

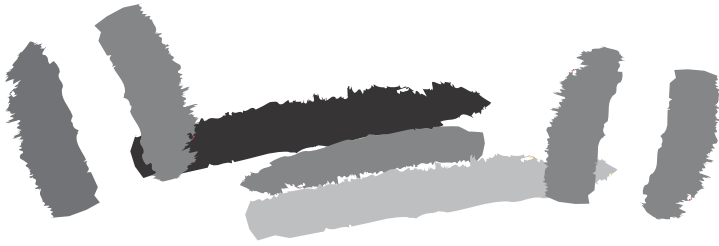
**HOJA  
DE  
RESPETO**



---

Seguridad y Libertad  
Sécurité et Liberté  
Sicherheit und Freiheit





---

**Seguridad y Libertad**

**Securité et Liberté**

**Sicherheit und Freiheit**

**Lima 2017**

---

Editado por / Édité par / Herausgegeben von

María Camacho Zegarra, Denise Fiedler & Carlos González-Palacios

© Centro Internacional de Gobernabilidad, Desarrollo y Seguridad, 2018  
Av. Grau 685 Barranco  
Lima, Perú  
Phone: (+51)964574441 / [info@cigodese.com](mailto:info@cigodese.com)  
[www.cigodese.com](http://www.cigodese.com)

Impreso en el Perú / Printed in Peru  
GHG Publicidad S.A.C  
Calle Daniel A. Carrión 882 Of. 2 – Lima 17  
Primera edición, abril 2018  
300 ejemplares

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
N°ISBN 978-612-47736-0-0

Obra producida por el Fondo Editorial de CIGODESE con el  
financiamiento de la Embajada de Francia en el Perú

Coordinación: María Camacho Zegarra, Denise Fiedler, Carlos González-Palacios

Diseño de portada: Mariela Giraldo Sánchez  
Diseño del logo: Rachel Hébert-Lafontaine / Mariela Giraldo Sánchez

Traducciones: José María Botello Hermosa, Karla Gallardo Hernández,  
Erika Guadarrama Almeida

Todos los derechos reservados / All rights reserved.

Colaboraron para este libro / Ont contribué à cet ouvrage /  
Autoren dieses Werkes

Sonia ALDA

Leonie BORN

Anne-Laure CHAUMETTE

Denise FIEDLER

Martin GERNER

Carlos GONZÁLEZ-PALACIOS

Nicolas KLAUSSER

Malcolm MACLAREN

Philipp OSTENDORFF

Anibal QUIROGA LEÓN

Ronald RIVERA ALFARO

Milko RUIZ ESPINOZA

Marion TISSIER-RAFFIN





## Presentación de la obra

por María CAMACHO ZEGARRA, Denise FIEDLER y  
Carlos GONZÁLEZ-PALACIOS

En calidad de organizadores de este Cuarto Encuentro Académico Peruano-Franco-Alemán, nos complace presentar la mayoría de los trabajos expuestos durante nuestra semana de trabajo que tuvo lugar en agosto del año 2017 en la ciudad de Lima- Perú.<sup>1</sup> Este proyecto Peruano-Franco-Alemán congrega a las Facultades de Derecho de la Technische Universität Dresden (Alemania), a la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de París-Nanterre, a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ESAN y al Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Durante esta cuarta reuniones trinacional se reunieron representantes de la investigación, de la academia, pero también de los negocios, de la seguridad y del cuerpo diplomático aunados por una perspectiva internacional en relación al tema de “la seguridad y la libertad”.

Esta propuesta temática toma su fuente en la actualidad de los fenómenos conocidos actualmente por nuestros tres países, por un lado la actualidad de los temas generados por la migración, pero también por los sucesos relacionados la actividad terrorista y asimismo por el uso del dispositivo constitucional del “Estado de emergencia” tanto en Francia como en el Perú. En este sentido, uno de nuestros objetivos consiste en desarrollar estrategias jurídicas que aborden estos diferentes desafíos enmarcados en la democracia y los principios del Estado de derecho.

Como se ha podido apreciar en nuestras tres precedentes ediciones, este encuentro trinacional reúne a Estados con diferentes tradiciones constitucionales. Sin embargo, todos ellos comparten un compromiso común para con los valores fundamentales del Estado constitucional moderno: el respeto de los Derechos Humanos, de la democracia y del Estado constitucional de derecho. Es por ello que se destaca que tanto los Estados miembros de la Unión Europea como las democracias del continente sudamericano basan sus órdenes políticos en estos preceptos que son aquellos del Estado contemporáneo. Por lo tanto, los profesores participantes de este proyecto universitario trinacional y trilingüe comparten un interés común en desarrollar el conocimiento en estos campos que mejoren la institucionalidad.

Por ese motivo, el formato es el de un foro de diálogo abierto a todos, eso significa que existe un intercambio académico entre juristas (científicos, profesionales, diplomáticos y estudiantes), pero también entre especialistas del derecho y ciudadanos interesados en los temas precitados. Todo ello acompañado de una traducción simultánea lo cual permite que cada persona pueda expresarse en su idioma de origen sin verse limitado por no entender o hablar el idioma del otro.

Nuestro interés consiste en que este espacio proporcione un marco para efectuar un examen crítico hacia los conceptos básicos de nuestras instituciones, más allá de las fronteras nacionales. Como hemos señalado, este año nos hemos enfocado en trabajar los

1 El lector podrá encontrar más información sobre el proyecto en nuestro espacio virtual <http://run.u-paris10.fr>.

conceptos de "libertad" y "seguridad" en vista que requieren de una reflexión comparada para poder ser mejor entendidos dentro de su multidimensionalidad. Por ello hemos decidido yuxtaponer una variedad de experiencias, incluyendo a diferentes profesionales, para explorar y comparar de mejor manera las posibilidades de mejora introducidas en las discusiones. En ese sentido el tema principal plantea una pregunta fundamental que sería la siguiente: qué medidas institucionales y prácticas se pueden poner en marcha para lograr el equilibrio indispensable pero sensible entre libertad y seguridad, y si estas son concebibles o factibles

Con el fin de garantizar la calidad científica del proyecto y ser capaz de discutir ampliamente las diversas facetas y perspectivas del tema general, las conferencias se desagregaron en subtemas. Estos subtemas tuvieron relación con los desafíos actuales de nuestras democracias y por ende fueron tratados desde la perspectiva jurídico-política y desde la doctrina del derecho. En tal sentido nos preguntaron, por ejemplo, cómo justificar, definir y regular el Estado de emergencia; qué estrategias legales nacionales e internacionales existen para combatir el terrorismo; o ¿Cómo pueden garantizarse condiciones dignas en los centros de acogida de migrantes a pesar de los grandes flujos migratorios?

Como fruto de nuestros inspiradores intercambios en Lima 2017 podemos concluir en avances interesantes para la reflexión académica y el intercambio internacional. El éxito de esta reunión, que ha tenido lugar desde 2013, iniciado por el Profesor Dr. Otmar Seul, el Profesor Dr. Thilo Rensmann, el Dr. Manuel Tirard y los editores, no es solo una expresión de la tradicional amistad franco-alemana y de la amistad con el Perú, es además una demostración tangible de que existe una voluntad de cooperación en campos académicos y científicos en ciencias jurídicas y sociales. En este esfuerzo, por supuesto muchos han contribuido a la realización de este proyecto, ya sea como conferencistas, coorganizadores o en otras funciones de gestión:

- En primer lugar, debemos brindar un agradecimiento especial a los anfitriones y amigos de la Universidad ESAN y del CAEN. Ellos nos ayudaron a tener una excelente plataforma para analizar los problemas relacionados con la "libertad y seguridad" desde un punto de vista peruano, francés y alemán.
- Un gran agradecimiento también a las universidades europeas, que nos han brindado un apoyo importante a través de sus diversas instituciones. Mención especial merecen los laboratorios de investigación CTAD, CREDOF, CEDIN, la Escuela de Doctoral en Derecho de la Universidad de París-Nanterre, la Facultad de Derecho de la Technische Universität Dresden, en particular el Profesor Dr. Ulrich Fastenrath bajo cuyo liderazgo tuvo lugar el proyecto, el PD Dr. Malcolm MacLaren y la Sra. Leonie Born, así como la Sociedad de Amigos y Partidarios de la Gesellschaft von Freunden und Förderern der TU Dresden e.V.
- Asimismo, el compromiso de la Universidad Franco-Alemana (UFA/DFH) y las embajadas de Francia y de Alemania en el Perú debe ser enfatizado una vez más. Sin su apoyo financiero en particular, un proyecto tan innovador y exigente como la universidad trinacional no sería posible.

Finalmente, vale recalcar que con el acuerdo de cooperación entre la Technische Universität Dresden y la Universidad de ESAN, firmado en la universidad este año, nuestro proyecto ha adquirido una nueva forma más consolidada hacia el futuro. Las relaciones institucionales entre las universidades se están profundizando y ampliando.

---

Por ello, esperamos continuar este proceso de cooperación académica sostenible en una próxima edición que será el “Quinto Encuentro Académico peruano-Franco-Alemán” que tendrá lugar en el año 2019 en Lima sobre el tema del "bien común".

Dresden, Nanterre y Lima, abril del 2018



# Présentation de l'ouvrage

par María CAMACHO ZEGARRA, Denise FIEDLER et  
Carlos GONZÁLEZ-PALACIOS

En qualité d'organiseurs de cette Quatrième rencontre académique franco-germano-péruvienne, nous sommes heureux de présenter la plupart des documents exposés au cours de notre semaine de travail qui a eu lieu au mois d'août 2017 à Lima (Pérou).<sup>1</sup> Cette année ont été convoqués la Faculté de droit de la Technische Universität Dresden (Allemagne), la Faculté de droit et de science politique de l'université Paris-Nanterre, la Faculté des sciences juridiques et sociales de l'université ESAN et le Centre de hautes études nationales du Pérou. Ainsi, des juristes et chercheurs d'État européens se sont réunis avec ses pairs d'universités péruviennes, mais aussi avec des représentants du monde de l'entreprise, ou avec des spécialistes en thèmes de sécurité nationale, ou encore avec des membres du corps diplomatique, unis autour de la question de la « sécurité » et de la « liberté ».

La rencontre de ces deux notions forme un thème qui est intéressant par son actualité. En effet, plusieurs phénomènes connus actuellement par nos trois pays, génèrent des controverses : par exemple la question de l'immigration ; les activités terroristes ; ou encore l'utilisation du dispositif constitutionnel d'État d'urgence en France et au Pérou. En ce sens, l'un de nos objectifs a consisté à développer des stratégies juridiques qui répondent aux thématiques précitées, encadrées par la démocratie et par les principes de la primauté du droit.

Comme ce fut le cas dans nos trois éditions précédentes, cette rencontre trinationale a réuni des États ayant des traditions constitutionnelles différentes. Néanmoins, tous les trois partagent un engagement commun aux valeurs fondamentales de l'État constitutionnel moderne : le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit constitutionnel. C'est pour cette raison que l'on souligne que les États membres de l'Union européenne et les démocraties du continent sud-américain fondent leurs ordres politiques dans ces préceptes, qui sont ceux des États contemporains. Par conséquent, les professeurs participant à ce projet universitaire tri-national et trilingue partagent un intérêt commun à développer des connaissances dans ces domaines qui ont vocation à apporter des améliorations au cadre institutionnel.

Pour cette raison, le format de ce forum est ouvert à la participation de tous, cela signifie qu'il existe un échange académique entre universitaires (scientifiques, professionnels, diplomates et étudiants), mais aussi entre les spécialistes du droit et des citoyens intéressés par les sujets mentionnés ci-dessus. Ce qui s'accompagne, bien entendu, d'une traduction simultanée qui permet à chacun de s'exprimer dans sa langue d'origine sans être limité pour comprendre ou parler la langue de l'autre.

---

1 Vous trouverez plus d'information sur ce projet dans notre espace <http://run.u-paris10.fr>.

Notre préoccupation est que cet espace puisse offrir un cadre pour procéder à un examen critique de nos institutions, au-delà des frontières nationales. Comme nous l'avons déjà signalé, cette année, notre travail a mis l'accent sur des notions clés qui nécessitent une réflexion comparée et pluridisciplinaire afin d'être mieux comprises dans sa multidimensionnalité. C'est pour cette raison que nous avons décidé de juxtaposer une variété d'expériences, y compris celles des praticiens de la sécurité et du droit afin d'explorer et de comparer les meilleures possibilités d'amélioration au cours de nos échanges. À cet égard, la question fondamentale et transversale qui s'est posée est la suivante : quelles mesures institutionnelles et pratiques peuvent être mises en place pour atteindre l'équilibre essentiel mais raisonnable entre la liberté et la sécurité ; et si celles-ci sont envisageables ou réalisables

Afin d'assurer la qualité scientifique du projet et être en mesure de discuter en profondeur les différentes facettes et perspectives du thème général, les conférences ont été réparties en sous-thèmes. En lien avec les défis actuels de nos démocraties, ces sous-thèmes ont été traités sous un angle d'approche juridico-politique assez encadré par la doctrine du droit. À cet égard, nous sommes demandé, par exemple, comment justifier, définir et réglementer l'État d'urgence ; quelles stratégies juridiques nationales et internationales existent pour lutter contre le terrorisme ; o comment garantir des conditions décentes pour les centres d'accueil des migrants malgré les importants flux migratoires ?

À la suite de ces échanges de Lima, nous pouvons conclure à des développements intéressants pour la réflexion académique, mais aussi pour la coopération universitaire internationale. En effet, le succès de ce projet, qui a eu lieu depuis 2013, fondé par le Pr. Dr. Otmar Seul, le Pr. Dr. Thilo Rensmann, le Dr. Manuel Tirard et les éditeurs, est non seulement une expression de la traditionnelle amitié franco-allemande prolongée envers le Pérou, c'est également une preuve tangible qu'il existe une volonté de coopérer dans les domaines universitaires et scientifiques. Dans cet effort, beaucoup ont contribué à la réalisation de ce projet, que ce soit en tant que conférenciers, co-organisateurs, soutiens ou dans les fonctions de gestion :

- Tout d'abord, nous devons remercier tout particulièrement les hôtes et amis de l'Université ESAN et du CAEN. Ils nous ont aidés à avoir une excellente plateforme pour analyser les problèmes liés à « la liberté et la sécurité » du point de vue péruvien, français et allemand.
- Un grand merci également aux universités européennes, qui nous ont apporté un soutien important à travers leurs différents laboratoires de recherche. Une mention spéciale en ce sens au CTAD, au CREDOF, et au CEDIN, à l'École doctorale de droit et science politique de l'Université de Paris-Nanterre, à la Faculté de droit de la Technische Universität Dresden, où siège le Pr. Dr. Ulrich Fastenrath, sous la direction duquel a eu lieu ce projet, au PD Dr. Malcolm MacLaren et à Mme Léonie Born, ainsi qu'à la Gesellschaft von Freunden und Förderern der TU Dresden e.V.
- En outre, il faut remercier tout particulièrement l'engagement de l'Université franco-allemande (UFA / DFH) et celui des ambassades de France et d'Allemagne

au Pérou. Sans leur soutien institutionnel et financier en particulier, un projet aussi innovant et exigeant comme celui de cette université trinationale ne serait pas possible.

Il faut enfin souligner que la récente signature d'un accord de coopération entre la Technische Universität Dresden et l'Université ESAN, donne un nouvel élan à notre projet et le consolide dans l'avenir. Voici un exemple de comment les relations institutionnelles entre les universités s'approfondissent et s'élargissent de manière véritable et durable. Par conséquent, nous espérons poursuivre ce processus de coopération académique lors d'une prochaine édition sera la « Cinquième rencontre académique franco-germano-péruvienne » qui se tiendra à Lima en 2019 sous le thème du « bien commun ».

