

Institut Louis Favoreu
Groupe d'Études et de Recherches
sur la Justice Constitutionnelle
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)
Aix-en-Provence

Annuaire International de Justice Constitutionnelle

XXXV

**2020
(extraits)**

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2021

TABLE RONDE
L'ÉTAT D'EXCEPTION,
NOUVEAU RÉGIME DE DROIT COMMUN
DES DROITS ET LIBERTÉS ?
Du terrorisme à l'urgence sanitaire

HONGRIE

*Péter KRUZSLICZ**

« Salus rei publicae suprema lex esto »¹

L'année 2020 est une année exceptionnelle à de nombreux égards. La pandémie de Covid-19 met toute l'humanité devant une situation exceptionnelle. Le droit, quant à lui, connaît l'exception et cherche à l'intégrer en son sein. L'état d'exception, par sa dénomination même, témoigne d'une situation exceptionnelle tout en voulant aussi couvrir cette situation par sa normativité juridique. Si en littérature ou en arts les situations exceptionnelles, voire des pandémies meurtrières, peuvent inspirer l'artiste², en droit, ces situations mettent le juriste, l'artiste du droit, devant une responsabilité exceptionnelle.

Au printemps 2020, l'état d'exception, plus précisément l'état de danger dans le cas hongrois est, comme on le sait, une illégalité juridique¹. Si le droit constitutionnel, y compris, hongrois s'y intéresse, c'est surtout pour une raison : rendre l'illégal juridique, ou ici, constitutionnel par l'introduction d'une et de plusieurs exceptions dans l'ordre juridique constitutionnel. Ainsi l'action, même exceptionnelle, de l'autorité publique demeurera dans les périmètres, élargis à titre d'exception, de la normativité constitutionnelle. C'est ici qu'une responsabilité, pour reprendre à nouveau l'adjectif, exceptionnelle du juriste apparaît : l'exception doit confirmer la règle, notamment et surtout concernant les principes fondamentaux.

Il est admis que l'action publique est urgente devant un danger exceptionnel car le salut du peuple est la loi suprême. Mais le droit constitutionnel, y compris hongrois, doit être ferme sur ce point, et ne peut être atteint que dans le respect des exigences constitutionnelles de base, telles qu'elles découlent notamment du principe de l'État de droit et du principe démocratique ainsi que dans le respect des normes

* Professeur à l'Université de Szeged.

1 Maxime communément attribuée à Cicéron qui l'utilise dans son ouvrage *De legibus*, probablement inspirée par la loi des douze tables.

2 À titre d'exemple, nous pourrions rappeler le *Décameron* de Boccace, écrit entre 1349 et 1352 se jouant dans le contexte de la peste noire qui a atteint Florence en 1348.

constitutionnelles précises prévues pour ces états d'exception. Lorsque l'autorité publique engage son action exceptionnelle par des mesures d'urgence afin de prévenir, gérer et éliminer un danger réel, elle ne peut, non plus, sortir du cadre qui la constitue et qui lui garantit la capacité d'agir. Or, nous le répétons, ce cadre est celui d'un État de droit démocratique, même en période d'états d'exception.

En droit hongrois, il est intéressant de voir qu'historiquement c'est plus l'exigence du critère démocratique qui a été mise en avant pour l'encadrement des états d'exception, et pas tellement le respect des droits fondamentaux découlant du principe de l'État de droit. Comme si, déjà au XIX^e siècle, la légitimité d'une action exceptionnelle avait été constitutionnellement plus discutable que sa légalité, bien que cette deuxième soit plus problématique par l'illégalité constitutionnelle que ces situations engendrent. Certainement, cela est dû aux traditions parlementaires hongroises où l'Assemblée nationale, fière de son caractère représentatif et toujours méfiante face à l'exécutif, revendiquait à son profit le droit de dernier mot³.

La terminologie juridique s'intéressant à la matière est issue, d'ailleurs, de cette époque à laquelle l'on parlait « des décrets d'ultime nécessité » mais pendant laquelle sont également apparues les notions de la loi d'autorisation et de la loi d'immunité. Ces décrets ont été considérés par le droit constitutionnel comme étant par définition anticonstitutionnels mais « pardonnables », de par l'immunité votée par l'Assemblée nationale qui couvrira l'action menée par le Gouvernement⁴. Cette situation est due au fait que constitutionnellement, en tant que représentante de la Nation, seule l'Assemblée nationale a la prérogative d'adopter des lois, et donc d'adopter toute mesure qui relève du domaine législatif⁵.

