

# REVUE

## DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

Rédacteur en chef: VIVIAN BOSE

DEUXIEME SEMESTRE 1963

TOME IV, No 2

### ÉDITORIAL

- HANS KLECATSKY RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT ET LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ DE L'ACTION ADMINISTRATIVE
- RENÉ CASSIN RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT
- GERHARD LEIBHOLZ LA JUSTICE ET LE POUVOIR DANS LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE
- G. D'ARBOUSSIER DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ. LA PRIMAUTÉ DU DROIT: MYTHE OU RÉALITÉ ?
- NORMAN S. MARSH LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ: NEW-DELHI, LAGOS, RIO DE JANEIRO; RÉFLEXIONS À PROPOS D'UN VOYAGE, AVEC QUELQUES DIGRESSIONS À PROPOS DE CHICAGO ET DE VARSOVIE
- WHITNEY N. SEYMOUR et SAÛL L. SHERMAN L'UNIVERSALISATION DU CONCEPT DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT: UNE OPINION AMÉRICAINE
- J. JIMÉNEZ DE ARICHAGA QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT
- VIKTOR LIEBSCHER L'AUTRICHE ET LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES
- ANNAROSA PIZZI LA DÉFENSE DE LA LIBERTÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE D'ITALIE
- A. G. DAVIS LE COMMISSAIRE PARLEMENTAIRE EN NOUVELLE-ZÉLANDE (deuxième partie)

### JURISPRUDENCE

Le contrôle des lois électorales par les tribunaux constitutionnels

### DOCUMENT

Rapport sur le colloque tenu à Bangalore (Inde) du 6 au 8 juillet 1962, sous les auspices de la Commission de juristes de l'Inde et de la Commission de juristes de l'Etat de Mysore

### REVUE DES LIVRES

#### COMITÉ CONSULTATIF DE LA REVUE

ROBERT R. BOWIE, directeur de l'institut des relations internationales de l'Université Harvard, ancien professeur à la Faculté de droit de Harvard;

GEORGES BURDEAU, professeur à la Faculté de droit et à l'Institut d'Etudes politiques de l'Université de Paris;

C. J. HAMSON, professeur de droit comparé à l'Université de Cambridge;

SEBASTIAN SOLER, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Cordoba, ancien procureur général de la république Argentine;

KENZO TAKAYANAGI, professeur à la Faculté de droit

La Commission internationale de Juristes est une organisation non gouvernementale qui jouit du statut consultatif de la catégorie B auprès du Conseil économique et social des Nations Unies. La Commission a pour but de faire connaître et promouvoir le Principe de la Légalité et la notion de la Primauté du Droit. Les membres de la Commission sont les suivants :