Dresden, Nanterre et Lima, avril 2018





# Vorwort

Von María CAMACHO ZEGARRA, Denise FIEDLER und  
Carlos GONZÁLEZ-PALACIOS

Als Organisatoren der Deutsch-Französisch-Peruanischen Universität freuen wir uns, mit dem vorliegenden Tagungsband den Großteil der Beiträge vorstellen zu können, die während der trinationalen Universität im August 2017 in Lima präsentiert wurden. Die Deutsch-Französisch-Peruanische Universität vereint die Juristischen Fakultäten der Technischen Universität Dresden, der Universität Paris Ouest Nanterre La Défense, der Universität ESAN und das Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Beim nunmehr vierten trinationalen Treffen beleuchteten Vertreter aus Forschung, Lehre, Wirtschaft und des diplomatischen Korps aus trinationaler Sicht das Verhältnis von „Sicherheit und Freiheit“ – ein Thema, wie es angesichts von Migration und etlichen Terroranschlägen sowie der Erklärung des Notstandes in Frankreich aktueller nicht sein könnte. Ziel war es unter anderem, juristische Strategien zur Bewältigung dieser vielfältigen Herausforderungen für Demokratie und Rechtsstaat zu entwickeln.

Die trinationale Universität bringt Staaten mit unterschiedlichen Verfassungstraditionen zusammen. Diese sind geeint durch das gemeinsame Bekenntnis zu den Grundwerten des modernen Verfassungsstaates: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Sowohl die Mitgliedstaaten der Europäischen Union als auch die Demokratien auf dem südamerikanischen Kontinent gründen ihre politischen Ordnungen auf dieses Fundament. Die Vortragenden der trinationalen Universität verbindet daher ein gemeinsames Erkenntnisinteresse. Im Format eines offenen Dialogforums findet ein akademischer Austausch zwischen Juristen (Wissenschaftlern, Praktikern, Diplomaten und Studierenden) sowie interessierten Bürgern aus den verschiedenen Ländern statt.

Die trinationale – und trilinguale – Universität schafft einen Rahmen für eine kritische Auseinandersetzung mit grundlegenden, über die nationalen Grenzen hinausgehenden Konzepten. Die diesjährigen titelgebenden Konzepte „Freiheit“ und „Sicherheit“ bedürfen einer Reflexion, damit sie in ihrer Multidimensionalität besser verstanden werden können. In dem besonderen Format der trinationalen Universität werden vielfältige Erfahrungen einander gegenübergestellt, rechtliche Möglichkeiten ausgelotet und rechtsvergleichende Positionen in die Diskussionen eingeführt. Das Hauptthema wirft v.a. eine Frage auf: welche institutionellen und praktischen Maßnahmen für das unerlässliche, aber empfindliche Gleichgewicht zwischen Freiheit und Sicherheit sind denkbar bzw. realisierbar?

Um die wissenschaftliche Qualität des Projektes zu gewährleisten und die vielfältigen Facetten und Perspektiven des Generalthemas umfassend erörtern zu können,

wurden die Vorträge in Unterthemen aufgegliedert. Diese Unterthemen bezogen sich auf aktuelle Herausforderungen und wurden aus der Sicht der Rechtspolitik sowie Rechtsdogmatik behandelt. Sie fragten zum Beispiel, wie ist der Zustand des Notstandes im Staat zu rechtfertigen, zu definieren und zu regeln; welche nationalen und internationalen juristischen Strategien gibt es, um den Terrorismus zu bekämpfen; wie können trotz großer Migrationsbewegungen menschenwürdige Bedingungen in den Aufnahmeeinrichtungen garantiert werden?

In unseren inspirierenden Diskussionen in Lima 2017 konnten wir auf bewährte Bausteine zurückgreifen. Der Erfolg dieser seit dem Jahr 2013 stattfindenden und von Herrn Professor Dr. Otmar Seul, Herrn Professor Dr. Thilo Rensmann, Herrn Dr. Manuel Tirard sowie den Herausgebern begründeten Treffen ist nicht zuletzt Ausdruck der deutsch-französischen Partnerschaft und der peruanischen Freundschaft und Kompetenz. Zu diesen Treffen haben viele viel beigetragen, sei es als Referenten, Mitorganisatoren oder in sonstigen Leitungsfunktionen:

- Erstens gilt ein ganz besonderer Dank den Gastgebern und Freunden des CAEN und der Universität ESAN. Hier hatten wir eine hervorragende Plattform, um über die Anliegen, die im Zusammenhang mit „Freiheit und Sicherheit“ stehen, aus peruanischer, französischer und deutscher Sicht zu diskutieren.
- Ein herzliches Dankeschön gebührt auch unseren Universitäten, die uns durch ihre verschiedenen Einrichtungen wichtige Unterstützung gegeben haben. Besondere Erwähnung verdienen die CREDOF, die CEDIN, die École Doctorale de l'Université Paris Ouest Nanterre, die Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden, insbesondere Herr Professor Dr. Ulrich Fastenrath unter dessen Federführung das Projekt stattfand, Herr PD Dr. Malcolm MacLaren und Frau Leonie Born sowie die Gesellschaft von Freunden und Förderern der TU Dresden e.V..
- An dieser Stelle muss erneut das Engagement der Deutsch-Französischen Hochschule (DFH) sowie der französischen und deutschen Botschaften in Peru hervorgehoben werden. Ohne ihre insbesondere auch finanzielle Unterstützung wäre so ein innovatives und anspruchsvolles Projekt wie die trinationale Universität nicht zu verwirklichen.

Mit der im Rahmen der diesjährigen Universität unterzeichneten Kooperationsvereinbarung zwischen der Technischen Universität Dresden und der Universität ESAN nimmt das Projekt eine neue Gestalt für die Zukunft an. Die institutionellen Beziehungen zwischen den Universitäten werden vertieft und erweitert. Wir freuen uns auf eine weiterhin gewinnbringende Zusammenarbeit und die fünfte trinationale Universität, die für das Jahr 2019 in Lima zum Thema „Gemeinschaftsgüter“ geplant ist.

Dresden, Nanterre und Lima, im April 2018

## Indice / Index / Inhalt

### I. Implicancias jurídicas del estado de emergencia / Implications juridiques de l'état d'urgence/ Rechtliche Auswirkungen des Ausnahmezustandes

**Aníbal Quiroga León** (Pontificia Universidad Católica del Perú)-

La declaración de estado de emergencia en la Constitución Peruana 25

La déclaration d'état d'urgence dans la Constitution péruvienne 31

Die Erklärung des Ausnahmezustandes in der peruanischen Verfassung 31

**Denise Fiedler** (Technische Universität Dresden)-

Das Notstandsrecht aus deutscher Sicht 33

El estado de emergencia desde el punto de vista alemán 40

L'état d'urgence depuis le point de vue allemand 41

**Nicolas Klausser** (Université Paris-Nanterre)-

Les abus de l'état d'urgence en France et leur contrôle juridictionnel : l'exemple des manifestants et des menaces subjectives 43

Los abusos del Estado de emergencia en Francia y su control jurisdiccional: el ejemplo de los manifestantes y las amenazas subjetivas 51

Der Missbrauch des Ausnahmezustandes in Frankreich und seine Kontrolle durch die Gerichtsbarkeit: am Beispiel von Demonstranten und subjektiven Bedrohungen 51

## II. Fronteras, seguridad y migraciones / Fontières, sécurité et migrations / Grenzen, Sicherheit und Migrationen

<b>Malcolm MacLaren</b> (Technische Universität Dresden)-	
Migration und Sicherheit: Für wen, vor was?	55
Migración y seguridad: ¿para quién y contra qué?	61
Migration et sécurité : pour qui et contre qui ?	61

<b>Leonie Born</b> (Technische Universität Dresden)-	
Das Dublin-System als Herausforderung für die Rechte von Geflüchteten	63
El sistema de Dublin: un desafío para los derechos de los refugiados	75
Le système de Dublin : un défi pour les droits des réfugiés	76

## III. El terrorismo, una amenaza cambiante / Le terrorisme, une menace changeante / Terrorismus, eine sich verändernde Bedrohung

<b>Anne-Laure Chaumette</b> (Université Paris-Nanterre)-	
Les problèmes de qualification du terrorisme international	79
Los problemas de calificación de terrorismo en derecho internacional	88
Die Probleme der Qualifikation des Terrorismus im Völkerrecht	88

<b>Milko Ruiz Espinoza</b> (Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Terrorismo)-	
Estrategias jurídicas del Estado peruano para luchar contra el delito de terrorismo	89

Stratégies juridiques de l'État péruvien pour lutter contre le délit de terrorisme	98
Juristische Strategien des peruanischen Staates im Kampf gegen das Verbrechen des Terrorismus	98

**Marion Raffin-Tissier** (Université Paris-Nanterre)-

Le terrorisme et le droit des réfugiés	101
El terrorismo y el derecho de los refugiados	113
Terrorismus und das Recht von Flüchtlingen	124

**IV. Problemáticas de seguridad en derecho internacional /  
Problématiques de sécurité en droit international /  
Sicherheitsfragen im Völkerrecht**

**Martin Gerner** (Technische Universität Dresden)-

Bergungsorte (safe haven) - Asylgewähr für gefährdetes Kulturerbe	127
Los depósitos de bienes culturales y la protección internacional del patrimonio en peligro	144
Lieux de refuge de biens culturels (safe haven) - une protection internationale du patrimoine en danger	144

**Ronald Rivera Alfaro** (Universidad Nacional de Costa Rica)-

El imperativo de las armas: Imaginarios sociales en América Latina	145
L'impératif des armes : imaginaires sociaux en Amérique latine	155
Der Imperativ der Waffen: Soziale Imaginäre in Lateinamerika	155

## V. Lucha contra la corrupción / Lutte contre la corruption / Bekämpfung der Korruption

<b>Malcolm MacLaren</b> (Technische Universität Dresden)- Die Korruption im Bundestag als „a tragedy of the commons“: Lobbyismus und deutsche Abgeordnete	157
La corrupción en el Bundestag, "una tragedia del bien común": el lobbismo y los diputados alemanes	163
La corruption au Bundestag, "une tragédie des biens communs" : le lobbying et les députés allemands	163
<b>Philipp Ostendorff</b> (Technische Universität Dresden)- Die Grauzone zwischen Lobbyismus und Korruption	165
La zona intermedia entre el lobby y la corrupción	173
La zone d'ombre entre lobbyisme et corruption	174
<b>Sonia Alda Mejías</b> (Real Instituto Elcano, España) & Carlos Gonzalez-Palacios (Universidad ESAN, Université Paris-Nanterre)- La corrupción como elemento de origen para el crimen organizado	175
La corruption comme élément d'origine pour le crime organisé	179
Korruption als Herkunftselement der organisierten Kriminalität	179

# I

**Implicancias jurídicas del estado de emergencia /  
Implications juridiques de l'état d'urgence/  
Rechtliche Auswirkungen des Ausnahmezustandes**





# EL ESTADO DE EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

ANIBAL QUIROGA LEÓN

El Capítulo VII de la Constitución contempla los llamados Regímenes de Excepción, los cuales son, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del Art. 137°, los estados de emergencia y de sitio. Estas declaraciones, consideradas por la clásica doctrina como *political questions* (actos políticos), son dadas por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, dando cuenta al Congreso de la República o a su Comisión Permanente.

De estos dos regímenes, la sociedad peruana está más familiarizada con el llamado *estado de emergencia*. Tal es así que en los últimos años se ha utilizado con regularidad en diversas extensiones del territorio nacional, específicamente en la Provincia Constitucional del Callao durante los años 2015 y 2016, y la más reciente, debido a la crisis del Niño Costero durante el verano del presente año. En ambos casos, el Presidente de la República declaró estado de emergencia por distintas pero graves situaciones que afectaban a la población local (dícese del alto índice de criminalidad y un desastre natural, respectivamente), ello en virtud del Art. 137° Inc. 1 de la Constitución, que posibilita la *limitación o suspensión* temporal de ciertos derechos fundamentales de la población. Ello nos lleva a plantearnos las siguientes interrogantes ¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre estos regímenes? ¿En qué medida pueden suspenderse estos derechos fundamentales? ¿Cuáles son los mecanismos de control de estos actos?

I. La jurisprudencia recogida del Tribunal Constitucional, así como la doctrina, se han encargado de estudiar y desarrollar su definición, las diferencias entre ambos regímenes, así como sus elementos fundamentales y los conceptos que son los que desarrollaremos brevemente en esta Ponencia.

## II. DEFINICIÓN

Como ya hemos mencionado anteriormente, la Constitución Política del Perú recoge y desarrolla el estado de emergencia y el estado de sitio. Estas dos figuras comprenden el Capítulo VII - *Regímenes de Excepción*, en el Art. 137°, en sus dos únicos numerales. En este trabajo nos referiremos únicamente a la primera, la que se encuentra recogida en el Inc. 1 del artículo en mención y expresa lo siguiente:

*"Art.137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinando, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contempla.*

1. *Estado de emergencia en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esa eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.*

*El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. (...)*"

El primer párrafo nos ofrece un acercamiento a la figura, señalando que la misma es decretada por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros, siendo una potestad única del Poder Ejecutivo, de la cual debe darse cuenta al Congreso o a su Comisión Permanente. Desde aquí podemos advertir su naturaleza de acto político, en tanto suele definirse a este tipo de actos como aquella decisión del Poder Ejecutivo o Legislativo relacionada expresa y directamente con la dirección política del Estado<sup>1</sup>. Además esta primera parte señala el alcance territorial de la declaración, que puede abarcar la totalidad del territorio nacional o focalizarse en parte del mismo, dependiendo de la situación.

El Núm. 1 del presente artículo contempla el *estado de emergencia*, especificando las situaciones en las que se puede decretar:

- i) Perturbación de la paz o del orden interno; y,
- ii) Las catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de la nación.

El concepto de orden interno puede encontrarse en tres distintos artículos de la Constitución (Arts. 118°.4, 137°.1 y 166°), no tiene una definición única y es susceptible de ser confundida con términos como seguridad pública y seguridad ciudadana. El Tribunal Constitucional<sup>2</sup> considera que el orden interno es sinónimo de orden policial "(...) *ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía (...)*", cumpliendo, asimismo, tres aspectos relevantes: i) seguridad ciudadana, ii) estabilidad de la organización política y iii) el resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales<sup>3</sup>.

En cuanto a la doctrina, Chang Kcomt parafrasea una definición brindada por el Dr. Marcial Rubio (con la cual coincide el Dr. Yépes Dávalos), quien considera el orden interno como "(...) *un concepto político social, referido no solo a una situación*

1 GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima: Edit. ADRUS S.R.L., 3ª ed., 2010, P.570.

2 STC Nº 0017-2003-AI/TC.

3 Ídem.

*interna de paz y posibilidad de progreso para todos los ciudadanos, sino también a una sociedad en la que se cumplen el orden jurídico y la organización democrática con un espíritu de justicia y equidad (...)*" la cual cumple también tres aspectos: i) el cumplimiento del orden jurídico, ii) la organización democrática y, iii) la vigencia de la justicia y de la equidad<sup>4</sup>.

Respecto al concepto de *catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación*, se trata de uno sorprendentemente amplio, toda vez que no se especifica si este puede tratarse de un hecho producto de fuerza mayor, como los típicos desastres naturales (terremotos, maremotos, aluviones, granizadas, inundación, etc.), o una circunstancia producida por el hombre, como pueden ser desastres ambientales (derrames petroleros, rebalses de piscinas de relaves, etc.), o crisis económicas, entre otras. Tal es la amplitud del concepto, que el propio Tribunal Constitucional señala que, de forma complementaria, se requiere el desarrollo legal de *"los conceptos de perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación para establecer los casos y situaciones que ameritan la declaratoria del estado de emergencia."*<sup>5</sup>.

Del mismo modo, el alcance territorial de estas medidas puede ser total (aplicado a todo el territorio nacional) o focalizado (parte de una región específica), el cual queda a discreción de la autoridad responsable, al igual que la potestad de prorrogar la duración de la misma, la cual puede extenderse más allá de los sesenta (60) días contemplados por la Constitución.

**III.** Ahora bien, no se trata de restringir la totalidad de los derechos fundamentales de la población que se encuentre afectada por el estado de emergencia. Del Art. 137° se desprende claramente que los derechos limitados por el estado de emergencia son únicamente aquellos relativos a la *libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio*. De forma complementaria, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del Art. 200° de la Constitución, estableciendo que el ejercicio de las garantías constitucionales de Hábeas Corpus y Acción de Amparo no pueden suspenderse durante la vigencia de los regímenes de excepción.