Concernant la crise sanitaire actuelle, elle confirme qu'en matière d'états d'urgence, la pratique constitutionnelle est toujours plus intéressante que la théorie ou l'histoire. C'est un état de danger relativement court qui a duré très exactement du 11 mars 2020 jusqu'au 21 juin 2020, que devait se faire pardonner le Gouvernement hongrois. D'ailleurs, l'Assemblée nationale qui donnait son pardon sans trop être questionnée par la majorité importante des partis au gouvernement, a finalement siégé tout au long de cette période et a même mené un travail législatif, en tout cas sur le plan quantitatif, remarquable en adoptant 45 lois en trois mois. De même, la Cour constitutionnelle a siégé sans interruption pour garantir, le cas échéant le contrôle de constitutionnalité et somme toute, il n'y a pas eu de véritables contestations examinées durant cette période.

Dans la pratique, il est donc à noter que l'état de danger a été décrété par le Gouvernement, sur le fondement de l'article 53 de la Loi fondamentale, le 11 mars 2020⁶. Il a été confirmé par la suite par la loi, dite d'habilitation, le 31 mars⁷, dans le délai prévu par le même article 53. Enfin, il a été levé sur proposition du gouvernement, tel qu'en disposait la loi d'habilitation, par l'adoption de la loi, dite d'immunité, le 18 juin 2020, entrée en vigueur le 21 juin, comportant des mesures transitoires, mais déjà prises au niveau législatif⁸. Au long de cette période, allant donc du 11 mars au 21 juin, le Gouvernement a pris de nombreux décrets même si l'Assemblée nationale siégeait, conformément à ses compétences exceptionnelles. Ces

3 Zoltán SZENTE, A 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet alkotmányossági problémái, in *MTA Law Working Papers*, 2020/9, p. 8.

4 *Ibidem*, p. 9.

5 La coutume constitutionnelle a été élevée au rang législatif par les États généraux de 1790 et 1791, loi n° XII.

6 Décret du Gouvernement n° 40/2020 (III. 11.).

7 Loi n° XII du 31 mars 2020.

8 Loi n° LVII du 18 juin 2020.

mesures, d'ailleurs, ont été largement approuvées par l'opinion publique, très favorable à l'action gouvernementale.

Pour l'analyse de cette pratique, sous l'aspect du droit constitutionnel, de nombreuses questions se posent. Elles concernent surtout la constitutionnalité de la pratique politique et institutionnelle hongroise, et notamment des actes réglementaires mais aussi législatifs adoptés et appliqués pendant l'état de danger. Elles portent également sur la pratique du contrôle, c'est-à-dire sur le contrôle effectif de la constitutionnalité que peuvent mener les juges. Il faut rappeler ici notre constat de départ : la responsabilité des juristes est exceptionnelle lors des états d'exception, et l'on attend une certaine audace, notamment de la part des juges qui ne doivent pas être intimidés par l'urgence et la gravité de la situation et qui, au contraire, devraient témoigner d'une vigilance accrue.

D'une manière plus générale, ces questions souvent aiguës qui se posent face à l'état d'exception et, dans notre cas, face à l'état de danger déclaré en Hongrie au printemps 2020, tranchent dans la matière la plus vive de la constitutionnalité et de son contrôle. C'est dans une situation exceptionnelle que l'équilibre fragile entre la capacité d'agir de l'autorité publique et la garantie des droits et des libertés individuels doit être préservé. Pendant l'état de danger, notamment sanitaire, cet équilibre est à retrouver et à préserver entre l'action publique qui vise à garantir la sécurité de la vie humaine et de la santé mais aussi, des biens, d'une part, et, d'autre part, l'exigence constitutionnelle d'assurer la protection des droits et des libertés individuels sensiblement limités par une telle action.

Enfin, indépendamment du contexte hongrois, mais tout en se rappelant celui-ci, il faut également souligner que lors d'un état d'exception, notamment dans la lutte contre une crise sanitaire, on fait appel très souvent au civisme qui obligerait les citoyens à être particulièrement responsables et à respecter les mesures prises. Nous souhaiterions y ajouter que d'une part une prise de responsabilité, pour ainsi dire, exceptionnelle pèse, dans de telles situations, sur les institutions lorsqu'elles exercent le pouvoir exécutif, législatif ou juridictionnel ; et que, d'autre part, ce civisme, c'est-à-dire la prise de responsabilité citoyenne, ne couvre pas uniquement le respect des mesures ou simplement des gestes barrières. Mais cette prise de responsabilité est également la responsabilité d'agir en démocrate qui n'a peur de rien⁹ ; il relève ainsi de la responsabilité des citoyens de se protéger aussi et toujours contre toute forme d'abus, ce qui demande de l'audace.