JOSEPH T. THORSON (Président d'honneur)	Président de la Cour de l'Echiquier du Canada, Ottawa
VIVIAN BOSE (Président)	Ancien juge à la Cour suprême de l'Inde, New-Delhi
A. J. M. VAN DAL (Vice-président)	Avocat à la Cour suprême des Pays-Bas, La Haye
JOSE T. NABUCO (Vice-président)	Avocat au barreau de Rio de Janeiro, Brésil
SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA	Président ( <i>Chief Justice</i> ) de la Cour suprême du Nigéria, Lagos
ARTURO A. ALAFRIZ	Président de la Fédération des Associations d'avocats des Philippines, Manille
GIUSEPPE BETTIO	Député au Parlement italien, ancien ministre, professeur à la Faculté de droit de Padoue, Rome
DUDLEY B. BONSAI	Juge au tribunal fédéral de New-York (district sud), ancien président de l'Association du barreau de la ville de New-York, Etats-Unis
PHILIPPE N. BOULOS	Vice-président du Conseil des ministres du Liban, Beyrouth
U CHAN HTOON	Juge à la Cour suprême de l'Union Birmanne, Rangoun
ELI WHITNEY DEBEVOISE	Avocat au barreau de New-York, Etats-Unis
SIR OWEN DIXON	Président ( <i>Chief Justice</i> ) de la Cour suprême d'Australie, Melbourne
MANUEL G. ESCOBEDO	Professeur à la Faculté de droit de Mexico, avocat, ancien président de l'Ordre du barreau du Mexique
PER T. FEDERSPIEL	Ancien Président de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, député au Parlement danois, avocat au barreau de Copenhague
THUSEW S. FERNANDO	Juge à la Cour suprême de Ceylan, ancien <i>Attorney-General</i> et ancien <i>Solicitor-General</i> de Ceylan
ISAAC FORSTER	Premier président de la Cour suprême du Sénégal, Dakar
FERNANDO FOURNIER	Avocat, professeur à la Faculté de droit et président de l'Ordre du barreau du Costa Rica, ancien ambassadeur aux Etats-Unis et auprès de l'Organisation des Etats américains
OSVALDO ILLANES BENÍTEZ	Juge à la Cour suprême du Chili, Santiago
HANS-HEINRICH JESCHECK	Professeur à la Faculté de droit de Fribourg-en-Brisgau, directeur de l'Institut de droit pénal international et comparé, République fédérale d'Allemagne
JEAN KRÉHER	Avocat à la Cour d'appel de Paris, France
SIR LESLIE MUNRO	Ancien secrétaire général de la Commission internationale de Juristes, ancien président de l'Assemblée générale des Nations Unies, ancien ambassadeur de Nouvelle-Zélande aux Etats-Unis et auprès des Nations Unies
PAUL-MAURICE ORBAN	Ancien sénateur, ancien ministre, professeur à la Faculté de droit de Gand, Belgique
STEFAN OSUSKY	Ancien ministre de Tchécoslovaquie, Washington D.C., Etats-Unis
LORD SHAWCROSS	Ancien <i>Attorney-General</i> d'Angleterre, Londres
SEBASTIEN SOLER	Avocat, Professeur à la Faculté de droit de Buenos Aires, ancien procureur général de la République Argentine
PURSHOTTAM TRIKAMDAS	Avocat à la Cour suprême de l'Inde, secrétaire de l'Association des avocats de l'Inde, New Delhi
H. B. TYABJI	Avocat au barreau de Karachi, ancien juge à la Haute Cour du Sind, Pakistan

Président: VIVIAN BOSE

Ancien juge à la Cour suprême de l'Inde

Secrétaire administratif: EDWARD S. KOZERA

Ancien chargé de cours de droit constitutionnel à l'Université de Columbia (New York)

# REVUE

## DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

*Rédacteur en chef: VIVIAN BOSE*

DEUXIEME SEMESTRE 1963

TOME IV, No 2

---

EDITORIAL		215
HANS KLECATSKY	RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT ET LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ DE L'ACTION ADMINISTRATIVE	217
RENÉ CASSIN	RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT	235
GERHARD LEIBHOLZ	LA JUSTICE ET LE POUVOIR DANS LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE	253
G. D'ARBOUSSIER	DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ. LA PRIMAUTÉ DU DROIT: MYTHE OU RÉALITÉ ?	261
NORMAN S. MARSH	LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ: NEW-DELHI, LAGOS, RIO DE JANEIRO; RÉFLEXIONS À PROPOS D'UN VOYAGE, AVEC QUELQUES DIGRESSIONS À PROPOS DE CHICAGO ET DE VARSOVIE	266
WHITNEY N. SEYMOUR et SAÛL L. SHERMAN	L'UNIVERSALISATION DU CONCEPT DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT: UNE OPINION AMÉRICAINE	278
J. JIMÉNEZ DE ARICHAGA	QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT	285
VIKTOR LIEBSCHER	L'AUTRICHE ET LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES	292
ANNAROSA PIZZI	LA DÉFENSE DE LA LIBERTÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE D'ITALIE	305
A. G. DAVIS	LE COMMISSAIRE PARLEMENTAIRE EN NOUVELLE-ZÉLANDE (deuxième partie)	327
JURISPRUDENCE		335
Le contrôle des lois électorales par les tribunaux constitutionnels		
DOCUMENT		345
Rapport sur le colloque tenu à Bangalore (Inde) du 6 au 8 juillet 1962, sous les auspices de la Commission de juristes de l'Inde et de la Commission de juristes de l'Etat de Mysore		