#### IV. DIFERENCIAS CON EL ESTADO DE SITIO

El estado de sitio se encuentra regulado en el Art. 137° Núm. 2, que señala lo siguiente: *"Art.137.- (...) 2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne en pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso."*

4 CHANG KCOMT, Romy Alexandra (2010) Análisis Comparado del Tratamiento que se da a la Detención Ciudadana en Perú-España: Especial Referencia a los Serenos Municipales y a los agentes de Seguridad. Recuperado de: [http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct18\\_analisis\\_comparativo.pdf](http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct18_analisis_comparativo.pdf)

5 STCN° 00002-2008-PI/TC.

La principal diferencia entre ambas figuras que componen los estados de excepción radica en las causales que conllevan a su declaración. El *estado de emergencia*, como ya se ha mencionado, se da en caso de perturbación a la paz, al orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, mientras que el estado de sitio es aquella figura que se aplica *en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente*. En ambas situaciones existe, claramente, una situación que pone en peligro o en un alto riesgo el bienestar de la población, sin embargo, en el estado de sitio se contempla los casos en que estas amenazas tienen origen netamente bélico, contemplando las amenazas tanto internas como externas.

La segunda diferencia está en la limitación de los derechos fundamentales. En el estado de emergencia, la limitación se da de forma taxativa, es decir, únicamente puede limitarse o suspenderse el libre ejercicio de los derechos mencionados en el Núm. 1 del Art. 137°, dícese de los Inc. 9, 11 y 12 del Art. 2° y el Inc. 24, apartado f del mismo artículo de la Carta Magna; mientras que, en el estado de sitio, deberán mencionarse cuales son los derechos que no quedan restringidos o suspendidos, en pos de la mayor gravedad de la situación que se enfrenta.

V. Finalmente, la participación del Congreso de la República es en mayor grado en el caso del estado de sitio, toda vez que este organismo se reúne de pleno derecho al momento de declararse este régimen de excepción; asimismo, es el encargado, y no el Presidente de la República, de otorgar la prórroga.

## VI. CONCEPTOS GENERALES

Pero ¿Cuáles son los límites del estado de emergencia? Bernalles, respecto al régimen de excepción en general, considera que se trata de un poder controlado, que se desarrolla en el marco de una racionalidad jurídica y entre cuyos principales aspectos doctrinarios figuran: i) Respeto a la independencia y a la separación de los poderes constitucionalmente establecidos, ii) las atribuciones extraordinarias deben ejercerse según el principio de legalidad, iii) imposibilidad de reformar la Constitución, iv) existencia de un peligro inminente o de una grave circunstancia política, social, de catástrofe natural o de guerra interna o externa, v) carácter temporal y transitorio de las medidas y las circunstancias graves que las motivan, vi) la finalidad suprema de las medidas excepcionales debe ser la defensa de los derechos humanos, aun cuando esto no suponga su suspensión o restricción temporal, vii) aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas decretadas, viii) la potestad estatal para conjurar la crisis es de naturaleza subsidiaria, ya que sólo opera cuando las acciones ordinarias para conjurar la crisis son insuficientes, ix) vigencia plena y efectiva de la Constitución Política del Perú<sup>6</sup>.

De ello podemos colegir que, por más que la situación o crisis a enfrentarse sea desesperada o grave y se hace necesaria la aplicación del Art. 137 de la Constitución en pos de aplicar medidas ineludibles para su solución, estas no deben afectar la

6 BERNALLES, Enrique (1997) La Constitución de 1993: Análisis Comparado.



organización del Estado, el ejercicio del resto de derechos de la población o resultar siendo excesivas respecto a la restricción de los derechos limitados.

Del mismo modo, al momento decretar las restricciones de los derechos comprendidos en el Núm. 1 del Art. 137° de la Constitución, estas no pueden ser de forma absoluta, sino, que deben obedecer a principios sumamente importantes, como son el de razonabilidad y proporcionalidad. Estos principios aparecen mencionados en el último párrafo del Art. 200° de la Carta Magna:

***"Art. 200°.- Son garantías constitucionales: (...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. (...)"***

Estos principios han sido contemplados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia<sup>7</sup>, donde se pronuncia respecto a la vulneración al derecho de libre tránsito y transporte, aclara que en el contexto de los regímenes de excepción, *"(...) cabe naturalmente precisar que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para lo cual ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad."*

La Defensoría del Pueblo, de otro lado, también se ha pronunciado respecto al contenido de estos principios en su *Directiva para la Intervención Defensorial durante la vigencia de un Estado de Emergencia*, aprobado por Resolución Defensorial N° 020-2003/DP de 31 de mayo 2003; en ella, se toma en consideración que *"(...) El estado de emergencia sólo autoriza a la autoridad competente a restringir los derechos a que se refiere el objeto de la declaratoria del régimen de excepción, en aquellos casos que se justifique en función de los motivos de dicha declaración. En esta materia deben aplicarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad a los que se refiere el artículo 200° (párrafo final) de la Constitución para determinar la validez de los actos que restringen los derechos afectados por la declaratoria de emergencia."*

El Tribunal Constitucional<sup>8</sup> en su jurisprudencia hace mención de estos principios con regularidad, definiendo la razonabilidad como *"(...) un estándar de control de una acción que (...) Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido."* Por su parte Bernal, en referencia a este principio en el marco del estado de emergencia, supone que el juez debe examinar la plena concordancia y armonía entre los actos restrictivos

7 Exp. N° 0349-2004-AA/TC.

8 Exp. N° 06712-2015-HC

de los derechos fundamentales que el justiciable reclama como injustos, con los valores supremos que la Constitución consagra<sup>9</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto al principio de proporcionalidad, señalando que *"a través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada."* Un concepto similar también maneja Bernaldes, quien establece que la proporcionalidad *implica una correspondencia de causa a efecto entre las circunstancias que han llevado a decretar el estado de emergencia y los motivos por los que el justiciable ha visto restringido sus derechos constitucionales*<sup>10</sup>.

Así, ateniéndonos a lo señalado anteriormente, tenemos que la restricción y limitación en el ejercicio de los derechos señalados no será absoluto, sino que obedece a dos principios que obligan al Ejecutivo a pensar en un cuánto y cómo debe restringirse un derecho dentro del contexto de un estado de emergencia, de forma tal que no se limite en exceso el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y evitar un abuso del poder por parte de las autoridades.

**VII.** El contexto es, en este caso, importante para decidir cuáles y en qué medida se pueden restringir los derechos fundamentales, es decir, pueden suspendidos o limitados. Un ejemplo ilustrativo es el estado de emergencia declarado por un desastre natural, como era el caso del Decreto Supremo N° 011-2017-PCM, el cual *"(...) declara el Estado de Emergencia en los Departamentos de Tumbes, Piura y Lambayeque, por desastre a consecuencia de lluvias"*, dicha norma no contempló la limitación o suspensión de derechos constitucionales dado que la situación no lo ameritaba; a diferencia del estado de emergencia por perturbación del orden público, como fue el caso del Decreto Supremo N° 083-2015-PCM, mediante el cual se declara en estado de emergencia a la Provincia Constitucional del Callao, en el cual se determinó la suspensión de los derechos constitucionales comprendidos en los Incs. 9 y 24, apartado f, del Art. 2°, sin perjuicio de los Incs. 11 y 12.

## VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Podemos concluir que el estado de emergencia es una de las dos formas que se contempla el Capítulo VII de la Constitución dentro del denominado Régimen de Excepción, la otra es el estado de sitio. La similitud de ambos radica en su forma de declaración, la cual recae exclusivamente sobre el Poder Ejecutivo, aunque dando cuenta al Congreso, y se diferencian respecto a sus causas, siendo el detonante del estado de emergencia la perturbación de la paz o el orden interno, las catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, lo cual da a lugar a una eventual

9 BERNALES, Enrique (1997) La Constitución de 1993: Análisis Comparado.

10 BERNALES, Enrique (1997) op. Cit.

suspensión o limitación de los derechos constitucionales estipulados en los Incs. 9, 11, 12 y 24 apartado f del Art. 2° de la Constitución; mientras que en el caso del estado de sitio, este es declarado en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o la inminencia que se produzcan, quedando la suspensión de derechos a discreción del Ejecutivo.

Finalmente, si bien las causas del estado de emergencia no tienen una definición clara, la suspensión o restricción de los derechos fundamentales en estos casos conllevan ser evaluadas mediante los principios de proporcionalidad y razonabilidad para evitar una suspensión o limitación innecesaria o grave de los derechos fundamentales en situaciones que no lo ameriten, de no ser así se podrá recurrir ante el Poder Judicial e interponer un Hábeas Corpus o Acción de Amparo para la tutela de los derechos vulnerados o amenazados.

\*\*\*

## LA DÉCLARATION D'ÉTAT D'URGENCE DANS LA CONSTITUCION PÉRUVIENNE

Le chapitre VII de la Constitution péruvienne prévoit les régimes d'exception qui sont, selon les paragraphes 1 et 2 de l'article 137, l'état d'urgence et l'état de siège. Ces déclarations, considérées par la doctrine classique comme des prérogatives politiques, sont établies par le Président de la République avec l'accord du Conseil des Ministres, qui communique au Congrès de la République ou à sa Commission Permanente. De ces deux régimes d'exception, la société péruvienne connaît mieux l'état d'urgence. Ces dernières années il a été utilisé régulièrement dans diverses zones géographiques du territoire national, en particulier dans la province de Callao au cours des années 2015 et 2016, et le plus récemment, en raison des catastrophes naturelles à la suite du phénomène " el niño ". Dans les deux cas, le Président de la République a déclaré l'état d'urgence pour des situations différentes mais graves affectant la population locale (soit à cause d'un taux élevé de criminalité ; soit à cause d'une catastrophe naturelle), conformément à l'article 137, paragraphe 1er de la Constitution. Cela permet la limitation ou la suspension temporaire de certains droits fondamentaux de la population. Cela nous amène à poser les questions suivantes : Quelles sont les différences substantielles entre ces deux régimes ? Dans quelle mesure ces droits fondamentaux peuvent-ils être suspendus ? Quels sont les mécanismes de contrôle de ces actes ? La jurisprudence recueillie par le Tribunal constitutionnel péruvien, ainsi que la doctrine, a été chargée d'étudier et de développer sa définition, les différences entre les deux régimes, ainsi que ses éléments fondamentaux et les concepts que nous développerons brièvement dans ce rapport.

\*\*\*

## DIE ERKLÄRUNG DES AUSNAHMEZUSTANDES IN DER PERUANISCHEN VERFASSUNG

Kapitel VII der Peruanischen Verfassung regelt das sogenannte „Ausnahme-Regime“, das nach den Nummern 1 und 2 des Art. 137 ° den Ausnahmezustand und den Belagerungszustand unterscheidet. Die Erklärung dieser Ausnahme-mechanismen werden von der klassischen Doktrin als *political questions* betrachtet. Sie werden vom Präsidenten der Republik im Einvernehmen mit dem Ministerrat

erklärt, der dem Kongress der Republik oder seiner Ständigen Kommission Bericht erstattet. Vertrauter ist die peruanische Gesellschaft im Umgang mit dem sogenannten Ausnahmezustand. So sehr, weil dieser in den letzten Jahren regelmäßig in verschiedenen Teilen des Landes, beispielsweise in der Provinz von Callao in den Jahren 2015 und 2016, und zuletzt aus Anlass des „Küsten-El-Niño“ im Sommer diesen Jahres erklärt wurde. In beiden Fällen erklärte der Präsident der Republik den Ausnahmezustand für unterschiedliche, aber ernste Situationen, die die lokale Bevölkerung betrafen (es wird von der hohen Kriminalitätsrate bzw. von einer Naturkatastrophe gesprochen). Auf Grundlage von Art. 137 Nr. 1 der Verfassung wird die Einschränkung oder zeitweilige Aussetzung bestimmter Grundrechte der Bevölkerung erlaubt. Dies führt uns zu den folgenden Fragen: Was sind die wesentlichen Unterschiede zwischen diesen Ausnahmemechanismen? Inwieweit können die genannten Grundrechte ausgesetzt werden? Welches sind die Kontrollmechanismen dieser Handlungen? Die vom Verfassungsgericht begründete Rechtsprechung sowie die benannte Doktrin, die Definitionen und die Unterschiede zwischen den beiden Ausnahmemechanismen sowie deren grundlegenden Elemente und Konzepte, sollen in diesem Beitrag herausgearbeitet, untersucht und weiterentwickelt werden.



# DAS NOTSTANDSRECHT AUS DEUTSCHER SICHT

DENISE FIEDLER

„Brennende Autos, Barrikaden und Rauchwolken über Hamburg“ - Anfang Juli fand in Hamburg der G20-Gipfel statt.<sup>1</sup> Die Gruppe der 20 (G20) ist ein Zusammenschluss von 19 Staaten und der Europäischen Union, zu dem die wichtigsten Industrie- und Schwellenländer zählen. Das Forum ermöglicht es den Staaten und der Europäischen Union sich über Probleme des internationalen Wirtschafts- und Finanzsystems auszutauschen. Dass die G20 nicht unumstritten sind, ist bekannt und zieht Globalisierungsgegner an. So ist es nicht verwunderlich, dass es auch in Hamburg zu einer Reihe von Protestveranstaltungen kam. Neben friedlichen Demonstrationen wurde der Hamburger Gipfel jedoch von heftigen Krawallen überschattet. Geschäfte wurden geplündert, Pflastersteine zu meterhohen Mauern aufgetürmt und Barrikaden angebrannt. In einigen Stadtteilen herrschten desaströse Zustände. Zugleich fand in Hamburg mit 23.000 Polizeikräften der bisher größte Polizeieinsatz in Deutschland statt. Wasserwerfer, gewaltsame Festnahmen, eine Vielzahl an Verletzten, der Entzug der Gipfel-Akkreditierung für 32 Journalisten und der Einsatz von Reizgas waren die Bilanz dieses Einsatzes und brachten die Polizei in die Kritik.<sup>2</sup>

- 1 Siehe zu den Ereignissen in Hamburg u.a.: *Pressemeldung der Polizei Hamburg* vom 07.07.2017, POL-HH: 1470/07-1. G20: Zwischenmeldung der Polizei Hamburg/Stand 00:05 Uhr, <http://www.presseportal.de/blaulicht/pm/6337/3678608> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017); *Hamburger Abendblatt* vom 07.07.2017, G20 in Hamburg - „Welcome to Hell“ - die Chronik der Eskalation, <https://www.abendblatt.de/hamburg/g20/article211158283/Welcome-to-Hell-die-Chronik-der-Eskalation.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017); *Stern* vom 08.07.2017, G20 in Hamburg - Eindrücke einer Stadt im Ausnahmezustand, <http://www.stern.de/politik/deutschland/g20-in-hamburg-eindruecke-einer-stadt-im-ausnahmezustand-7526712.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017); *Kristina Hofmann, heute.de* vom 21.08.2017, Nach Chaostagen von Hamburg G20: Der lange Weg zurück ins normale Leben, <http://www.heute.de/g20-war-der-groesste-polizeieinsatz-in-der-deutschen-geschichte-ein-polizist-erzaehlt-47800254.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017).
- 2 Siehe zum Reizgaseinsatz: Welt vom 17.08.2017, Polizei verteidigt Reizgas-Einsatz bei G-20-Krawallen, <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article167777227/Polizei-verteidigt-Reizgas-Einsatz-bei-G-20-Krawallen.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017); *Ansgar Siemens, Spiegel* online vom 16.08.2017, G20-Krawalle: Polizisten ignorierten Reizgas-Vorgabe des Hamburger Einsatzchefs, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/g20-krawalle-polizisten-ignorierten-vorgabe-von-hamburger-einsatzchef-a-1163169.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017). Siehe zum Entzug der Gipfel-Akkreditierung: Pressefreiheit beim G20-Gipfel - BKA: *Jenny Stern, faktenfinder.tagesschau.de* vom 17.07.2017, Pressefreiheit beim G20-Gipfel - BKA: NDR-Reporter kein „Reichsbürger“, <http://faktenfinder.tagesschau.de/inland/g20-ndr-reporter-kein-reichsbuerger-101.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017); *Zeit online* vom 12.07.2017, G20-Akkreditierungen: Bundesregierung verteidigt Ausschluss von Journalisten, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-07/g20-gipfel-akkreditierung-journalisten-steffen-seibert> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017); Spiegel online vom 10.08.2017, G20: Neun Journalisten klagen wegen Entzugs ihrer Akkreditierung; <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/g20-neun-journalisten-klagen-wegen-entzug-von-akkreditierung-a-1162214.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2017).