I.- UN CONTEXTE D'EXCEPTION À L'ÉPREUVE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

L'analyse des états d'exception et ainsi de l'état de danger sanitaire en Hongrie au cours du printemps 2020 (même si nous nous rappelons que, pour la mener à bien, l'étude de la pratique est souvent plus pertinente que les développements théoriques) ne peut être précise que si l'on tient compte du contexte. Lorsque nous envisageons d'examiner ce contexte, nous n'entendons pas la situation sanitaire malheureuse, mais bien le contexte juridique et politique ou pour ainsi dire, constitutionnel. Or, ce contexte constitutionnel était déjà bien exceptionnel avant même la crise sanitaire et la déclaration des états d'exception pour y répondre, l'exemple de la Hongrie en témoigne amplement.

L'action politique et la responsabilité politique, par conséquent, ont déjà été affaiblies avant même la crise, par de nombreux facteurs constitutionnels. Pendant que

⁹ Référence volontaire à la fameuse définition d'István Bibó, « est démocrate qui n'a peur de rien » dans István BIBÓ, *Válogatott tanulmányok*, Magvető, Budapest, 1986.

le Gouvernement hongrois, soutenu par une majorité parlementaire aussi forte que stable, a toujours cherché à mener des politiques déterminées, il a dû faire face, depuis 2010, aux conséquences d'un encadrement constitutionnel qui réduit considérablement sa marge de manœuvre. Son assise démocratique majoritaire forte ne lui a pas toujours permis, malgré une prise de responsabilité accentuée, de mener à bien ses projets politiques en l'absence d'une légitimité internationale : des questions quant au respect des normes et des valeurs à caractère constitutionnel se posaient très souvent à son égard.

Il est manifeste que ce facteur contextuel et constitutionnel se manifestait d'une façon significative dans la gestion de la crise sanitaire et dans la déclaration et la mise en œuvre de l'état de danger. Si le Gouvernement hongrois n'en tient pas compte, et d'ailleurs, s'il ne caractérise pas uniquement l'état constitutionnel hongrois, il mérite d'être étudié, car il est justement au cœur de la problématique constitutionnelle à laquelle doit répondre l'analyse des états d'exception. D'une part, le renforcement de la protection des droits et des libertés individuels limite sensiblement la capacité d'action des autorités surtout dans l'exercice du pouvoir exécutif ; d'autre part, face à la montée en puissance de l'expertise, la prise de responsabilité politique s'efface.

Concernant le renforcement de la protection constitutionnelle des droits et des libertés individuels, il est suffisant de rappeler qu'il s'agit d'une avancée importante en matière constitutionnelle, notamment pour les pays, comme la Hongrie, qui ont connu le régime socialiste, par définition totalitaire. Le respect du principe de l'État de droit, englobant la protection effective et efficace des droits fondamentaux, tout autant qu'il était à l'origine des critiques formulées à l'égard du régime socialiste (notamment sur le plan international et européen), est devenu un programme après la transition. Érigé, dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁰, au rang d'une valeur plus que constitutionnelle, car sociale, voire culturelle, l'État de droit et sa protection ont gagné de l'ampleur.

Mais la protection des droits fondamentaux et, d'une manière plus générale, du principe de l'État de droit doit trouver l'équilibre avec l'action publique menée, en théorie, dans l'intérêt général, mais se heurtant toujours, dans la pratique, à des intérêts individuels protégés par les droits et les libertés fondamentaux. Ainsi le renforcement considérable de la protection du principe de l'État de droit et notamment des droits fondamentaux limitera toujours la marge de manœuvre de l'action publique et servira la mise en valeur des intérêts individuels devant l'intérêt général. Si le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la limitation des droits peut servir de guide afin de trouver l'équilibre, l'action publique doit pouvoir toujours se justifier à l'épreuve même du respect du principe général.