---

## REVUE DES LIVRES

	Le droit en Europe de l'Est ( <i>V. M. Kabes</i> )	361
<i>John N. Hazard et Isaac Shapiro</i>	The Soviet Legal System ( <i>János Tóth</i> )	365
	Commission des droits de l'homme des Nations Unies : rapport au Conseil économique et social sur les travaux de la dix-huitième session ( <i>Jean Ziegler</i> )	370
<i>Manouchehr Ganji</i>	International Protection of Human Rights ( <i>J. Z.</i> )	371
<i>Richard Baeumlin</i>	Staat, Recht und Geschichte ( <i>J. Z.</i> )	372
<i>Erhard Appell</i>	Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Bedeutung für das Deutsche und Strafver- fahrensrecht ( <i>Rudolf Torovsky</i> )	374
<i>T. Olawale Elias</i>	British Colonial Law: A Comparative Study of the Interaction between English and Local Laws in British Dependencies ( <i>A. A. de C. H.</i> )	375

## ÉDITORIAL

La Commission internationale de juristes a été constituée il y a onze ans, à Berlin. La plupart des articles groupés dans ce numéro contribuent à établir le bilan des travaux de la Commission.

Dans son article, M. Norman Marsh écrit: « La Commission internationale de juristes peut à bon droit se sentir assez fière d'avoir contribué à faire mieux comprendre l'existence d'un idéal politico-juridique susceptible d'application pratique dans des pays ayant des régimes politiques et économiques différents et des traditions juridiques différentes elles aussi ». C'est un fait que la notion de la Primauté du Droit est aujourd'hui très largement diffusée dans l'ensemble du monde, ce n'est plus un symbole hermétique intelligible seulement pour un petit nombre d'initiés: les hommes d'Etat font appel à cette notion; les monarques, chefs d'Etat et chefs de gouvernement se plaisent à en souligner l'importance; la presse, la radio-diffusion et la télévision contribuent largement à la populariser. L'idée de la Primauté du Droit pénètre profondément dans la conscience des peuples, et les pays qui accèdent à l'indépendance la reconnaissent comme un élément de leur héritage culturel; peut-être ne mesurent-ils pas toujours très exactement son sens et sa portée, mais leur adhésion au principe ne saurait faire aucun doute. Le mérite de cette évolution revient-il à la Commission? On peut en discuter; peut-être la Commission n'a-t-elle fait qu'aider le développement d'un processus spontané, mais peu importe; l'essentiel est que ce processus existe, et il n'y a là dessus aucun doute possible.

La Commission a emprunté aux systèmes juridiques du *Common Law* le concept traditionnel de la *Rule of Law* pour lui donner une portée très large, l'introduire dans les systèmes juridiques de droit écrit, le transposer sur les continents africain et asiatique, le mettre à la portée des non-juristes. Au Congrès de New-Delhi elle a souligné que la Primauté du Droit n'exigeait pas seulement que soient sauvegardés les droits civils et politiques de l'individu, mais aussi que soient établies « les conditions économiques, sociales et culturelles lui permettant de réaliser ses aspirations légitimes et de préserver sa dignité ». Un principe identique a été inscrit dans les Constitutions de l'Irlande et de l'Inde.

Le président René Cassin montre de son côté combien la Déclaration universelle des droits de l'homme, expression de la Primauté du Droit, « répond aux aspirations de toutes les populations de la terre » et plus particulièrement « des masses humaines en état de sous-développement, ne mangeant pas à leur faim, ne sachant

pas lire, victimes de l'oppression, de la crainte et de la misère ». L'auteur estime indispensable que les protestations de l'opinion mondiale puissent se faire entendre quand le principe de la souveraineté nationale n'autorise pas d'autre recours, et que les droits de l'homme soient juridiquement protégés, faute de quoi les particuliers devront en désespoir de cause se révolter contre la tyrannie et l'oppression. Les événements qui se sont produits récemment dans plusieurs pays confirment l'exactitude de ce jugement.

Le procureur général Viktor Liebscher expose comment la difficulté principale à la mise en application de la Convention européenne des droits de l'homme est de persuader les gouvernements des pays signataires de faire inclure ses dispositions dans leurs législations respectives. Il cite certaines matières dont l'intérêt pratique prend une importance grandissante: la liberté d'aller et venir, le droit pour un citoyen de quitter son pays ou d'y revenir.

