitution ». Voir aussi, en français, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme. Subordonner l'état d'urgence à l'état de droit », *Esprit*, n° 327, 2006, p. 150-164.

151. B. Ackerman, « The Emergency Constitution », p. 1041.

sités, et l'ère terroriste à laquelle les États-Unis ont à faire face est l'une de ces nécessités. Les circonstances actuelles font qu'il paraît impossible de se fier au système de la Common law, qui ne génère pas suffisamment rapidement les règles pour permettre une efficacité de la gestion de crise¹⁵². L'auteur américain estime d'ailleurs qu'introduire dans la Constitution une Constitution d'urgence est une regrettable nécessité, qui rompt avec le triomphalisme issu de la dissolution, à partir de 1989, du bloc soviétique d'Europe de l'Est. La constitutionnalisation des pouvoirs de crise est ainsi surtout une question d'efficacité, en bref, de pragmatisme¹⁵³ : ni théorie, notamment des niveaux normatifs, ni philosophie, à l'exception peut-être de celle des droits de l'homme. À l'instar de cette démarche, le système que nous propose Bruce Ackerman est lui aussi empreint de pragmatisme : il expose assez clairement et dans le détail les dispositions qui pourraient être de nature à permettre un état d'exception « légitime » et donc provisoire et contrôlable. Le but de Bruce Ackerman est que, si l'état d'exception apparaît nécessaire, il doit lui-même obéir aux principes fondamentaux du droit constitutionnel (séparation des pouvoirs, respect des droits fondamentaux, système d'information et de contrôle des juges), mais d'une autre manière qu'en période normale¹⁵⁴. Il faut donc « réorganiser » les pouvoirs en période exceptionnelle de telle sorte que les droits soient, à long terme, garantis¹⁵⁵. Bruce Ackerman prétend toutefois n'avoir que de modestes ambitions, en ne proposant pas un système universel mais un système adapté, particulièrement aux démocraties de l'Ouest qui subissent aujourd'hui des vagues terroristes. C'est ainsi qu'il qualifie d'habile le système de la dictature romaine qui permettait de recourir à un dictateur, généralement non politicien, provisoire et sous le

contrôle du Sénat, mais en le disqualifiant en même temps du point de vue de son application aux nécessités actuelles.

Il est incontestable que le type de réflexion menée par Bruce Ackerman et d'autres constitutionnalistes américains est capital pour faire avancer la recherche sur le meilleur moyen de lier droit, respect du droit et des droits, et pouvoirs exceptionnels. Toutefois, à l'image de l'essai brillant d'Ackerman, certains ressorts théoriques sont occultés qui ne permettent que de répondre imparfaitement au problème. C'est ainsi que Bruce Ackerman explique que les solutions constitutionnelles traditionnelles consistant à délimiter les pouvoirs des organes en cas de situation exceptionnelle sont vaines car rien ne nous garantit que ces limites seront respectées. Aussi faut-il substituer à ces solutions celle de la Constitution d'urgence, système d'organisation des pouvoirs distinct du système ordinaire mais qui répond aux mêmes principes, de façon adaptée à la situation¹⁵⁶. Il est assez étonnant que ne soit alors pas aperçue la même difficulté que pour les solutions traditionnelles : si l'interprétation et l'autorité commandent l'application des règles, il n'y a pas lieu de distinguer entre différents types de contenu des règles. Pourquoi les règles relatives à l'organisation des pouvoirs en période normale seraient-elles plus « interprétées » que celles relatives à l'organisation des pouvoirs exceptionnels ? L'interprétation est susceptible de porter aussi bien sur l'une et l'autre des catégories de règles et il n'y a donc pas entre elles de différences de nature. On concédera que, à défaut de garantir très franchement les droits, le système proposé par le constitutionnaliste américain fait partie d'une vaste entreprise de persuasion qui, à terme, peut faire que le constitutionnalisme parviendra à certains de ses buts.

152. *Ibid.*, p. 1042.

153. Dans l'article précité publié en 2006 dans la revue *Esprit*, B. Ackerman cependant retarde la réponse à la question de la pertinence de la constitutionnalisation des pouvoirs de crise comme meilleur mode de garantie.

154. Bruce Ackerman (« The Emergency Constitution ») expose ainsi dans le détail les mesures proposées : pour ce qui est de la séparation des pouvoirs, il faut un système où, le pouvoir exécutif étant la puissance d'action, celui-ci doit obtenir l'accord suffisant du Parlement, la majorité exigée pour donner l'accord grandissant au fur et à mesure que l'état d'urgence se prolonge et que les mesures prises sont importantes. Ackerman espère ainsi provoquer le sentiment d'illégitimité de l'état d'exception au fur et à mesure qu'il se prolonge et qu'il donne lieu à des pouvoirs importants en raison de ce qu'une majorité de 60 % puis de 80 % est quasi impossible à trouver dans nos sociétés pluralistes fragmentées (système du « *supermajoritarian escalator* »). À côté de ce système où la majorité prime, Ackerman propose un système sophistiqué d'information de la minorité sur lequel doit obligatoirement s'appuyer le pouvoir qui gère l'état d'urgence. Le rôle qui est donné au juge est double : il a un rôle « macro » (« *macromanagement* ») et un rôle « micro » (« *microadjudication* »). Au niveau macro, le rôle du juge a des incidences sur le maintien du système de séparation et de limitation des pouvoirs ; au niveau micro, il porte sur la garantie individuelle des droits. D'ailleurs, Ackerman pose comme obligatoire qu'un système de compensation financière soit prévu pour toutes les atteintes qui auraient été portées aux droits de manière injustifiée par la mise en œuvre de pouvoirs de crise. Dernier point, Ackerman propose qu'ils soient nettement distingués entre plusieurs situations d'exception, de telle sorte que les mécanismes mis en place soient adaptés à la situation (il prend l'exemple du Canada qui distingue entre quatre situations : état de guerre, urgence internationale, atteinte à l'ordre public, catastrophe naturelle).

155. B. Ackerman, « The Emergency Constitution », p. 1037 : « *My aim is to design a constitutional framework for a temporary state of emergency that enables government to discharge the reassurance function without doing long-term damage to individual right* ». L'auteur ajoute un peu plus loin : « *Existing constitutional limitations may not make sense within the new framework* » (p. 1040).

156. *Ibid.*, p. 1056.