Dans une situation de crise, même lors de l'état d'exception, ces limites renforcées de l'action publique se maintiennent. D'une part, si, conformément aux dispositions constitutionnelles hongroises relatives à l'état de danger, les droits fondamentaux peuvent être davantage limités d'une manière temporelle et toujours dans le respect de la nécessité et de la proportionnalité, un noyau dur de ces droits (que nous présenterons dans la deuxième partie de notre développement) reste intouchable. D'autre part, le principe général de l'État de droit ne peut toujours pas être violé. Dans le cas de la Hongrie, faisant face à une communauté internationale et européenne déjà inquiète, cette limite à l'action publique était, dans notre opinion, un facteur important même si l'on n'en tenait pas compte lors de l'adoption de diverses mesures.

¹⁰ L'arrêt du principe est celui du 5 mars 1992, n° 11/1992 (III. 5.), cette jurisprudence a été suivie, complétée et développée ensuite par de nombreux arrêts constitutionnels.

Concernant le rôle et la place des experts, la Hongrie a fait plutôt exception à la règle. Il est vrai qu'indépendamment des situations de crise, l'expertise a beaucoup gagné d'importance en politique. Pour plusieurs raisons que nous ne développerons pas ici, déjà tout au long de la deuxième moitié du XX^e siècle et surtout en début du XXI^e siècle, la politique s'est de plus en plus fondée sur une compétence technique. Cette tendance se renforce en cas de crise, surtout sanitaire, au cours de laquelle la légitimité des mesures dépend, à juste titre, de leur bien-fondé professionnel. Les experts apparaissent donc aux premiers rangs non seulement pour proposer des solutions ou pour expliquer leurs conséquences mais également pour les légitimer.

Dans une telle situation, bien entendu, les solutions, comme toujours, doivent être préparées et proposées par ceux qui connaissent les domaines professionnels respectifs, d'ailleurs, non seulement médical, mais également sociologique ou économique. Mais la responsabilité politique, sous l'aspect constitutionnel aussi, revient aux institutions politiques et constitutionnelles. D'une part, parce que ce sont ces institutions qui disposent d'une vraie légitimité constitutionnelle, c'est-à-dire d'une légitimité démocratique ; d'autre part, parce que ce sont elles qui peuvent être rendues responsables et doivent être contrôlées, dans la logique de la responsabilité politique et constitutionnelle.

Sans une prise de responsabilité politique, il n'y a ni débat ni responsabilité, et ainsi le principe démocratique pourtant fondamental en matière constitutionnelle ne serait pas respecté. En même temps, en raison d'un manque déjà manifeste de confiance des citoyens à l'égard de l'élite politique, et pour se débarrasser d'une responsabilité particulièrement lourde lorsque la vie des personnes et leur santé sont en danger permanent, les responsables politiques ont mis en avant les experts pour qu'ils décident et communiquent les décisions prises à l'opinion publique. Encore une fois, indépendamment de la valeur ajoutée importante que l'expertise (à condition qu'elle soit non seulement bien fondée mais également suffisamment large, car plusieurs aspects sont à étudier) peut apporter, c'est aux politiques responsables de prendre et de justifier les décisions.

Dans le cas de la Hongrie, si de nombreux experts et hauts fonctionnaires responsables ont été mis en avant, et si des comités ont été constitués pour apporter des conseils et proposer des solutions, le Gouvernement, dès le début de la crise, voulait prendre et prenait la responsabilité de l'action. Ainsi les différentes mesures ont été toujours présentées par les ministres, et d'ailleurs adoptées en conseil du gouvernement. La responsabilité politique et constitutionnelle a ainsi été maintenue devant l'Assemblée nationale, institution représentative de la nation mais aussi devant l'électorat même si des garanties supplémentaires, tel que nous allons voir, ont pu être introduites pour garantir sa mission constitutionnelle. Il est à noter que, par ce choix, la popularité du Gouvernement et du Premier ministre a considérablement augmenté tout au long des mois du printemps ; ainsi, sur le plan purement politique, ce choix était profitable mais sur le plan constitutionnel aussi, il était le seul acceptable.

Après avoir attiré l'attention sur ces deux facteurs contextuels importants qui nous obligeaient à nuancer nos analyses, et après les avoir appliqués au cas hongrois pour en tirer la conclusion que le Gouvernement hongrois, même pour mener une action couverte par les règles constitutionnelles spécifiques à l'état de danger, devait faire particulièrement attention à ne pas violer le principe général de l'État de droit. Il a assumé sa responsabilité politique pleine et entière pour respecter ainsi le principe démocratique souvent mis en péril par la substitution de l'expertise à la politique. Nous souhaiterions encore rappeler une dernière spécificité de la crise sanitaire, qui n'est pas en lien avec le respect des principes constitutionnels généraux mais qui est

importante à noter pour une bonne analyse de la constitutionnalité des états d'exception introduits en raison de cette crise.