Le colloque qui s'est tenu à Bangalore (Inde) a également traité de problèmes d'une grande importance pratique. D'où viennent les réticences des nationaux de ce pays à prêter assistance à la police et à témoigner en justice? De ce qu'ils craignent d'être traités avec brutalité ou avec mépris, d'être offensés dans le sentiment de leur dignité. D'où vient que les gens valables se tiennent à l'écart de la politique et répugnent à solliciter des mandats électoraux? Que signifie exactement dans l'Inde le système des partis? Quels sont les effets d'un régime qui autorise les sociétés privées à financer les campagnes électorales d'un parti ou d'un candidat sans que les bénéficiaires aient à rendre compte publiquement de l'emploi des fonds? Les actionnaires de ces sociétés ont-ils le droit d'être informés à ce sujet?

Le présent numéro comprend également une rubrique « Jurisprudence » où sont analysées quelques décisions sur le contrôle des lois électorales par les tribunaux constitutionnels. Des études de jurisprudence seront également données dans les numéros ultérieurs.

D'une façon générale, les articles publiés dans le présent numéro sont inspirés par un esprit à la fois idéaliste et pratique: c'est le même esprit qui anime l'ensemble des activités de la Commission internationale de juristes.

# RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT ET LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

## I

La notion de Primauté du droit a pris des aspects divers dans chacun des systèmes de droit, mais toutes ces variantes tendaient à la même fin: établir la liberté de la personne et la protéger contre toute manifestation d'autorité arbitraire des pouvoirs publics. L'homme n'est réellement libre de devenir, d'être et de rester une personne que lorsqu'il se sait protégé par le droit et qu'il lui est loisible d'invoquer cette protection. Le droit, ainsi que les institutions destinées à en maintenir la primauté, compensent le déséquilibre de forces qui existe entre l'individu essentiellement faible et la collectivité puissante par définition, en délimitant un domaine dans lequel individu et collectivité se rencontrent sur un pied d'égalité. Samuel Johnson a dit en termes pittoresques que « les personnes morales n'ont ni âme à sauver ni derrière à botter ». Une société composée d'êtres qui ne réussissent ni à affirmer ni à défendre leur propre entité glisse irrésistiblement dans l'enfer des illusions idéologiques.

Or la Primauté du droit, après avoir été chèrement acquise, n'est pas assuré à tout jamais. Il y a 90 ans Rudolf von Gneist, qui a lutté pour l'instaurer, a pu écrire ce qui suit: « La Primauté du droit, au sens historique et philosophique du terme, ne s'est affirmée qu'au terme d'une lente et pénible croissance et moyennant une lutte incessante contre les tendances fondamentales de la société; dans le monde d'aujourd'hui encore, elle ne peut être maintenue et rétablie que si cette lutte se poursuit ».<sup>1</sup> Cette conception n'a rien perdu de sa validité. La « lutte pour le droit » (pour utiliser les paroles de Rudolf von Ihering) ne cesse jamais, car « la puissance publique n'est jamais disposée, en aucun pays, à respecter de limites quelconques, qu'elle soit exercée par un individu ou par tous », a dit Ortega y Gasset.<sup>2</sup> Comme toutes les autres con-

<sup>1</sup> *Der Rechtsstaat*, Berlin 1872, p. 6.

<sup>2</sup> *Notas del vago estio*, 1925.

quêtes de la civilisation, la Primauté du droit est sans cesse menacée. On peut la comparer à ces cités fortifiées du Moyen Age qui, grâce à leurs murailles et à leurs fossés, à leurs tours et à leurs ponts-levis, garantissaient aux êtres humains vivant dans leur enceinte cette sécurité nécessaire à toute organisation sociale. Le juriste a son poste assigné derrière ces créneaux; il doit veiller sur cette cité et la défendre contre toute menace. Tout comme le site des villes fortifiées et la nature des dangers qu'elles couraient imposaient des systèmes de défense toujours plus spécialisés, de même la notion de Primauté du droit s'exprime de façons très diverses selon les besoins et les traditions des nations. Toutefois il est fréquemment arrivé qu'une cité soit tombée sans que ses murailles aient été entamées, victime de traîtres glissés parmi ses citoyens ou d'un ennemi que l'avait attaquée par surprise sur un point dont elle n'avait pas décelé la faiblesse. Cette expérience devrait nous convaincre pour toujours que le maintien de la Primauté du droit dépend de l'union et de la fidélité des juristes qui veillent aux créneaux, et aussi qu'elle doit être défendue sur tous les fronts et qu'une défaillance des défenseurs, si insignifiante qu'elle paraisse, peut entraîner l'effondrement de tout l'édifice.