Es sind jedoch selten die Ereignisse selbst, welche den Rechtsstaat an seine Grenzen führen. Den Rechtsstaat gefährdet nicht die Zerstörung von Leben und Eigentum, sondern deren schwindende Achtung, die Ausbreitung von Anarchie und Fauscht. Die Frage, ob aus einem Ereignis ein den Rechtsstaat bedrohender Notstand wird, hängt folglich von der Fähigkeit ab, die Folgen schnell und effektiv zu bewältigen. Dies gilt nicht zuletzt auch für Naturkatastrophen.

Es ist ein schmaler Grat für den Verfassungsgesetzgeber. Auf der einen Seite zwingt die Zerstörung von Infrastruktur und Versorgungssystemen zu Einschränkungen bei Freiheitsrechten und Verfahrensabläufen, auf der anderen Seite darf sich der Rechtsstaat zu seinem Schutz nicht selber abschaffen. Die temporäre Suspendierung des Rechtsstaates darf staatlicher Willkür nicht Tür und Tor öffnen. Dieses Dilemma soll die Notstandsverfassung des Grundgesetzes überwinden.

## A. DER NOTSTANDBEGRIFF

Eine einheitliche Definition des Notstandsbegriffes existiert nicht. So gebrauchte beispielsweise Carl Schmitt den Begriff „Ausnahmezustand“<sup>3</sup>. Das deutsche Grundgesetz (GG) verwendet den Begriff des „Notstandes“ in diesem Sinne nicht, sondern spricht von der „Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“ (Art. 91, 87a Abs. 4 GG), „Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen“ (Art. 35 Abs. 2 Satz 2, 35 Abs. 3 GG) beziehungsweise von „Spannungs-“ (Art. 80a, 87a Abs. 3 GG) und „Verteidigungsfall“ (Art. 115a bis 115l GG).

Auch in anderen Verfassungen fällt ein differenziertes Verständnis des Notstands begriffes auf. Der Artikel 137 der Verfassung von Peru aus dem Jahre 1993 unterscheidet zwischen „estado de emergencia“ (Nr. 1) und „estado de sitio“ (Nr. 2). Andere Staaten, wie die Vereinigten Staaten von Amerika und Belgien, verfügen über kein konstitutionell geschriebenes Notstandsrecht.<sup>4</sup>

Von einem Staatsnotstand im weitesten Sinne wird gesprochen, wenn der Verfassungsstaat durch staats- oder verfassungsgefährdende Situationen derart ins Wanken gerät, dass diese mit den Mitteln der Verfassung nicht ohne Weiteres effektiv zu beseitigen sind.<sup>5</sup> Rechtstheoretisch führt dies zu der Frage, ob die Verfassung auch im Notstand ihrem Kern nach anwendbar bleibt oder ob der Staat kraft eines Selbsterhaltungsrechtes das Recht und entsprechend auch die Verfassung suspendieren kann. Als klassischer Vertreter der letztgenannten Ansicht kann Carl Schmitt angeführt werden, der die Ausnahme als das „nicht Subsumierbare“ ansieht. Der Ausnahmezustand in seiner absoluten Gestalt sei eingetreten, wenn die Situation erst geschaffen werden muss, in der Rechtssätze gelten können. Zwar sei der Ausnahmezustand

3 **Carl Schmitt**, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität, 8. Auflage (Berlin: Duncker & Humblot 2004), S. 13.

4 Zu den Besonderheiten einzelner Rechtsordnungen vgl. **Oren Gross/Fionnuala Ní Aoláin**, Law in Times of Crisis. Emergency powers in theory and practice, (New York: Cambridge University Press 2006), S. 35 ff. (37).

5 **András Jakab**, Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes. Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen, [http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/2005/20053jakab\\_S\\_323.pdf](http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/2005/20053jakab_S_323.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.10.2017).

immer noch etwas anderes als eine Anarchie und ein Chaos, so bestehe im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung.<sup>6</sup>

## B. NOTSTAND UND GRUNDGESETZ

Diesem staatszentrierten Verständnis kann sich das Grundgesetz nicht anschließen. Unter dem unmittelbaren Eindruck der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft begegneten die „Mütter und Väter“ des Grundgesetzes 1949 jeglicher Regelung des Staatsnotstandes mit großem Misstrauen.

Schon kurz nach der Ernennung Adolf Hitlers zum deutschen Reichskanzler am 30. Januar 1933 ermöglichte der Art. 48 der Weimarer Verfassung von 1919<sup>7</sup> die *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*<sup>8</sup>, die die Grundrechte der Weimarer Verfassung weitestgehend außer Kraft setzte. Der Art. 48 Weimarer Verfassung war weit gefasst und ermächtigte den Reichspräsidenten bei Störungen oder Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung die „nötigen Maßnahmen“ zu treffen. Damit hatte der Reichspräsident einerseits einen großen Handlungsspielraum zugunsten der Effektivität der Notstandsmaßnahmen, andererseits bestand eine enorme Missbrauchsgefahr. Diese galt es mit dem Grundgesetz einzudämmen.

Erst eine jahrelange politische Debatte brachte in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1968 eine detaillierte Notstandsverfassung<sup>9</sup> hervor. Differenziert wird seither zwischen dem äußeren und inneren Notstand.

## I. ÄUSSERER UND INNERER NOTSTAND

Der äußere Notstand erfasst den Verteidigungs- (Art. 115a bis 115l GG) und den Spannungsfall (Art. 80a, 87 a Abs. 3 GG). Der Verteidigungsfall ist in Art. 115a Abs. 1 Satz 1 GG legal definiert und betrifft den Fall, dass das Bundesgebiet mit Waffengewalt durch ein anderes Völkerrechtssubjekt<sup>10</sup> angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht. Ein herkömmlicher Terroranschlag - ohne den Einsatz von Massenvernichtungswaffen - genügt bislang hierfür grundsätzlich nicht.<sup>11</sup> Handlungen von Terrororganisationen, wie das Attentat auf dem Berliner Weih-

6 **Carl Schmitt**, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität, 8. Auflage (Berlin: Duncker & Humblot 2004), S. 18.

7 Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (sog. „Weimarer Reichsverfassung“ oder „Weimarer Verfassung“), Reichsgesetzblatt 1919, S. 1383 ff. Der Art. 48 Weimarer Reichsverfassung wird auch als „Notstandsartikel“ bezeichnet.

8 Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (sog. „Reichstagsbrandverordnung“), Reichsgesetzblatt 1933 I, S. 83.

9 Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes (sog. „Notstandsgesetze“) vom 24. Juni 1968 Bundesgesetzblatt 1968 I, S. 709-714.

10 **Jana Hertwig**, Staatsnotstandsrecht in Deutschland in: Andrej Zwitter (Hrsg.), Notstand und Recht, 1. Auflage (Baden-Baden: Nomos 2012), S. 111-159 (134).

11 **Roman Schmidt-Radefeldt**, Art. 115a GG in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 33. Edition (München: C.H.Beck, Stand: 01.06.2017), Rn. 8.

nachtsmarkt am 19. Dezember 2016<sup>12</sup>, sind zum einen meist keinem Völkerrechtssubjekt zurechenbar<sup>13</sup> und zum anderen verfügen diese Organisationen regelmäßig nicht über die erforderliche Kampfkraft, um einen Staat in länger andauernde kriegerische Auseinandersetzungen zu verstricken oder gar existenziell zu destabilisieren.<sup>14</sup>

Beim Spannungsfall wurde wohl schon aus Gründen des Normzweckes auf eine Legaldefinition verzichtet. Sinn und Zweck des Art. 80a GG ist es in Abstufung zum Verteidigungsfall „elastische Reaktionen“<sup>15</sup> für den Fall zu eröffnen, dass der Verteidigungsfall lediglich mittelbar droht.<sup>16</sup> Sowohl der Verteidigungs- (Art. 115a GG) als auch der Spannungsfall (Art. 80a Abs. 1 GG) bedürfen der vorherigen formalen Feststellung durch die zuständigen Bundesorgane. Es sind damit die gewählten Volksvertreter, die über den „Ausnahmestand“ entscheiden. Insofern ist Carl Schmitt zuzustimmen, „*Souverän ist, wer über den Ausnahmestand entscheidet*“<sup>17</sup>.

Der innere Notstand regelt den Katastrophenfall durch Naturkatastrophen oder schwere Unglücksfälle<sup>18</sup> (Art. 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG) und den Notstand im engeren Sinne, der die Frage nach dem Einsatz der Streitkräfte im Inland stellt (Art. 91 Abs. 1, 87a Abs. 4 GG). Der Notstand im engeren Sinne bezieht sich nach Art. 91 Abs. 1 GG auf innere Notsituationen, die eine drohende Gefahr für den Bestand der freiheitlich demokratischen Grundordnung des Bundes oder eines Landes darstellen. Dies zeigt die Dimension, die ein solcher innerer Notstand haben muss. Eine bloße Unruhe oder eine Demonstration können dem inneren Notstand nicht genügen. Sie sind Ausdruck der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes.

Die Umstände, die einen inneren Notstand bedingen, sind in extremen verfassungsfeindlichen Bestrebungen und den damit einhergehenden Gefahren für die freiheitlich demokratische Grundordnung zu sehen.<sup>19</sup> Das Bundesverfassungsgericht<sup>20</sup> hat sich bereits in den 1950iger Jahren und zuletzt im

12 Eine detaillierte Darstellung zu Tat und Täter findet sich unter: *Zeit* vom 19.12.2016, Was wir über den Anschlag in Berlin wissen, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-12/berlin-breitscheidplatz-gedaechtniskirche-weihnachtsmarkt> (zuletzt abgerufen am 17.10.2017).

13 *Jana Hertwig*, Staatsnotstandsrecht in Deutschland in: Andrej Zwitter (Hrsg.), Notstand und Recht, 1. Auflage (Baden-Baden: Nomos 2012), S. 111-159 (134).

14 *Roman Schmidt-Radefeldt*, Art. 115a GG in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 33. Edition (München: C.H. Beck, Stand: 01.06.2017), Rn. 9.

15 *Werner Heun*, Art. 80a GG in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 2: Art. 20-82, 3. Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck 2015), Rn. 5.

16 *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, (München: C.H. Beck 2011), § 29 Rn. 45.

17 *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität, 8. Auflage (Berlin: Duncker & Humblot 2004), S. 13.

18 *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, (München: C.H. Beck 2011), § 28 Rn. 17.

19 *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, (München: C.H. Beck 2011), § 28 Rn. 37.

20 *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 23.10.1952 (SRP-Verbotsverfahren, BVerfGE 2, 1; *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 17.08.1956 (KPD-Verbotsverfahren), BVerfGE 5, 85.



Jahr 2017<sup>21</sup> anhand der Verfassungsfeindlichkeit von Parteien mit diesen Gefahren auseinandersetzen müssen. Nach diesen Entscheidungen ist eine Partei nicht schon verfassungswidrig im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG, „wenn sie die obersten Prinzipien einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht anerkennt“<sup>22</sup>. Es ist vielmehr auf eine „aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung“<sup>23</sup> abzustellen. Diese „aktiv kämpferische, aggressive Haltung“ wird auch als ein wesentliches Differenzierungskriterium zwischen Katastrophennotstand und Notstand im engeren Sinne angesehen.<sup>24</sup> Gleichwohl kann sich unter extremen Bedingungen aus dem Katastrophenfall ein innerer Notstand im engeren Sinne entwickeln. Die Grenzen sind fließend. Dies gilt auch für den äußeren Notstand. So kann der Spannungsfall durchaus in einen Verteidigungsfall umschlagen.

## II. DIE HANDLUNGSBEFUGNISSE DES STAATES IN ZEITEN DES NOTSTANDES

Doch warum differenziert das Grundgesetz zwischen diesen Arten des Notstandes? Liegt doch sowohl in äußeren als auch in inneren Notstandssituationen jeweils in irgendeiner Form eine Bedrohung für den Bestand des Staates vor. Hintergrund sind die unterschiedlichen Handlungsbefugnisse des Staates je nach Art des Notstandes.

### 1. DER EINSATZ DER STREITKRÄFTE

In Zeiten des äußeren Notstandes steht der Einsatz der Bundeswehr mit militärischen Mitteln außer Frage. Daneben können den Streitkräften nach Art. 87a Abs. 3 GG der Schutz ziviler Objekte und die Regelung des Straßenverkehrs als Aufgaben übertragen werden.

Der Einsatz der Streitkräfte im Inneren stellt ein kontrovers diskutiertes Thema in der Staatsrechtslehre dar. Sicher ist der Einsatz der Bundeswehr in Katastrophenfällen (Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 GG) willkommen. Die Bundeswehr leistete in solchen Fällen im Sinne einer Amtshilfe sowohl personell als auch technisch wertvolle Unterstützung, die mit den Polizeikräften der betroffenen Bundesländer allein nicht zu leisten gewesen wäre.

Anders sah dies aus, als im Nachgang der terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 ein Entwurf für ein Luftsicherheitsgesetz ausgearbeitet wurde, der einen Einsatz der Streitkräfte bei Flugzeugentführungen, Sabotageakten und sonstigen gefährlichen Eingriffen in den Luftverkehr ermöglichen sollte.<sup>25</sup> Auf Grundlage der Bestimmungen über die Amtshilfe sollte es den Streitkräften nach den Vorgaben des

21 *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 17.01.2017 (*NPD-Verbotsverfahren*), Az. 2 BvB 1/13.

22 *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 17.08.1956 (*KPD-Verbotsverfahren*), BVerfGE 5, 85 - 5. Leitsatz.

23 *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 17.08.1956 (*KPD-Verbotsverfahren*), BVerfGE 5, 85 - 5. Leitsatz.

24 *Jana Hertwig*, Staatsnotstandsrecht in Deutschland in: Andrej Zwitter (Hrsg.), Notstand und Recht, 1. Auflage (Baden-Baden: Nomos 2012), S. 111-159 (115).

25 *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 14. Januar 2004, Artikel 1 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG), Drucksache 15/2361, S. 1 und S. 14 ff.

Entwurfs<sup>26</sup> möglich sein, nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegebenenfalls ultima ratio mit unmittelbarer Waffengewalt gegen Zivilluftfahrzeuge vorzugehen, soweit davon auszugehen ist, dass ein Luftfahrzeug als Waffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll. In der Konsequenz bedeutete dies den Abschluss eines bemannten Zivilluftfahrzeuges. Es ist nicht verwunderlich, dass diesem Entwurf nicht nur im Deutschen Bundestag<sup>27</sup> mit Skepsis begegnet wurde. Trotz aller Bedenken konnte das Luftsicherheitsgesetz<sup>28</sup> am 15. Januar 2005 in Kraft treten. Doch die Verfassungsbeschwerden ließen nicht lange auf sich warten, so dass das Bundesverfassungsgericht bereits im Februar 2006 über die Verfassungswidrigkeit des Luftsicherheitsgesetzes zu befinden hatte. In dem Urteil<sup>29</sup> bestätigt das Bundesverfassungsgericht, dass es dem Bund nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 GG nicht erlaubt ist, die Streitkräfte bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen mit spezifisch militärischen Waffen einzusetzen.<sup>30</sup> Damit bleibt der Einsatz militärischer Mittel im Innern auf der Grundlage der Bestimmungen über die Amtshilfe ausgeschlossen. Von diesem Grundsatz ist das Bundesverfassungsgericht auch in den Beschlüssen<sup>31</sup> aus den Jahren 2012 und 2013 nicht grundsätzlich abgewichen. Ein Einsatz militärischer Mittel im Innern kann demnach auf der Grundlage der Bestimmungen über die Amtshilfe nur unter den weiteren engen Voraussetzungen der Art. 87a Abs. 4 und Art. 91 Abs. 2 GG erfolgen. Dieses bedeutet im Wesentlichen einen Einsatz gegen ihrerseits militärisch bewaffnete Aufständische und zum Schutz ziviler Objekte.

Der Einsatz der Streitkräfte im Inneren mit militärischen Waffen bleibt grundsätzlich nicht zulässig. Auch kann dieser Streitkräfteeinsatz schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes kein Militäreinsatz sein, sondern ist und bleibt unter allen Umständen ein Polizeieinsatz.

## 2. DIE GRUNDRECHTE

Die Grundrechte als ein zentraler Bestandteil der Rechtsordnung können selbst in Notstandszeiten nicht ohne Weiteres suspendiert werden.