Il s'agit du fait que, contrairement à ce qui est commun pour les états d'exception qui ont été prévus par les constitutions sous cette hypothèse, dans le contexte de la crise sanitaire, ce n'est pas l'État mais les personnes et les biens qui doivent être protégés. Initialement, les états d'exception avec des lois martiales, prévus essentiellement pour des situations de guerre, servaient à assurer l'intégrité de l'État et sa capacité d'action. Or, la particularité d'une crise sanitaire est que, même si elle peut être considérée comme similaire à une catastrophe naturelle – une telle qualification, d'ailleurs, comme nous allons voir, a toute son importance pour la constitutionnalité de l'état d'exception déclaré en Hongrie – elle met surtout en péril la vie et la santé des personnes ainsi que la sécurité de leurs biens en raison de ses effets économiques.

Il ne s'agirait pas donc d'un conflit de type classique dans le cas des états d'exception, entre l'action publique menée dans l'intérêt de l'État et les droits fondamentaux traditionnels protégeant les intérêts individuels, mais pour certains auteurs¹¹, d'un conflit entre les libertés et les droits de créance (santé, etc.) ou plus encore, d'un conflit où finalement l'action publique garantissant la sécurité des personnes et des biens se heurte à la pleine jouissance de l'ensemble des droits fondamentaux ainsi que, comme nous avons vu, aux principes constitutionnels fondamentaux. Une pandémie est donc une situation exceptionnelle dans la catégorie des états d'exception, en raison de l'objet que l'on protège, et cela a des conséquences importantes sur son fondement constitutionnel mais aussi pour l'analyse de la nécessité et de la proportionnalité des mesures prises.

II.- DES MESURES D'EXCEPTION À L'ÉPREUVE DES NORMES PRÉCISES

Après avoir fait quelques considérations à caractère général, relatives au contexte particulier et aux spécificités de la situation de crise qui fait l'objet de notre analyse (sans oublier les conclusions que nous en avons tirées, notamment concernant le respect des principes constitutionnels généraux), nous pouvons examiner les mesures hongroises prises au printemps 2020. Nous nous bornerons à présenter les actes relatifs à la déclaration de l'état de danger, n'ayant ni la capacité ni la compétence d'étudier les différentes mesures prises lors de cet état, mais surtout, en voyant un véritable intérêt constitutionnel dans l'analyse de ces actes.

D'abord, il faut noter que la Hongrie dispose de la réglementation constitutionnelle la plus complexe en Europe, et probablement au monde, en matière d'états d'exception. La constitution hongroise ne connaît pas moins de six différents régimes d'exception, auxquels un septième a été ajouté par voie législative lors de la crise migratoire. Si cette complexité est incontestablement l'héritage de la transition où l'on craignait qu'il y ait besoin d'y recourir – ces craintes se révéleront infondées par la suite – et l'on voulait se munir des garanties constitutionnelles le cas échéant, d'une manière restructurée, tous ces régimes ont été repris lors de l'adoption de la Loi fondamentale.

Sans qu'il soit nécessaire de décrire en détail les six ou sept différents régimes d'exception – nous nous concentrerons uniquement sur l'état de danger qui a été utilisé en tant que régime d'exception constitutionnellement prévu face à la crise pandémique –, il est à noter également qu'en raison, donc, de cet héritage, les conditions d'application de ces régimes sont également bien détaillées dans le libellé

11 Zoltán SZENTE, *op. cit.*

constitutionnel hongrois. Les limites générales sont la temporalité, la nécessité et la proportionnalité – nous les avons déjà mentionnées dans l'étude générale de la première partie de notre rapport – ainsi que le respect d'un noyau dur des droits et le maintien du contrôle juridictionnel, notamment constitutionnel – nous y avons également déjà fait référence. C'est dans le respect de ces cinq conditions que les états d'exception peuvent être déclarés d'une manière conforme à la constitution.

Face à la crise pandémique, c'est donc l'état de danger qui a été déclaré : il a été décrété, tel que la Loi fondamentale le prévoit (c'est donc une exigence constitutionnelle pour son usage), par le Gouvernement, puis confirmé, tel que cela est également voulu pour les mesures d'exception par les dispositions constitutionnelles y relatives, par l'Assemblée nationale. L'objectif, en raison des exigences constitutionnelles, était important à définir : l'état de danger est déclaré, selon les actes réglementaires et législatifs respectifs, en vue de prévenir et d'éliminer les conséquences de l'épidémie humaine, causant une maladie de masse et mettant en danger la vie humaine ; et puis, en vue de préserver la santé et la vie des citoyens hongrois ainsi que la sécurité de leurs biens.

La nécessité de l'usage de l'état de danger est due à l'épidémie qui cause une maladie de masse et qui met en danger la santé et la vie des personnes ainsi que la sécurité de leurs biens ; le lien logique est ferme. L'objectif des mesures à envisager serait ainsi de prévenir, de gérer et d'éliminer l'épidémie, mais aussi de prévenir et d'éliminer ses effets pour assurer la sécurité de la vie et de la santé des personnes mais aussi de leurs biens et de garantir également les droits des personnes ainsi que la stabilité économique. Le champ des actions envisageables serait ainsi bien décrit et facilement susceptible d'être contrôlé, notamment sous les aspects de la nécessité et de la proportionnalité à l'accomplissement de l'objectif.

C'est l'article 53 de la Loi fondamentale qui dispose précisément de l'état de danger. Il prévoit un tel état pour le cas « de calamités ou de catastrophes naturelles mettant en danger la sécurité de la vie humaine et des biens afin d'éliminer les conséquences de celles-ci ». Nous pouvons donc constater que la déclaration de l'état de danger, tout en précisant son fondement et ses objectifs au cas particulier de l'épidémie sanitaire, est en ligne avec les dispositions constitutionnelles. Le décret du gouvernement ainsi que la loi d'habilitation répètent cela, ce qui ne suffit pas, et nous allons y revenir, pour garantir leur constitutionnalité.

En cas d'état de danger, tel que pour les états d'exception en général, des prérogatives importantes reviennent au Gouvernement. Celui-ci peut ainsi, tel que le prévoit la disposition constitutionnelle, suspendre des lois ou déroger à leur application ou encore remplacer des lois par des décrets. Si l'approche est plutôt formelle, nous comprenons aisément l'importance constitutionnelle d'une telle définition formelle de l'action du Gouvernement. Par la suite, il existe des conditions qui sont prévues par l'article 53 : ces décrets ne peuvent être en vigueur que pour 15 jours, mais avec une possibilité de prolongation sur autorisation parlementaire – ainsi la temporalité serait respectée, mais la question en raison de la prolongation éventuelle reste délicate – et prennent obligatoirement fin à l'expiration de l'état de danger – dans cette logique de temporalité, mais la question demeurant toujours délicate puisque l'expiration dépend d'un acte du Gouvernement.

Parmi les conditions exigées, il est important de rappeler à nouveau le noyau dur des droits fondamentaux, qui est également bien défini et qui est intouchable même en période d'état d'exception. Il s'agit du droit à la vie (y compris, selon une spécificité hongroise, la protection constitutionnelle de la vie fœtale), de la dignité humaine (notamment l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, de la servitude et de l'esclavage mais aussi des expériences médicales non

consenties ou encore des pratiques eugéniques), du droit à la défense (présomption d'innocence, immunité de la défense, égalité des armes) et de l'interdiction de la loi pénale rétroactive ainsi que du respect du principe *non bis in idem*.

Nous pouvons conclure de la présentation des dispositions constitutionnelles relatives à l'état de danger, d'une part, que la spécificité de ce régime d'exception est qu'il connaît trois temps : d'abord, le passé où une calamité ou une catastrophe naturelle intervient, puis le présent, caractérisé justement par le danger (des risques qu'une telle calamité ou catastrophe porte à la sécurité des personnes et des biens), et enfin, l'avenir au cours duquel les conséquences d'un tel danger sont à éliminer ; et d'autre part, que des conditions claires sont prévues à son application : pour la nécessité, la proportionnalité, il est important de bien définir l'origine du danger, le danger et les effets ; pour la temporalité, des règles spécifiques sont prévues concernant la portée éventuelle des mesures, outre la définition matérielle issue de la bonne détermination du danger, de son origine et de ses conséquences, il y a également une définition formelle.