Neben den allgemeinen Schrankenbestimmungen sieht das Grundgesetz in Zeiten des inneren Notstandes spezielle Beschränkungen einzelner Grundrechte

26 § 14 Abs. 3 lautete in der Fassung des Entwurfs (Drucksache 15/2361): „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.“

27 *Deutscher Bundestag*, Plenarprotokoll 15/115, Stenographischer Bericht der 115. Sitzung der 15. Wahlperiode vom 18. Juni 2004, Zweite und dritte Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (Bundestag-Drucksache 15/2361), S. 10536 ff.

28 *Gesetz zur Regelung von Luftsicherheitsaufgaben* (sog. Luftsicherheitsgesetz) vom 11. Januar 2005, Bundesgesetzblatt 2005 I, S. 78 ff.

29 *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 15.02.2006 (Luftsicherheitsgesetz), Az. 1 BvR 357/05.

30 *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 15.02.2006 (Luftsicherheitsgesetz), Az. 1 BvR 357/05 - 2. Leitsatz.

31 *Bundesverfassungsgericht*, Beschluss vom 03.07.2012 (Einsatz der Bundeswehr im Inland - Luftsicherheit), Az. 2 PBvU 1/11 - 2. Leitsatz; *Bundesverfassungsgericht*, Beschluss vom 20.03.2013 (*Luftsicherheitsgesetz*), Az. 2 BvF 1/05, Rn. 61 ff.

vor.<sup>32</sup> Zu benennen wären insbesondere das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 2 GG) und das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 7 GG). Im Gegensatz hierzu sind für den Verteidigungsfall besondere Grundrechtsbeschränkungen lediglich aufgrund eines Bundesgesetzes im Hinblick auf das Eigentum (Art. 115c Abs. 2 Nr. 1 GG) und die Freiheitsentziehung (Art. 115c Abs. 2 Nr. 2 GG) vorgesehen.

Insoweit wird deutlich, dass das Notstandsrecht im Kern der Erhaltung der freiheitlich demokratischen Grundordnung dient. Im Verteidigungsfall dürfen weder der Bundestag aufgelöst (Art. 115h Abs. 3 GG) noch das Bundesverfassungsgericht und seine Richter bei der Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben beeinträchtigt werden (Art. 115g Satz 1 GG). Ohne die Notstandsregelungen im Einzelnen betrachten zu können, zeigt sich doch, dass das Grundgesetz selbst in extremen Ausnahmesituationen in erster Linie den Grundrechtsschutz zu sichern bezweckt. Nicht zuletzt geschieht dies durch restriktive Einsatzmöglichkeiten der Streitkräfte.

### III. WIRTSCHAFTLICHER NOTSTAND UND GRUNDGESETZ

Im Hinblick auf die Ereignisse in Europa stellt sich darüberhinaus die Frage, ob das Grundgesetz auch einen wirtschaftlichen Notstand kennt. Im Grundgesetz wird auf wirtschaftliche oder finanzielle Notstandssituationen nicht ausdrücklich verwiesen. Andererseits stellen die Grundgesetzartikel keine abschließenden Regelungen dar<sup>33</sup>, so dass auch außerhalb der beschriebenen Notstandstatbestände Situationen denkbar sind, die den Rechtsstaat an seine Grenzen führen können.

Zu denken wäre an Wirtschafts- und Haushaltskrisen. Diese stellen jedoch keine unmittelbare Gefahr für den Bestand der freiheitlich demokratischen Grundordnung dar. Eine Wirtschafts- oder Haushaltskrise ist in aller Regel politisch neutral. Sie kennt keine verfassungsfeindlichen Tendenzen. Sie hat keine aktiv kämpferische Haltung gegen die geltende Verfassungsordnung. Eine solche Gefahr ist allerdings Voraussetzung für einen Notstand im engeren Sinne. Derartige Krisen können mit Rückgriff auf die allgemeinen verfassungsrechtlichen Regelungen bewältigt werden.<sup>34</sup> Nach anderer Ansicht ist der wirtschaftliche Notstand in Anlehnung an die Weimarer Verfassung<sup>35</sup> unter den Notstandsbegriff zu subsumieren.<sup>36</sup> Ein solch weites Verständnis des Notstandsbegriffes vermag nicht zu überzeugen und ist weder mit dem Nots-

32 *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, (München: C.H. Beck 2011), § 28 Rn. 60.

33 *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, (München: C.H. Beck 2011), § 28 Rn. 12.

34 *Michael Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, (München: C.H. Beck 2011), § 28 Rn. 12.

35 Siehe im Einzelnen zu der Entwicklung eines spezifisch wirtschaftlichen und finanziellen Ausnahmezustandes nach der Weimarer Reichsverfassung Carl Schmitt, Hüter der Verfassung, 4. Auflage (Berlin: Duncker & Humblot 1996), S. 119 ff.

36 *Daniel Esklorry*, Das Recht des inneren Notstands. Verfassungsgeschichtliche Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung der tatbestandlichen Voraussetzungen von Notstandsmaßnahmen und ihrer parlamentarischen Kontrolle, (Göttingen: dissertation.de 2000) S. 2.

tandsverständnis des Grundgesetzes noch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes in Einklang zu bringen. Bei derartigen Verfassungsverstößen ist vielmehr die „Normalverfassung“<sup>37</sup> zu respektieren. Über den Rückgriff auf exzeptionelle Mittel können derartige Krisen nicht bewältigt werden.<sup>38</sup> Wie die Entwicklungen um den Euro zeigen, sind Wirtschaftskrisen immer auch Vertrauenskrisen. Verlorenes Vertrauen ist mit Zwang jedoch nur schwer zurückzugewinnen. Insofern ist es nicht die Frage, ob eine Wirtschafts- und Haushaltskrise einen Notstand im Sinne einer Gefährdung der freiheitlich demokratischen Grundordnung darstellen kann. Die Frage ist, ob die Regelungen des Notstandes zur Bewältigung einer Wirtschafts- und Haushaltskrise überhaupt geeignet sind.

Dennoch wird zukünftig die Frage der Einbeziehung von Wirtschafts- und Finanzkrisen in das Notstandsrecht weiter zu thematisieren sein. Wird diese Einbeziehung nach dem in Deutschland vorherrschenden Verfassungsverständnis im Hinblick auf die im Grundgesetz enthaltenen Sonderregelungen für Wirtschafts- und Haushaltskrisen derzeit noch verneint, muss dieses nicht das Ende der Entwicklung sein. Denkbar wäre beispielsweise, dass inländische oder ausländische Kräfte zielgerichtet gegen eine gesamte Währung spekulieren, um die Grundordnung des betroffenen Staates zu destabilisieren. Ein solcher Akt wäre jedoch von der erforderlichen aktiv kämpferischen Grundhaltung der dahinterstehenden Personen getragen, so dass sich die Notstandsmaßnahmen nicht gegen die Wirtschafts- und Haushaltskrise als solche, sondern gegen deren vorsätzliche Verursacher wenden und sich der Kreis zu den voranstehenden Ausführungen schließt.

## C. ERGEBNIS

Das Grundgesetz normiert den Staatsnotstand äußerst detailliert und differenziert, um herauszustellen, dass die Normallage der Notstandslage nur in engen Grenzen und in dem jeweils unbedingt erforderlichen Maße weichen darf.<sup>39</sup> Auch im Zuge des Attentates auf dem Berliner Weihnachtsmarkt<sup>40</sup> und den Krawallen um den G20-Gipfel hat die Notstandsverfassung bislang keine Änderungen erfahren. In einer „wehrhaften Demokratie“ soll der Missbrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten zur Abschaffung der Freiheit verhindert werden.<sup>41</sup> Deshalb vermag die Ausnahme die Verfassung nicht zu durchbrechen. Die Ausnahme steht nicht über und nicht außerhalb der Verfassung.

\*\*\*

37 **Eckart Klein**, Innerer Staatsnotstand, in: Handbuch des Staatsrechts Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), 3. Auflage, (Heidelberg: C.F. Müller 2014), § 280 Rn. 2.

38 **Eckart Klein**, Innerer Staatsnotstand, in: Handbuch des Staatsrechts Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), 3. Auflage (Heidelberg: C.F. Müller 2014), § 280 Rn. 2.

39 **Orto Deppenbeuer**, Art. 80a GG in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung 79. Ergänzungslieferung (München: C.H. Beck 2016), Rn. 3.

40 Eine detaillierte Darstellung zu Tat und Täter findet sich unter: Zeit vom 19.12.2016, Was wir über den Anschlag in Berlin wissen, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-12/berlin-breitscheidplatz-gedaechtniskirche-weihnachtsmarkt> (zuletzt abgerufen am 17.10.2017).

41 In diesem Sinne siehe zur Verfassungswidrigkeit von Parteien: Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17.01.2017 (NPD-Verbotsverfahren), Az. 2 BvB 1/13, Rn. 579.



## EL ESTADO DE EMERGENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA ALEMÁN

Pocas veces son los acontecimientos mismos los que llevan el Estado de derecho a su límite. En una circunstancia de catástrofe natural el Estado de derecho no es puesto en peligro por la destrucción de la vida o de la propiedad, sino por la extensión del desorden o del derecho del más fuerte. La probabilidad que un acontecimiento pueda culminar en una situación de emergencia depende sobre todo de la capacidad del Estado para superar rápidamente y eficazmente sus consecuencias.

Para el constitucionalista esto significa aventurarse en un terreno delicado por cuanto debe encontrar un delicado equilibrio: Por un lado, en casos de catástrofe natural, las destrucciones de la infraestructura y de las redes de alimentación obligan al Estado a limitar las libertades individuales y restringir procedimientos del Estado de derecho; por otro lado el Estado de derecho no debe suprimirse por sí mismo con el fin de garantizar su protección. Además, vale considerar que la suspensión temporal del Estado de derecho no debe dejar las puertas abiertas a la arbitrariedad estatal. Dicho dilema debe encontrar respuesta en las disposiciones jurídicas sobre la emergencia plasmadas en la Constitución de la República Federal de Alemania.

\*\*\*

## L'ÉTAT D'URGENCE DU POINT DE VUE ALLEMAND

Ce sont rarement des événements eux-mêmes qui portent atteinte à l'État de droit. En cas de catastrophe naturelle l'État de droit n'est pas mis en péril par la destruction de la vie et de la propriété. L'État de droit est plutôt menacé par le non respect des droits fondamentaux ainsi que par la propagation du désordre et de la loi du plus fort. En ce sens, la probabilité qu'un événement puisse aboutir à une situation d'urgence, dépend surtout de la capacité de l'État à surmonter rapidement et efficacement conséquences de ces catastrophes.

Du point de vue des juristes constitutionnels cela peut revenir à s'aventurer sur des terrains périlleux et parvenir à un équilibre difficile à trouver. D'un côté, la destruction de l'infrastructure et des systèmes d'alimentation implique restreindre des libertés individuelles et des garanties de l'État de droit. D'un autre côté, la protection de l'État de droit ne doit pas toutefois aboutir à l'abolition du lui-même. La suspension temporaire de l'État de droit ne doit pas ouvrir la porte à l'arbitraire. Pour éviter cela il faut dépasser le dilemme précité par une réglementation d'État d'urgence sous couvert de l'esprit de la loi fondamentale allemande.



# LES ABUS DE L'ETAT D'URGENCE EN FRANCE ET LEUR CONTROLE JURIDICTIONNEL : L'EXEMPLE DES MANIFESTANTS ET DES MENACES SUBJECTIVES

NICOLAS KLAUSSER

Depuis le 14 novembre 2015, la France est placée sous le régime de l'état d'urgence<sup>1</sup> à la suite des attentats commis par l'Etat islamique. Le droit français prévoit que le Gouvernement ne peut déclarer l'état d'urgence par décret que pour une durée de douze jours : au-delà, une loi doit être votée pour le proroger. Le Parlement a depuis voté son instauration puis sa prorogation à six reprises : le régime de l'état d'urgence a ainsi été en vigueur durant près de deux ans, jusqu'au 31 octobre 2017. Dès le lendemain, entré en vigueur la loi "*renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*"<sup>2</sup>, venant intégrer plusieurs dispositions de l'état d'urgence dans le droit commun<sup>3</sup> jusqu'en 2021.

La particularité du régime de l'état d'urgence réside dans les mesures discrétionnaires que peut prendre l'administration - en l'occurrence, le ministère de l'Intérieur et les préfets - à l'égard des personnes "*pour lesquelles il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics*"<sup>4</sup>. Les mesures les plus emblématiques sont, premièrement, l'assignation à résidence, qui permet à l'autorité administrative d'obliger une personne à rester dans sa commune, pointer jusqu'à trois fois par jours au commissariat, et l'astreindre "*à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur (...) dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures*"<sup>5</sup>. En cas de non-respect de ces prescriptions, les personnes s'exposent à des poursuites judiciaires. Selon le dernier bilan du ministère de l'Intérieur, 754 de ces mesures ont été prises depuis 2015. La perquisition administrative, quant à elle, permet aux forces de police de perquisitionner le domicile d'une personne et de demander par la suite de pouvoir exploiter les données informatiques de la personne visée<sup>6</sup>. Ce sont plus de 4600

1 Décret n°2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

2 P. Cassia, " Sortie de l'état d'urgence temporaire, entrée dans l'état d'urgence permanent ", Mediapart, 31 octobre 2017.

3 [https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/311017/sortie-de-l-etat-d-urgence-temporaire-entree-dans-l-etat-d-urgence-permanent?utm\\_source=twitter&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=Sharing&xtor=CS3-67](https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/311017/sortie-de-l-etat-d-urgence-temporaire-entree-dans-l-etat-d-urgence-permanent?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=Sharing&xtor=CS3-67)

4 Articles 5, 6 et 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

5 Article 6 de la loi précitée.

6 Article 11 de la loi précitée.

perquisitions qui ont eu lieu dans ce cadre. Parmi les mesures les plus utilisées figure également l'interdiction de séjour d'une personne sur certaines parties du territoire<sup>7</sup>, plus communément appelée "*interdiction de manifestation* " : elle vise à interdire à une personne de se rendre sur les lieux de la manifestation à laquelle les forces de police pensent qu'elle va se rendre, car elle représenterait une menace pour l'ordre et la sécurité publics. L'argument du ministère de l'Intérieur, validé par le Conseil d'Etat<sup>8</sup>, est celui de "*la nécessité opérationnelle* " : les forces de l'ordre étant mobilisées de manière prolongée au titre de l'état d'urgence, le recours à ces mesures permettrait de ne pas les détourner de leur mission de lutte contre le terrorisme, eu égard au péril imminent<sup>9</sup>. Selon les chiffres communiqués par le ministère de l'Intérieur à Amnesty International, 639 mesures restreignant le droit de circuler ont été prises "*explicitement* " pour "*empêcher des personnes de participer à des manifestations* ".

Ces mesures ne pourraient être prises en temps normal aussi aisément par l'administration, soit parce que la police devrait demander l'autorisation préalable d'un juge pour perquisitionner un domicile, soit parce qu'elle n'en aurait tout simplement pas le droit en temps normal. Elles ont également pour but de permettre à l'administration de prendre des mesures coercitives à l'égard de personnes pour lesquelles les autorités ne disposent pas d'éléments suffisants pour les poursuivre pénalement. Par exemple, pour les personnes soupçonnées de faire partie de la mouvance islamiste radicale, plusieurs séries d'infractions pénales existent, telles que l'association de malfaiteurs en vue d'une entreprise terroriste, ou le délit d'apologie du terrorisme. Mais les personnes assignées à résidence, ou perquisitionnées, ne font pas nécessairement l'objet de poursuites au titre de ces infractions. Souvent, les personnes se voient assigner en raison de la simple suspicion à leur égard, et l'administration opère une perquisition afin de "*lever un doute* "<sup>10</sup>.

Ces mesures sont de fait particulièrement attentatoires aux libertés des personnes ciblées, telles que celle de manifestation et d'aller et de venir pour les personnes assignées à résidence ou interdites de séjour, et au droit à la vie privée et familiale pour les perquisitionnées. Afin de contester les mesures dont elles font l'objet, il est possible pour les personnes d'exercer un recours devant le tribunal administratif : il reviendra alors au juge d'évaluer si la mesure décidée par l'administration est justifiée au regard de la menace à l'ordre et la sécurité publics que représenterait la personne. A cet égard, l'analyse des jugements rendus par les tribunaux est intéressante<sup>11</sup>, car elle permet d'observer d'une part sur quels éléments l'administration se base pour prouver que la personne représente une telle menace, et d'autre part, les arguments opposés

7 Article 5 de la loi précitée.

8 CE, 11 déc. 2015, *Domenjoud*, n°394989.

9 X. Dominot, " Assignations à résidence en état d'urgence, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 11 décembre 2015, M. J. Domenjoud, n° 394989 ", RFDA, 2016, p. 105.

10 Propos de J.-J. Urvoas lors de l'audition de S. Gouès du 7 janvier 2016 par la mission de contrôle parlementaire de l'état d'urgence.  
<http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rapports/t3784/%28index%29/depots>

11 Ce travail d'analyse jurisprudentielle, toujours en cours, est mené pour le Défenseur des droits par le Centre d'études et de recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF) sous l'intitulé "*Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence* ".

par les personnes afin de contredire l'administration, et enfin, ce qu'en retient le juge. Car une autre particularité de l'état d'urgence est qu'il a ressuscité une méthode des services de renseignement : l'utilisation des notes blanches. Supprimées par Nicolas Sarkozy en 2002, il s'agit de fiches non datées et non signées, notamment pour protéger les fonctionnaires qui les rédigent, contenant " *des extraits de rapports de polices ou de renseignement au sujet du comportement d'un individu sans précision de leurs sources et qui sont produites par l'administration au soutien* " <sup>12</sup> d'une mesure d'assignation à résidence, une perquisition ou une interdiction de séjour. Plus de 300 ont été produites devant les tribunaux par l'administration afin de prouver ses allégations. Il ressort de la lecture de quelques notes blanche que certaines sont très détaillées en termes de renseignements, quand d'autres le sont beaucoup moins. Afin d'encadrer leur usage, le Conseil d'Etat est venu préciser que ne devaient être pris en compte par le juge que les " *éléments suffisamment circonstanciés* " <sup>13</sup> contenus dans ces notes blanches qui permettraient de déduire que la personne représente une menace.

L'analyse de l'utilisation concrète de ces notes blanches et du contrôle juridictionnel exercé à leurs égards va s'effectuer au regard de deux types de profils particulièrement ciblés par des mesures prises au titre de l'état d'urgence : dans un premier temps, celui des manifestants (I), et dans un second temps, celui que l'on peut qualifier de " *menaces subjectives* ", concernant des personnes représentant une menace qui n'est pas nécessairement évidente, et pour lesquels le contrôle du juge administratif peut également revêtir le sceau de la subjectivité (II).

## I. LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES ENTRAVES AU DROIT DE MANIFESTER : L'EXEMPLE DE DIX INTERDICTIONS DE SEJOUR A PARIS

Comme il l'a été évoqué précédemment, l'état d'urgence a été détourné de son objet pour empêcher certaines personnes de participer à des manifestations. Pour se faire, deux types de mesures ont été utilisées : d'une part, l'assignation à résidence de personnes décrites par les services de renseignements comme étant des militants environnementaux ou proches de la mouvance anarchistes. Ces assignations à résidence ont été arrêtées juste après les attentats du 13 novembre, à l'égard de personnes souhaitant manifester lors de la Conférence internationale sur le climat qui se déroulait à Paris. L'usage de dispositions créées par l'état d'urgence à l'encontre de manifestants n'a pas été jugé illégal <sup>14</sup> par le Conseil d'Etat, qui a validé ces pouvoirs exorbitants accordés au titre de l'état d'urgence, au motif que la loi sur l'état d'urgence se borne à évoquer l'existence d'un " *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* " sans en préciser la nature <sup>15</sup>. La mission de contrôle

12 X. Dupré de Boulois (dir.), *Grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2017, p. 498.

13 CE sect. 3 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur c/M. Rakhimov*, Lebon p. 75 ; voir également CE, *Domenjoud*, préc.

14 CE, *Domenjoud*, préc.

15 D. Lochak, " *Le juge administratif, protecteurs de libertés* ", Les controverses en droit administratif, 1<sup>ère</sup> édition, 2017, p. 68



parlementaire<sup>16</sup> soulignait ce détournement de l'objet originel de l'état d'urgence, préconisant son " *recentrage* ", de même que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)<sup>17</sup>, qui considérait incompatible avec l'état de droit le fait que le pouvoir exécutif puisse définir l'étendue des droits et libertés reconnus aux citoyens.

Plus récemment, lors du printemps 2017, il y a eu de fortes mobilisations en France, notamment en raison d'un projet de réforme du Code du travail, et de plusieurs affaires liées à des violences policières. C'est dans ce cadre que des personnes ont été visées par des mesures d'interdictions de séjour, afin de les empêcher de manifester lors de rassemblements dans plusieurs villes. C'est notamment le cas de dix personnes interdites de séjour dans plusieurs arrondissements de Paris au mois de mai 2017. Elles ont contesté ces mesures devant le tribunal administratif de Paris, ce qui a forcé l'administration, en l'occurrence la préfecture de police de Paris, à produire des preuves justifiant qu'elles pouvaient " *entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics* " <sup>18</sup> au cours de ces manifestations. C'est à cette fin que la préfecture a produit des notes blanches, rédigée par ses services renseignements.

Le premier constat effectué à la lecture de ces notes blanches est qu'elles reprennent toutes le même argumentaire : à chaque fois, la personne est décrite " *comme un membre très actif de la mouvance ultra gauche, milite au sein de la structure Action antifasciste Paris Banlieue et a participé à ce titre, à plusieurs manifestations de protestation contre, notamment, les violences policières et le projet de réforme du Code du travail. Ces manifestations ont généré d'importants troubles à l'ordre public, de nombreuses dégradations de mobilier urbain et de commerces et des affrontements violents avec les forces de l'ordre* " <sup>19</sup>. Chaque note blanche liste ensuite des manifestations auxquelles la personne a été aperçue, en mentionnant les dégradations et les violences observées au cours de ces manifestations : par exemple, " *le 9 avril, à un rassemblement contre le projet de réforme du Code du Travail, où les forces de l'ordre ont fait l'objet de nombreux jets de projectiles* ", ou encore " *a participé à Nuit Debout où, dans la soirée, à nouveau, des affrontements violents ont eu lieu avec les forces de l'ordre* ". Dans quelques cas, le préfet ajoute que la personne a été interpellée au cours de ces manifestations.

De primes abords, le caractère très général de ces notes blanches rend leur contestation difficile : il faut pour les requérants prouver par la négative que, s'ils étaient bien aux manifestations mentionnées, ils n'ont pas participé aux violences décrites de manière générale par les forces de police. Dans la quasi-totalité des cas (9

16 Rapport n°3784 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, par MM. D. Raimbourg et J.-F. Poisson, 25 mai 2016. <http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rapports/r3784/%28index%29/depots>

17 CNCDH, Avis sur le suivi de l'état d'urgence et les mesures anti-terroristes de la loi du 21 juillet 2016, 26 janvier 2017, p. 21.

18 Article 5 de la loi de 1955 dans sa version antérieure à la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

19 Notes blanches produites par l'administration à l'appui d'arrêtés d'interdictions de séjour en date du 17 mai 2016.

sur les 10), le tribunal administratif de Paris a suspendu les arrêtés d'interdiction de séjour pris par le ministère de l'Intérieur, estimant que ces mesures étaient attentatoires aux libertés d'aller et de venir des personnes : le juge a considéré que si certes, les requérants ont participé à des manifestations ayant dégénéré, rien ne permet de retenir qu'ils ont personnellement participé à ces dégradations volontaires. Et lorsque l'administration a fait valoir que la personne a été interpellée au cours de ces manifestations, aucune preuve de cette interpellation n'a été apportée, et ce, malgré le report de l'instruction prononcé par le tribunal pour permettre à l'administration d'apporter cet élément<sup>20</sup>. Par son contrôle juridictionnel, le juge administratif vient sanctionner la préfecture de police de Paris, car elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour justifier ses décisions.

L'un des problèmes sous-jacents à ces mesures est que souvent, les interdictions de séjour sont notifiées aux personnes le jour même de la manifestation, ou la veille : le temps que le tribunal soit saisi et qu'il se prononce, la manifestation peut déjà avoir eu lieu. Ayant cessé de produire ses effets, le juge ne peut alors que prononcer un non-lieu à statuer. Le même cas de figure se retrouve pour certaines assignations à résidence, qui sont abrogées par l'administration quelques jours avant l'audience du tribunal administratif.

A la suite d'une censure du Conseil constitutionnel<sup>21</sup>, la loi exige désormais que pour être interdite de séjour, l'administration doit prouver qu'il existe des raisons sérieux de penser que le comportement de la personne constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, et non qu'elle chercherait à entraver les actions des pouvoirs publics. L'affaire en question était d'ailleurs éloquent : il s'agissait d'un jeune homme interdit de séjour dans certains quartiers de Paris du 28 au 29 juin, car quelques jours plus tôt, il avait été interpellé aux abords d'une manifestation munie, selon les services de police, d'une arme blanche sans motif légitime. Selon son avocate, il s'avère que l'arme blanche en question était en réalité un couteau à beurre oublié au fond de son sac par l'intéressé au lendemain d'un pique-nique<sup>22</sup>.

Le contrôle juridictionnel des mesures prises au titre de l'état d'urgence apparaît nettement moins évident dans le cas des menaces dites " subjectives ", où le juge administratif semble plus sensible au contenu des notes blanches (II).

## II. LES ASSIGNATIONS A RESIDENCE DE PERSONNES SUSPECTEES D'ISLAM RADICAL : DE LA SUBJECTIVITE DES MENACES A LA SUBJECTIVITE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Parmi l'ensemble des mesures prises au titre de l'état d'urgence ayant été contesté devant les tribunaux, la très grande majorité concerne des personnes décrites par les

20 Voir par exemple TA Paris, 1607414/1-1, 17 mai 2016.

21 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

22 " Etat d'urgence : l'entrave au droit de manifester est-elle constitutionnelle ? ", L'Express, 1<sup>er</sup> juin 2017, [http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/etat-d-urgence-l-entrave-au-droit-de-manifester-est-elle-constitutionnelle\\_1913665.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/etat-d-urgence-l-entrave-au-droit-de-manifester-est-elle-constitutionnelle_1913665.html)

services de renseignements et du ministère de l'Intérieur comme relevant de l'Islam radical, du fait de leurs connaissances et fréquentations, et qui font l'objet d'assignations à résidence à titre principal, ainsi que de perquisitions administratives voire de mesures de police complémentaires non directement en lien avec l'état d'urgence, telles que des interdictions de sortie du territoire ou un gel des avoirs. A titre d'exemple, parmi le corpus de jurisprudence étudié, les personnes sont ciblées par le ministère de l'Intérieur pour des liens avec des "*personnes connues pour leur fondamentalisme religieux*"<sup>23</sup>, la consultation de vidéos de propagande<sup>24</sup>, des activités au sein d'une association qui "*aurait pour objectif de promouvoir l'islam radical*"<sup>25</sup>, des relations avec des individus de retour de Turquie ou ayant été signalés pour avoir émis le souhait de rejoindre Daesh<sup>26</sup>.

Parallèlement à ces profils où il y a un lien explicite avec l'Islam radical, figurent également des menaces plus "subjectives" : il s'agit de personnes ciblées par des assignations à résidence ou perquisitionnées sur la base d'éléments peu évidents et concrets. Le premier exemple tiré de l'analyse de la jurisprudence concerne une personne assignée à résidence juste après les attentats du 13 novembre<sup>27</sup>. Pour justifier cette mesure, les autorités ont produit une note blanche qui précise que l'intéressé est proche de l'Islam radical, qu'il connaît une personne partie en Syrie, qu'elle est elle-même allée en Syrie, et qu'elle se rend souvent en Egypte. La personne conteste ces allégations en avançant qu'il se rend en Egypte pour apprendre l'arabe littéraire, et qu'il ne cherche pas à cacher ces déplacements, qu'il effectue au cours de ses congés normaux. Le tribunal considère que la note blanche n'est pas suffisamment détaillée sur les relations qu'entreprendrait l'intéressé avec la personne partie en Syrie, et décide de suspendre l'arrêté d'assignation à résidence.

Le second exemple a été assez médiatisé<sup>28</sup> : il s'agit d'une personne assignée à résidence également juste après les attentats du 13 novembre 2015, en raison de son profil d'islamiste radical décrit par les services de renseignements. Selon les notes blanches de l'administration, l'intéressé a été identifié en mai 2015 aux abords du domicile d'un journaliste de Charlie Hebdo, sous protection policière depuis l'attentat dont son journal a été l'objet en janvier. Toujours selon la note blanche des services de police, l'intéressé était en train de prendre des photos des lieux et du dispositif policier. La note blanche ajoute également qu'en 2008, l'intéressé a été visé par une enquête de trafic de voitures servant à financer un réseau djihadiste. Dans un premier temps, le tribunal administratif de Melun<sup>29</sup> rejette le recours de l'intéressé, en estimant que la note blanche corrobore son appartenance de l'intéressé à la mouvance islamiste

23 TA Grenoble, 23 janvier 2016, n° 1600363.

24 A Clermont-Ferrand, 4 août 2016, n° 1601368.

25 TA Grenoble, 1er juin 2016, n° 1602973.

26 TA Clermont-Ferrand, 15 janvier 2016, n° 1600065.

27 TA Paris, 1510316, 22 décembre 2015.

28 "Etat d'urgence : le ministère capitule sur l'assignation à résidence de Halim Abdelmalek", *Le Monde*, 3 février 2016. [http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/02/03/etat-d-urgence-le-ministere-capitule-sur-l-assignation-a-residence-de-halim-abdelmalek\\_4858873\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/02/03/etat-d-urgence-le-ministere-capitule-sur-l-assignation-a-residence-de-halim-abdelmalek_4858873_3224.html)

29 TA Melun, 1600009, 5 janvier 2016.



radicale, ce dernier ne contestant les faits que de manière très générale. L'intéressé fait donc appel de ce jugement. Devant le Conseil d'Etat, le requérant parvient à justifier " de manière cohérente et précise " pourquoi il se trouvait là à proximité du journaliste de Charlie Hebdo : il se rendait en réalité chez sa mère qui vit à proximité immédiate. Il prouve également pourquoi sa posture a pu être interprétée comme indiquant qu'il prenait des photographies : il utilisait son téléphone en mode haut-parleur, car il portait un casque de moto. Enfin, concernant sa mise en cause dans l'affaire de trafic de voitures, le Conseil d'Etat constate qu'il a été entendu dans cette affaire en tant que simple témoin, lui-même se disant victime dudit trafic. Sur la base de ces éléments, le Conseil d'Etat a suspendu l'arrêté d'assignation à résidence, ce qui fut une première depuis que l'état d'urgence était en vigueur.

En plus de ces exemples - et il y en a d'autres - de mesures attentatoires aux libertés prises sur la base d'éléments peu probants, s'ajoutent un autre type de subjectivité : celle de l'appréciation du tribunal administratif, qui peut varier grandement d'une formation de jugement à l'autre. Deux exemples de personnes assignées à résidence illustrent ce propos. Le premier cas<sup>30</sup> concerne une personne qui, selon la note blanche des services de renseignement, "*pratique un islam rigoriste et fréquente une mosquée dont le responsable est enclin à accueillir plusieurs jeunes salafistes, il compte parmi son tissu relationnel des individus connus de services partenaires évoluant dans la mouvance de l'islam radical et susceptibles de partir sur zone, et désire quitter la France pour aller vivre dans un pays musulman*". Le tribunal administratif de Grenoble a considéré que ces éléments étaient insuffisants pour caractériser "*une activité de l'intéressé s'avérant dangereuse pour la sécurité et l'ordre public*". Dans le second exemple<sup>31</sup>, la personne est aussi assignée à résidence : elle a été refoulée par les autorités turques, car soupçonnée de vouloir se rendre en zone irako-syrienne pour faire le djihad, et qu'elle "*entretient des liens avec une famille connue pour son fondamentalisme religieux, ainsi qu'avec un imam radical tunisien*". La note blanche semble ici aussi peu détaillée que celle de l'affaire précédente. Pourtant, le juge estime cette fois-ci qu'il existe des raisons sérieuses de penser que le comportement du requérant constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. Ces deux derniers arrêts illustrent une certaine variation de l'appréciation de la menace d'un juge à l'autre, les faits étant similaires (une potentielle intention de partir faire le djihad et de potentiels liens avec l'Islam radical), mais l'issue des recours différente<sup>32</sup>.