Après avoir parcouru les dispositions constitutionnelles et après avoir mentionné leur usage dans les lignes générales, nous pourrions, enfin, procéder à l'analyse de la constitutionnalité, encore une fois, non pas de différentes mesures prises dans le cadre de l'état de danger, mais des actes relatifs à sa déclaration. Nous étudierons ainsi la constitutionnalité du décret du gouvernement du 11 mars¹² et de la loi d'habilitation du 31 mars¹³. Même s'il n'y a pas eu lieu de contrôle constitutionnel formel, aucune des requêtes n'ayant encore abouti devant la Cour constitutionnelle hongroise au moment de la rédaction du présent rapport, il n'est pas sans intérêts de revoir quelles sont les différentes questions constitutionnelles que ces actes peuvent poser et ainsi quels seraient les moyens constitutionnels à examiner pour conclure à leur conformité ou non-conformité à la Loi fondamentale.

Concernant la constitutionnalité du décret du gouvernement, puisque celui-ci répète les dispositions constitutionnelles dont il fait l'usage, et en rappelant également que la déclaration de l'état de danger est prévue expressément comme une prérogative du Gouvernement dont il peut faire usage par voie de décret, la seule véritable question qui se pose est de savoir si la crise sanitaire causée par l'épidémie Covid-19 ou l'épidémie en tant que telle causant une maladie de masse peut être considérée comme une catastrophe naturelle dans le sens de l'article 53 de la Loi fondamentale. Si la loi relative à la protection de la santé prévoit le cas des épidémies en donnant des prérogatives importantes à l'agence sanitaire hongroise, une telle qualification n'y est pas connue.

Au contraire, la loi relative à l'application de l'état de danger qui régleme, en tant que loi cardinale¹⁴, plus en détail ce régime, ne fait que répéter les deux cas prévus par l'article 53 de la Loi fondamentale : calamité et catastrophe naturelle en y ajoutant, d'une manière trop large, le cas « d'autres dangers ». Indépendamment des considérations sur la constitutionnalité d'une telle disposition législative, élargissant à l'infini la possibilité d'application d'un état d'exception, nous sommes d'avis que ce n'est que la qualification de la crise et/ou l'épidémie qui en est à l'origine, en catastrophe naturelle qui permet de conclure à la constitutionnalité du décret du gouvernement. Le fait qu'une telle épidémie humaine met en danger la sécurité de la vie humaine et des biens pourrait être un argument fort pour une telle qualification.

12 Décret du Gouvernement n° 40/2020, précité.

13 Loi n° XII de l'an 2020, précitée.

14 Loi n° CXXXVIII de l'an 2011 sur la protection contre les catastrophes.

La constitutionnalité de la loi d'habilitation est déjà une question bien plus complexe. À part la même question de savoir si l'épidémie humaine (dans notre opinion en soi et plus que la crise qu'elle a causée) peut être qualifiée de catastrophe naturelle, puisque cela reste le fondement constitutionnel pour recourir à l'état de danger, qui est donc à étudier avec les mêmes considérations à l'égard de la loi aussi ; au moins trois autres moyens de contestation de la constitutionnalité de la loi d'habilitation s'offrent. Premièrement, le fait de ne pas avoir posé des conditions matérielles autres que constitutionnelles à l'usage des décrets semble être non conforme à la Loi fondamentale. Deuxièmement, l'absence des garanties pour le contrôle postérieur, même si à l'heure actuelle nous savons déjà qu'un tel contrôle a pu finalement avoir lieu, peut entacher la constitutionnalité de la loi. Troisièmement, de manière plus générale, le risque, là aussi, tout en sachant qu'il ne s'est finalement pas réalisé, et toujours en l'absence des garanties, que l'Assemblée nationale ne pourra se réunir qu'à la bonne volonté du Gouvernement, peut poser des problèmes constitutionnels.

Quant à la première question relative à des conditions matérielles, dans notre opinion, l'Assemblée nationale aurait dû bien définir (pour le contexte précis même d'une manière suffisamment large et flexible), la marge de manœuvre dont dispose le Gouvernement pour la prévention, la gestion et l'élimination de l'épidémie et de ses effets. Or, la loi d'habilitation ne fait que répéter les dispositions constitutionnelles que nous avons déjà présentées, et sinon se réfère à la loi d'application déjà mentionnée. En faisant l'économie d'une réflexion plus poussée, l'Assemblée nationale a manqué à son obligation constitutionnelle d'encadrer, même en cas d'état de danger, l'action de l'exécutif. Il aurait été suffisant d'appliquer les termes constitutionnels généraux à la situation précise pour déterminer tout de même sur le plan matériel l'étendue des mesures.

La deuxième question relative à l'absence des garanties d'un contrôle postérieur, d'ailleurs, tout autant que la troisième, se pose en raison du fait que la loi d'habilitation n'a pas limité dans le temps les mesures que le Gouvernement allait prendre. La loi d'habilitation dispose que, sans contrôle parlementaire, les effets de ces mesures peuvent être prolongés jusqu'à la fin de l'épidémie ; or, c'est le Gouvernement qui en décide. Comme nous l'avons vu, un contrôle parlementaire réel, bien que postérieur, est une exigence constitutionnelle pour l'état de danger comme pour les autres états d'exception. Si la constitution permet que le Gouvernement, face à l'urgence, adopte des mesures qui relèveraient autrement de la compétence législative, elle le fait en conditionnant – avec un délai plutôt court – l'effet de ces mesures à une approbation parlementaire.

Il est clair que si une telle solution a été choisie, c'est parce que dans un contexte sanitaire pareil, on n'a pas pu savoir si l'Assemblée nationale serait en mesure de siéger et de satisfaire une telle exigence constitutionnelle. Mais même en acceptant un tel argument, nous serions d'avis que dans ce cas-là aussi, des garanties supplémentaires auraient dû être introduites dans le texte. Aujourd'hui, nous savons que ce n'était qu'un risque hypothétique puisque finalement l'Assemblée nationale a pu siéger sans interruption et a pu contrôler les effets des mesures prises par le Gouvernement. Néanmoins, une réflexion devrait être menée, pour trouver des garanties qui pourront, dans des cas pareils, assurer que l'exigence constitutionnelle soit respectée.

C'est dans cette même logique qu'une troisième et dernière question se pose sur la constitutionnalité de la loi d'habilitation. Celle-ci concerne un risque plus général pour les mêmes raisons que celles que nous avons expliquées lors de l'analyse de la deuxième question. Aucune garantie n'a été prévue pour que l'Assemblée

nationale puisse se réunir après une interruption possible de son travail. Juridiquement parlant, elle aurait pu être privée de sa capacité de fonctionnement même jusqu'aux élections prochaines – celles-ci ne pouvant pas être constitutionnellement reportées au-delà des délais définis par la Loi fondamentale. Encore une fois, c'est un argument purement hypothétique, puisque la réalité a démontré que le risque n'était pas réel. Néanmoins, c'était l'argument le plus souvent cité par les opposants à l'adoption de la loi, et il aurait pu être atténué par l'introduction des garanties dans la loi d'habilitation.

Pour cette deuxième et pour cette troisième question, il est intéressant de réfléchir à ce que le législateur, dans des conditions pareilles, peut faire pour satisfaire son obligation constitutionnelle de contrôle postérieur et pour garantir des conditions de réunion dans les meilleurs délais possibles en cas d'interruption des travaux. Si, pour certains auteurs, une garantie solide est assurée par le contrôle juridictionnel, il n'y aurait donc pas vraiment besoin d'en établir d'autres dans l'acte législatif puisque la Cour constitutionnelle peut ordonner au Gouvernement de mettre fin à l'état de danger lorsque les conditions de son usage ne sont plus réunies ; il est néanmoins important que l'Assemblée nationale puisse également répondre à sa mission constitutionnelle. Si au moment de l'adoption de la loi d'habilitation, il avait été difficile de donner une date exacte à laquelle les conditions auraient pu être réunies pour que l'Assemblée puisse siéger, ces conditions d'une manière différée dans le temps auraient pu être mieux déterminées.

Il est évident que le temps restreint, dont disposaient les acteurs devant l'urgence et la gravité de la situation, ne leur a pas permis de mener à bien les réflexions qui auraient pu permettre de dégager des solutions plus sûres sur le plan constitutionnel pour éviter que l'état de danger sanitaire se transforme en un état de danger constitutionnel, où ce n'est pas l'état mais le danger qui serait constitutionnel. Finalement, le Gouvernement, faisant toujours très attention à bien respecter les cinq conditions constitutionnelles à son usage, a pris sa responsabilité, en prenant des mesures, sur le plan professionnel toujours discutables quant à leur efficacité, mais par l'opinion publique, au printemps 2020, largement acceptées et ainsi légitimes, dans le cadre de la constitutionnalité. Des leçons également constitutionnelles peuvent, néanmoins, être tirées de la situation pour voir s'il y a moyen, notamment par des garanties, de mieux s'assurer du respect des cadres institutionnels constitutionnels.