Au cours de l'été 2017, plusieurs associations<sup>33</sup>, aux côtés de 500 universitaires<sup>34</sup> et d'institutions telles que le Défenseur des droits et la CNCDH ont dénoncé les dérives engendrées par l'état d'urgence pour s'opposer au projet de loi visant à inscrire

30 TA Grenoble, 1er juin 2016, n° 1602973.

31 TA Grenoble, 23 janvier 2016, n° 1600363.

32 J.-P. Foegle, N. Klausser, " Le contrôle du juge administratif sur les notes blanches ", *Délibérée*, Octobre 2017, n°2.

33 Telles que Human Rights Watch, Amnesty International, Le Collectif contre l'Islamophobie en France, la Quadrature du net, la Ligue des droits de l'Homme, ou le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s.

34 " Banalisation de l'état d'urgence : une menace pour l'état de droit ", Tribune dans Libération, 12 juillet 2017 [http://www.liberation.fr/debats/2017/07/12/banalisation-de-l-etat-d-urgence-une-menace-pour-l-etat-de-droit\\_1583331](http://www.liberation.fr/debats/2017/07/12/banalisation-de-l-etat-d-urgence-une-menace-pour-l-etat-de-droit_1583331)

certaines de ses dispositions dans le droit commun. Pour relativiser ces critiques, le gouvernement français rappelle que ce régime s'inscrit dans le cadre de l'Etat de droit. Il utilise pour cela deux arguments : d'une part, celui de l'existence de mécanismes de contrôle, tel que le contrôle hiérarchique au sein de l'administration, le contrôle parlementaire, ou le contrôle juridictionnel, et d'autre part, celui de l'existence de données et de statistiques relative à l'application de l'état d'urgence, qui attesteraient de son efficacité.

Les exemples précités de manifestants et des " menaces subjectives " illustrent que les contrôles hiérarchiques et juridictionnelles de l'état d'urgence peuvent être défaillants ou lacunaires, en raison de l'important pouvoir discrétionnaire conféré à l'administration, et de la force probante considérable accordée aux notes blanches par certains juges administratifs : ainsi, sur 39 arrêtés motivés par une note blanche qui ont fait l'objet d'un recours devant les tribunaux du ressort de la Cour administrative d'appel de Lyon, seuls quatre ont été annulés, dont un car la préfecture ne l'avait pas produite à l'audience<sup>35</sup>.

Concernant les statistiques qui attesteraient de l'efficacité de l'état d'urgence dans la lutte contre le terrorisme, la proportion des perquisitions administratives ayant débouché sur des poursuites pénales en lien avec des infractions à caractère terroriste permet d'en avoir un aperçu : moins de 1%, soit moins d'une quarantaine sur près de 4600 perquisitions. Pour ce qui est des statistiques qui attesteraient de " l'efficacité du contrôle opéré par le juge administratif ", Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, se veut rassurant, car " plus de 30 % des assignations à résidence prises au titre de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 et contestées devant le juge des référés des tribunaux administratifs ont cessé d'être appliquées, soit qu'elles aient été suspendues en tout ou partie par ce juge, soit qu'elles aient été préventivement abrogées, avant ou après l'audience devant le juge, par le ministre de l'intérieur " <sup>36</sup>. Cette proportion serait plus faible au regard de l'étude menée par le CREDOF (de l'ordre de 20%). Toujours est-il que cette proportion seule n'est pas une clef de lecture suffisamment pertinente pour déterminer " l'efficacité " du contrôle juridictionnel : les exemples précités illustrent que d'autres aspects du contentieux doivent être pris en considération, et particulièrement le mode d'administration de la preuve.

L'étude de l'analyse contentieuse de l'état d'urgence révèle ainsi que le standard de précisions des éléments de renseignement sur lesquels les autorités administratives fondent leurs décisions n'est pas clair, de même de celui requis des requérants qui entendraient contester ou réfuter les éléments avancés. En tout état de cause, l'excès de compréhension du juge à l'égard de l'action administrative constaté dans plusieurs arrêts risque d'alimenter l'une des critiques faites à la justice administrative française : celle de s'apparenter " à une ruse de la domination, puisqu'elle a pour objet premier de transformer un rapport de force en droit " <sup>37</sup>.

35 J.-P. Foegle, N. Klausser, " Le contrôle du juge administratif sur les notes blanches ", préc.

36 Conseil d'Etat, " Rapport Annuel pour 2016 ", *La Documentation Française*, 2017, Editorial

37 G. Bigot, *Ce droit qu'on dit administratif... Etudes d'histoire du droit public*, La Mémoire du Droit, 2015, p. 15-16.

\*\*\*

## LOS ABUSOS DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN FRANCIA Y SU CONTROL JURISDICCIONAL: EL EJEMPLO DE LOS MANIFESTANTES Y LAS AMENAZAS SUBJETIVAS

Desde el 14 de noviembre de 2015 hasta el 31 de octubre de 2017, Francia fue mantenida bajo el régimen del Estado de emergencia. La peculiaridad de este régimen reside en las medidas discrecionales que puede tomar el Ministerio del Interior para prevenir amenazas al orden y la seguridad pública, como el arresto domiciliario, la búsqueda administrativa o la prohibición de residencia.

Criticada por la sociedad civil por sus prolongadas prórrogas y su ineficacia en la lucha contra el terrorismo a largo plazo, su aplicación fue reconducida varias veces, en ese sentido, dos casos concentrarán nuestra atención: el caso del mal uso del estado de emergencia contra personas que no representan una amenaza terrorista, en presencia de activistas y manifestantes, y el caso de personas que se presume que constituyen una amenaza sobre la base de una acumulación de elementos subjetivos. La peculiaridad de estos dos tipos de abuso es que se basan en un solo y mismo documento: la denominada "nota blanca" de los servicios de inteligencia, que no cita sus fuentes ni su autor.

Este artículo tiene como objetivo analizar las controversias administrativas y poner en evidencia la delicada misión del juez: por un lado, prevenir el orden público y la seguridad pública, y por otro lado, hacer respetar los derechos y libertades del otro, y esto, sobre los elementos constitutivos en las notas blancas. El análisis de la efectividad de este control jurisdiccional se lleva a cabo por medio de un documento sobre notas blancas y el control que realiza el tribunal administrativo.

\*\*\*

## DER MISSBRAUCH DES AUSNAHMEZUSTANDES IN FRANKREICH UND SEINE KONTROLLE DURCH DIE GERICHTSBARKEIT: AM BEISPIEL VON DEMONSTRANTEN UND SUBJEKTIVEN BEDROHUNGEN

Zwischen dem 14. November 2015 und dem 31. Oktober 2017 war in Frankreich der Notstand verhängt. Die Besonderheit dieses Regimes liegt in den Ermessens-Maßnahmen, die das Innenministerium ergreifen kann, um Gefährdungen der Ordnung und öffentlichen Sicherheit zu verhindern. Zu diesen Maßnahmen zählen Hausarrest, behördliche Durchsuchungen oder das Aufenthaltsverbot.

Die Verlängerungen des Ausnahmezustandes sowie seine Unwirksamkeit im langfristigen Kampf gegen den Terrorismus wurden von Teilen der Zivilgesellschaft kritisiert. Darüber hinaus kam es in Bezug auf die Anwendung des Regimes zu Missbrauchsfällen, von denen zwei in diesem Beitrag besondere Aufmerksamkeit gebührt: Die Anwendung von notstandsrechtlichen Maßnahmen in Bezug auf Personen, die keine terroristische Bedrohung darstellen (im Falle von Aktivisten und Demonstranten) sowie in Bezug auf Personen, die - aufgrund einer Ansammlung subjektiver Elemente - als eine terroristische Bedrohung eingestuft werden. Die Besonderheit dieser

beiden Arten von Missbrauch besteht darin, dass sie auf ein und demselben Dokument basieren: der notes blanches der Geheimdienste, die weder ihre Quellen noch ihren Autor zitieren.

Dieser Artikel analysiert das aufgrund dieser Praktiken ausgelöste Verwaltungsstreitverfahren. Dabei wird die schwierige Rolle des Richters herausgestellt: einerseits die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu schützen und, andererseits, die Rechte und Freiheiten von Personen, und dies unter Berücksichtigung der „ausreichend ausführlichen Elemente“, die in den notes blanches enthalten sind. Die Analyse der Effektivität dieser gerichtlichen Überprüfung erfolgt anhand eines konkreten Falles, welcher zugleich auf dem Inhalt der notes blanches basiert, sowie anhand der entsprechenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

## **II**

**Fronteras, seguridad y migraciones /  
Fontières, sécurité et migrations /  
Grenzen, Sicherheit und Migrationen**



# MIGRATION UND SICHERHEIT: FÜR WEN, VOR WAS?

ZUR NEUEREN ABSCHIEBUNGSPRAXIS DEUTSCHLANDS<sup>1</sup>

MALCOLM MACLAREN

## 1. ZUM ARGUMENT

Im Allgemeinen wird in Deutschland das Thema „Migration und Sicherheit“ falschherum aufgeklärt. Insbesondere in der jetzigen Bundestagswahl wird es hauptsächlich aus der Perspektive eines Ansässigen betrachtet anstatt aus der Perspektive eines Flüchtlings. Des Weiteren wird das Thema nach der angeblichen Bedrohung, welche Migration für das Empfängerland bedeutet, anstatt nach der im Herkunftsland herrschenden Bedrohung der Menschen bemessen. Politische Maßnahmen drehen sich um Ablehnung und eine Abwehrhaltung, letzten Endes ein Streben nach Abschottung. Man spricht von der „Versicherheitlichung“ des Phänomens der Massenmigration.<sup>2</sup>

Diese Betrachtungs- bzw. Ermessungsweise stellt, so meine ich, eine Umkehr der gebotenen Behandlung des Themas „Migration und Sicherheit“ dar. Das konkrete Endergebnis ist, dass westliche Regierungen, anstatt Zuflucht und Unterstützung zu bieten, versuchen, flüchtende Menschen an der Einreise zu verhindern oder ihnen, wo möglich, Asyl zu verweigern.

## 2. ÜBERLEGUNGEN

Weil dieser Text einen begrenzten Seitenumfang nicht überschreiten sollte, konzentriere ich mich auf eine der aktuellen Herausforderungen. Ich werde das Argument anhand der neueren Abschiebungspraxis Deutschlands erläutern. Deutschland (d.h. die Gesellschaft als Ganzes und die Bundesregierung) steht letzten Endes vor der Entscheidung, wie wenig Rechtsstaatlichkeit bzw. Sicherheit MigrantInnen im Herkunftsland zuzumuten ist.

Die folgenden drei Teile betreffen sachliche, ethische und rechtliche Dimensio-

1 Dieser Beitrag wurde zuerst als ein Vortrag in Lima präsentiert. Er wurde so verfasst, damit ein breites Publikum sich mit dem Thema auseinandersetzen konnte. Bis September 2017 wurden einschlägige Entwicklungen berücksichtigt und waren Internetadressen aktuell.

2 Vgl. Mechthild Baumann, „Migration und Sicherheit“, WISO direkt, September 2009, S. 3, unter <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/06691.pdf>. Weiter vgl.: Sicherheit ist „a concept which seems, starting from September 2001, to have replaced any other political notion [...] The formula „for security reasons“ functions today in any domain [...] as a password in order to impose measures that the people have no reason to accept.“ (Giorgio Agamben, „For a Theory of Destituent Power“, Critical Legal Thinking, 5. Februar 2014, S. 2, unter <http://criticallegalthinking.com/2014/02/05/theory-destituent-power/>.)



nen des Themas „Migration und Sicherheit“.<sup>3</sup> Sie sollten eine Antwort auf die Frage formulieren, wer nach welchen Kriterien „rückgeführt“ werden sollte.

## - SACHLICH

Die MigrantInnen nach Europa fliehen vor physischer Gewalt und Bürgerkrieg u.a. in Syrien, Somalia und Afghanistan. Im Jahr 2015 flüchteten rund 890,000 von diesen nach Deutschland.<sup>4</sup> Die dortigen Gefahren für die Geflüchteten übertreffen bei weitem die hiesigen Gefahren für die Ansässigen. Wir erfahren zurzeit eine in weiten Teilen irrationale Gefährdungsdebatte.

Die Hauptherkunftsländer der Flüchtlinge im Sommer 2015 (d.h. am Anfang der sog. „Krise“) waren Syrien, Afghanistan, Somalia, Sudan, Süd-Sudan, DR Kongo, Myanmar, die Zentralafrikanische Republik und Irak. In diesen Ländern kamen bis zu diesem Zeitpunkt insgesamt 129,366 Menschen durch einseitige Gewalt im Rahmen eines innerstaatlichen Konflikts ums Leben.<sup>5</sup> Diese Zahlen zeigen ein massives Ausmaß der existenziellen Bedrohung. Die Geflüchteten versuchen, in Sicherheit zu gelangen und eine normale Existenz im Ausland aufzubauen. Für die globalisierte Welt des 21. Jahrhunderts mit ihren mobilen Gesellschaften könnte Massenmigration zum regulären Fall werden.

Bei vielen EuropäerInnen ist der starke Eindruck entstanden, dass die Einwanderung aufgrund von Ausländerkriminalität und v.a. Terrorismus sowie dem Sicherheitsversagen des Staates eine der größten Bedrohungen unserer Zeit sei.<sup>6</sup> Trotz gegensätzlicher Behauptung der Medien sind die nach Deutschland Geflüchteten nicht anfälliger für Verbrechen als die Ansässigen. In der Wirklichkeit sind sie nicht pauschal krimineller. Einerseits ist bei der Ausländerkriminalität seit 2015 zwischen Delikten, Herkunftsländern und Altersspannen genau zu unterscheiden. Andererseits hängt die Frequenz von Terrorattacken (ausgeübt und vereitelt) anscheinend mit anderen Faktoren als der reinen Anzahl von MigrantInnen zusammen.<sup>7</sup>

Bei der Beschreibung der jetzigen Sachlage ist auch Folgendes zu überlegen: die betroffenen Gruppen werden in der Öffentlichkeit bzw. Politik vermischt, und dies manchmal absichtlich; MigrantInnen haben keinen homogenen Hintergrund bzw. gleichartige Motive für ihre Präsenz in Deutschland. (Zum Beispiel werden schutzsuchende, friedliche Muslime oft mit islamistischen TerroristInnen gleichgesetzt.)

MigrantInnen, v.a. MuslimInnen, nehmen diese Stimmung wahr: sie fühlen sich vielerorts beäugt, nicht nur als Fremd, sondern auch als Bedrohungsfaktor, sogar als

3 Migration wird auch von vielen EuropäerInnen als Bedrohung für die kulturelle Identität dargestellt. Ich behandle hier das weitere Thema von Integration und Gesellschaft nicht.

4 Deutsches Institut für Menschenrechte, Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland: Januar 2015-Juni 2016 (Kurzfassung), 2016, S. 3, unter <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsbericht>.

5 Für aktuelle Zahlen vgl. die Website des Department of Peace and Conflict Research, Uppsala Conflict Data Program, Uppsala Universität, unter <http://ucdp.uu.se/#/encyclopedia>.

6 Allgemein vgl. „Terrorism: Learning to live with it“, Economist, 3. September 2016.

7 Auch zu bemerken ist, dass KriminologInnen als Mittel gegen solche Gewaltstraftaten bessere Angebote sowie bessere Chancen auf politisches Asyl für Geflüchtete fordern.



potenzielle Gewalttäter. Sie sprechen von einem feindlichen Klima der Kontrolle und des Verdachts.<sup>8</sup> Noch schlimmer ist, dass ein hohes Niveau von Gewalt gegen MigrantInnen zu berichten ist: 2015-16 registrierte das Bundeskriminalamt z.B. fast 100 politisch motivierte Straftaten gegen Flüchtlingsunterkünfte in Deutschland pro Monat.<sup>9</sup>

In ihren Herkunftsländern sind jedoch viele MigrantInnen auf die Straße gegangen und haben gegen die politische, soziale, und wirtschaftliche Misere demonstriert. Diese Demonstrationen haben in Gewalt gemündet, und diese Menschen fliehen vor Krieg, Verfolgung und Elend. Die Geflüchteten haben es über risikoreiche Routen (teilweise mit Hilfe von ausbeutenden Schleppern) bis nach Europa geschafft. In Europa werden sie und ihre Kinder von vielen nationalen Behörden schlecht behandelt (nämlich durch Ausschluss, Rassismus und Missbrauch). In Südosteuropa werden sie von PolizistInnen und GrenzschützerInnen sogar mit Brutalität konfrontiert. Nun bemühen sich die Geflüchteten nach Kräften, in Deutschland wie anderswo eine neue Heimat zu finden.

Hier stellt sich die titelgebende Frage des Beitrags: brauchen die Geflüchteten Schutz vor Gewalt, oder brauchen die Deutschen Schutz vor der Massenmigration?

## - ETHISCH

Wenn heutzutage das Thema Migration und Sicherheit in Deutschland ethisch überlegt wird, kommt man ebenso zu dem Schluss, dass der konkreten Not von Menschen auf der Flucht Vorrang vor dem allgemeinen Unbehagen gegeben werden sollte.

Die heutige Situation stellt einen Fall für die angewandte Ethik dar: die Frage des richtigen Umgangs mit MigrantInnen ergibt sich aus Meinungsverschiedenheiten über die Rechte und Pflichten unterschiedlicher Akteure aus unterschiedlichen Gemeinschaften. Welche Prinzipien sollten internationales Tun (oder Unterlassen) bestimmen? Lassen sich die Verschiedenheiten durch diese miteinander in Einklang bringen? Wenn ja, wäre dieser Einklang für oder gegen eine gewisse Politik?

Die ethischen Ansätze zu diesen Fragen sind selbstverständlich zahlreich - und können nicht in einem kurzen Text nachgegangen werden. Der Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist, dass alle Menschen grundsätzlich als gleichwertig behandelt werden sollten.<sup>10</sup> Wenn der Mensch im Mittelpunkt unserer ethischen Überlegungen steht, welcher Ansatz scheint international gerecht bzw. ungerecht? Die Hauptüberlegung im Umgang mit Menschen, die wie Flüchtlinge oft in Lebensgefahr stehen, sollte Menschlichkeit sein. Wenn diese Menschen schon zu „unserer“ eigenen Gemeinschaft (d.h. StaatsbürgerInnen) gehören würden, würden wir vermutlich nicht zögern, „ihnen“ Hilfe bzw. Schutz in ihrer Not zu bieten. Welche Verpflichtungen haben aber BürgerInnen eines Staats für BürgerInnen eines anderen; wie sollten

8 Zitiert in Baumann, S. 4.

9 Zitiert in Institut, S. 6.

10 Mein Ausgangspunkt entspricht der „Theory of Justice“ und dem Schleier des Nichtwissens von John Rawls, die diese Diskussion maßgebend geprägt haben.

„wir“ uns gegenüber „denen“ in Bezug auf Migration (unter weiteren Fragen der globalen Gerechtigkeit) verhalten?

In der Tat stellt Menschlichkeit die Grundlage der Europäischen Menschenrechte dar. (Man fragt sich kritisch, ob die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) durch ihre jetzige Politik bzw. Praxis diese eigenen Standards einhalten oder verletzen.) Zwar muss bei der Migrationssteuerung eine Abwägung von menschlichen Interessen stattfinden. Gibt es aber wesentliche öffentliche Gründe, die den Sicherheitsbedürfnissen von Geflüchteten widersprechen oder gar in einer „praktischen“ Hierarchie übertrumpfen? Meines Erachtens gibt es keine, die in ihrer Wichtigkeit und Befriedigung höher sein könnten: der Schutz von Gefahr für Leib und Leben muss gegenüber indirekten Bedrohungen (d.h. einem Bedürfnis nach Angstfreiheit o.Ä.) Vorrang haben.<sup>11</sup>

Ich frage mich sogar weiter, ob eine strikte, ggf. verhängnisvolle Grenze zwischen sog. Wirtschafts- und politischen Flüchtlingen zu ziehen ist. Zwar unterscheidet sich das Schicksal eines verfolgten Oppositionellen aus Syrien und eines aus Armut fliehenden Marokkaners.<sup>12</sup> Alle Flüchtlinge suchen aber nach einer anderen, einer besseren Existenz. Alle hoffen auf etwas Fundamentales, was wir in Europa schon haben, nämlich ein Leben in Würde. Nochmals sollten wir die Problematik nicht einseitig aus unserer Perspektive als Wohlhabende, sondern auch aus der der MigrantInnen, betrachten. Ist ihre Hoffnung nicht auch auf die eine oder die andere Art zu ermöglichen?<sup>13</sup>

Wenn das Schicksal der Geflüchteten ethisch diskutiert wird, könnte eine weitere wesentliche Überlegung in Betracht gezogen werden. Es handelt sich nicht um die obengenannten Menschenrechte, sondern um ein zweites Fundament unserer Gesellschaft, die pluralistische Demokratie. Mit Recht könnte gefragt werden, ob Geflüchtete von den politischen Entscheidungen, die sie betreffen, ausgeschlossen werden sollten. (Diese hoch verletzte Gruppe hat nämlich keine Stimme zu den Maßnahmen, die sie direkt und in hohem Maß persönlich betreffen, z.B. zu den vorgeschlagenen Verschärfungen im deutschen Asylrecht). Das sog. „all-affected principle“ - nach dem alle Personen, die von einer Entscheidung betroffen sind, auch das Recht haben, über diese mitzubestimmen - lautet gegenteilig. Das Prinzip ist zwar schwierig zu interpretieren und anzuwenden. Wenn es aber unserem allgemeinen demokratischen Verständnis in Deutschland entspricht, muss dies, konsequenterweise, im Umgang mit Geflüchteten versucht werden.

Angesichts dieser zwei ethischen - menschenrechtlichen und demokratischen - Überlegungen befürchte ich die moralische Beurteilung der Geschichte. Die Geflüch-

11 Weiter vgl. Andreas Fisch, „Skizze einer Migrationsethik für die Reduktion der Zahl von Flüchtlingen. Rechtfertigungsgründe für ein heikles Politikfeld“, in Joachim Hruschka / Jan C. Joerden (Hrsg.), 25 Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics (2017, im Erscheinen).

12 In der Tat bilden solche monokausalen Migrationsmotive bzw. einfachen Unterscheidungen von MigrantInnen eher die Ausnahme als den Normalfall.

13 Mit Habermas kann man immer noch bezweifeln, ob die Grenzen der europäischen Belastbarkeit erreicht sind. Er bezeichnet die herrschende Immigrationspolitik als „europäische[n] Wohlstandschauvinismus“. (Jürgen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen: Studie zur politischen Theorie, Frankfurt am Main 1996, S. 269 ff.)

teten brauchen dringend den Beistand Europas, aber was tun seine friedlichen und saturierten Gesellschaften in diesem Augenblick? Ich befürchte, dass künftige Historiker auf diese Zeit zurückschauen werden und unsere kollektive Reaktion als beschämend beurteilen werden.

## - RECHTLICH

Nun möchte ich die rechtliche Dimension des Themas „Migration und Sicherheit“ behandeln. Das wichtigste Ereignis in dieser Hinsicht ist meines Erachtens der Prozess der Entrechtung, der seit dem Sommer 2015 stattgefunden hat. Freiheit und Mobilität werden in Migrations- und Grenzregimen eingeschränkt. Dieser Prozess zeigt sich etwa in aktuellen Entwicklungen wie der neueren Abschiebungspraxis Deutschlands.

Rechtlich betrachtet gibt es keine eindeutige Antwort auf die anfangs gestellte Frage - wer sollte nach welchen Kriterien „rückgeführt“ werden? Laut dem „principle of non-refoulement“ (dem Grundsatz der Nicht-Zurückweisung), das als *ius cogens* anerkannt ist, darf keine Person abgeschoben werden, die „der Gefahr der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ausgesetzt ist“. (Dieser Personenkreis schließt illegale MigrantInnen sowie terrorismusverdächtige AusländerInnen ein.)

Dieser Grundsatz ist allerdings schwierig zu interpretieren und anzuwenden, v.a. unter den herrschenden Umständen. Deutsche Entscheidungsträger können nicht einfach auf die Gesetze verweisen, die Gerichte eine Überprüfung vornehmen, und die Verwaltungsbehörden einen Vollzug derer Ergebnisse durchsetzen. Diese unscharfe Rechtslage führt dazu, dass es sich bei den rechtlichen Überlegungen nicht lediglich um „Legalität“ handelt.

Die Frage, die dringend beantwortet werden muss, lautet eher: werden in der jetzigen deutschen Abschiebungspraxis die Menschenrechte von MigrantInnen respektiert, oder werden sie (evtl. elementar) missachtet? Entspricht zudem diese Praxis dem menschenrechtlichen Gebot einer fairen, menschenwürdigen Behandlung? Meines Erachtens werden zurzeit menschenrechtliche Verstöße in der deutschen Abschiebungspraxis begangen.<sup>14</sup>

Geflüchtete, die in Deutschland straffällig werden, aber denen (noch) nichts nachgewiesen wurde, werden als „Gefährder“ - kein juristisch definierbarer Begriff - eingestuft, und dann willkürlich abgeschoben. Ein Prozess wird hier nicht gemacht. (Vgl. (i) unten.). Ebenso müssen abgelehnte Asylbewerber wieder in ihre Herkunftsländer zurück, da sie in Deutschland kein Bleiberecht bekommen. Beide Gruppen werden in „sichere“ Drittstaaten abgeschoben. (Vgl. (ii).)

(i) Im Kontext des Strafvollzugs ist zu bezweifeln, ob alle vermeintlichen sicheren Drittstaaten diesen Status verdient haben. (Das OLG Stuttgart hat vor einem Jahr festgestellt, dass beispielweise in Rumänien, das automatisch als EU-Staat als sicherer

14 Aus Platzgründen werden weitere Fragen in diesem Zusammenhang, z.B. die Rechtsstaatlichkeit des verkürzten Asylverfahrens, nicht behandelt. (Dazu vgl. Institut, S. 10.)

Drittstaat gelten sollte, die Menschenrechte bzw. die Mindeststandards von Haftbedingungen nicht gewährleistet seien, und dass man dorthin nicht abschieben dürfe.<sup>15</sup> Kann man dann im Falle von den Maghreb-Staaten wirklich von sicheren Drittstaaten sprechen? Solche Straffällige sollten sich vor der deutschen Justiz zu verantworten haben; im Herkunftsland landen sie oft in Foltergefängnissen!<sup>16</sup>

(ii) Auch für Menschen ohne Bleiberecht gilt die Sicherheitslage in vielen dieser Staaten als prekär; dort gibt es nicht nur Unterdrückung und willkürliche Gewalt durch den Staat, sondern auch schlimme terroristische Anschläge. (Anfang Juni 2017 gab es im Diplomatenviertel in Kabul - d.h. an einem angeblich sicheren Ort - einen Anschlag, der über 100 Menschen das Leben kostete. Infolgedessen hat die deutsche Regierung Abschiebungen nach Afghanistan bis zur Bundestagswahl Ende September ausgesetzt.<sup>17</sup>) Wird dies aber so bleiben, wenn, wie vorhergesagt, die konservativen Unionsparteien nach der Wahl die Regierung umbilden können? Aktuelle Forderungen tendieren dazu, die Abschiebungen von terrorismusverdächtigen AusländerInnen und Menschen ohne Bleiberecht zu verstärken.

### 3. SCHLUSS

In Deutschland zumindest wird Migration zu oft als Sicherheitsrisiko wahrgenommen. Die ernsthafte Lage von Geflüchteten wird nicht richtig in Betracht gezogen; die Überlegungen sind dann eher unreflektiert und undifferenziert. Die Vorurteile und Ängste dieser BürgerInnen werden durch jüngere politische Maßnahmen bestätigt und manchmal verstärkt. Die Migrationssteuerung bzw. -kontrolle (bei Einreise und Abschiebung) wird zunehmend in der deutschen Politik mit Kriminalitäts- und Terrorismusbekämpfung verknüpft. Die beispielhafte Abschiebungspraxis ist, so habe ich argumentiert, sachlich, ethisch, und rechtlich unangemessen.

Könnten aber auch die möglichen Vorteile von Migration für Deutschland nicht öfter in Betracht gezogen werden? Wenn sie sich integrierten und integriert würden, stellen MigrantInnen auch eine Bereicherung für die nationale Wirtschaft, Demografie und Gesellschaft dar! Solche Vorteile werden in den oben beschriebenen Zusammenhängen überschattet.

Offen gesagt, habe ich selbst mehr Angst vor dem Verhalten einiger anderer, nationalistischer Ansässigen als vor den Geflüchteten im Allgemeinen. Die Ersteren könnten mehr Unrecht als die Letzteren tun und zwar durch die Staatsmacht und in Form von umfassender und tiefgreifender Ungerechtigkeit. Die neu gewählte deutsche Regierung muss die begehrte „offene Gesellschaft“ vor den Feinden der Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte und Demokratie schützen. Manchmal können

15 Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart, Beschluss vom 29. April 2016, Az. 1 Ausl. 326/15; 1 Ausl. 326/15.

16 Die internationale Rechtslage bzgl. diplomatischer Zusicherung ist auch unscharf; die „Grenzen“ zwischen akzeptablen und nicht-akzeptablen diplomatischen Zusicherungen sind völkerrechtlich nicht eindeutig markiert. Nach neueren Aussagen von UN-Ausschüssen für Menschenrechte sind diese aber in jedem Fall mit Vorsicht, nur unter bestimmten Umständen, und unter vielen Bedingungen zu vereinbaren.

17 Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) hat in Afghanistan eine drastisch verschärfte Lage seit April 2016 festgestellt. Laut dem Bundesverfassungsgericht muss die UNHCR-Lageeinschätzung im Asylverfahren berücksichtigt werden. Z.B. vgl. BvG, Beschluss vom 22. Februar 2017, 2 BvR 392/17.



diese Feinde eher eigene Staatsbürger sein.

\*\*\*

## MIGRACIÓN Y SEGURIDAD: ¿PARA QUIÉN Y CONTRA QUÉ?

El tema de la migración y la seguridad se está dando con un falso revés en Alemania. Especialmente en la actual elección del Bundestag (Parlamento Alemán), donde se ha considerado al tema principalmente desde la perspectiva del residente en lugar de estudiarlo desde la perspectiva de un refugiado. También se ha evaluado la supuesta amenaza que representa la migración contra el país receptor, en lugar de estudiar la amenaza del pueblo inherente al país de origen. En consecuencia, las medidas políticas giran en torno al rechazo contra el migrante y a una postura defensiva. Se habla en ese sentido de la securización del fenómeno de la migración masiva.

Este punto de vista, denominado Ermessungsweise, se presenta como la antítesis del tratamiento necesario que merece el individuo, la migración y la seguridad en general. En el terreno de lo concreto esto se ha traducido en el hecho que los gobiernos occidentales, en lugar de ofrecer refugio y apoyo, tratan de persuadir a las personas para que no entren al país o, cuando esto no es posible, les niegan las solicitudes de asilo.

\*\*\*

## MIGRATION ET SECURITE : POUR QUI ET CONTRE QUI ?

La question de la migration et de la sécurité avance avec un faux revers en Allemagne. Surtout en ce qui concerne l'actualité de la dernière élection au Bundestag, où le sujet a été considéré principalement du point de vue du résident au lieu de l'étudier du point de vue du réfugié. La menace supposée que représente la migration contre le pays d'accueil a également été évaluée, au lieu d'étudier la menace des personnes inhérentes au pays d'origine. Par conséquent, les mesures politiques tournent autour du rejet contre le migrant et sur une position défensive. En ce sens, on commence à parler de la sécurisation du phénomène de la migration de masse.

Ce point de vue, appelé Ermessungsweise, est présenté comme l'antithèse du traitement nécessaire à l'individu mérité, à la migration et à la sécurité en général. Dans le domaine du concret, cela s'est traduit par le fait que les gouvernements occidentaux, au lieu d'offrir refuge et soutien, tentent de persuader les individus de ne pas entrer dans leur territoire ou, quand ce n'est pas possible, de leur refuser les demandes d'asile.