Il est donc impossible d'établir une fois pour toutes une hiérarchie entre les positions qu'il importe de maintenir. *Parmi les divers éléments de la Primauté du droit, c'est celui qui fait l'objet, à tel ou tel moment, des menaces les plus graves qu'il importe le plus d'assurer.* La Primauté du droit dans son ensemble n'est pas plus solide que ne l'est son point le plus faible. Certes, les expériences rassemblées par de nombreuses générations de juristes des nationalités les plus diverses permettent d'énoncer quelques *conditions ou principes de base* hors desquelles la Primauté du droit ne peut se concevoir. Il est permis d'énumérer les conditions ou principes suivants:

1. *la séparation des pouvoirs*, qui doit être sauvegardée non seulement dans les rapports entre les pouvoirs législatif, administratif et judiciaire, mais aussi dans tous les domaines où il risque de se produire une concentration totale des pouvoirs;

2. *l'indépendance des juges* à l'égard, non seulement des pouvoirs publics, mais encore de toute influence autre que celle de la loi;

3. l'obligation pour tous les pouvoirs qui sont l'émanation de la collectivité, en particulier le législatif et l'administratif, de respecter les *droits fondamentaux et les libertés* de l'individu;

4. *la légalité de l'action administrative*;



5. le *contrôle de la législation et de l'administration* par des juges indépendants;

6. l'existence d'un *barreau indépendant* des pouvoirs publics, qui se consacre à défendre la notion de la Primauté du droit.

Ces conditions et ces principes ne peuvent subsister les uns sans les autres; liés par leur essence même, ils ne peuvent que régner ou disparaître tous ensemble.

Il est utile d'échanger les fruits de l'expérience. C'est seulement à ce prix qu'un régime de droit et de paix peut s'établir dans le monde entier. L'Autriche, pour sa part, est une République libérale, démocratique, fédérale, fondée sur la séparation des pouvoirs et perpétuellement neutre.<sup>3</sup> Les libertés et les droits fondamentaux y sont garantis par la Constitution fédérale, et en particulier par la loi fondamentale du 21 décembre 1867 concernant les droits généraux des citoyens (*Reichsgesetzblatt*, n° 142).<sup>4</sup> L'Autriche a adhéré à la Convention européenne de sauvegarder des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les juges y sont indépendants et inamovibles; ils ne peuvent même pas être déplacés. Le barreau est libre. Mais ce n'est pas de tout cela qu'il sera question ici; l'objet de la présente étude est plus précisément d'indiquer comment le droit autrichien tend à assurer la *légalité de l'action administrative*. Ce sujet retiendra notre attention pour deux raisons: d'abord parce qu'en Autriche comme ailleurs c'est l'administration qui, entre tous les pouvoirs publics, a pris la plus grande expansion et a posé le plus de problèmes<sup>5</sup>; ensuite parce que l'Autriche a mis au point un système très complet de contrôle de l'administration et que ce système peut être donné en exemple. La subordination de l'activité administrative à la loi serait purement théorique s'il n'y avait des juges indépendants chargés de la faire respecter. Toute l'histoire de ce contrôle judiciaire est liée à l'activité de deux juridictions qui

<sup>3</sup> Voir, en général, au sujet de l'organisation de l'Etat: Ludwig Adamovich et Hans Spanner, *Handbuch des österreichische Verfassungsrechts*, Vienne 1957; Leopold Werner et Hans Klecatsky, *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Vienne 1961. Au sujet de l'administration en particulier, voir Ludwig Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, Vienne 1953-1954, 2 vol., et Walter Antonioli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne 1954.

<sup>4</sup> Au sujet des dispositions du droit positif qui garantissent les libertés et droits fondamentaux, voir Leopold Werner et Hans Klecatsky, *op. cit.*, pp. 358 ss.

<sup>5</sup> La tendance générale est retracée dans Hans Klecatsky, *Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht*, dans *Juristische Blätter* 1954, pp. 473 ss. et pp. 503 ss.

ont leur siège à Vienne: le *Tribunal administratif*<sup>6</sup> et le *Tribunal constitutionnel*.<sup>7</sup> C'est tout d'abord le Tribunal administratif qui a contribué par sa jurisprudence à imposer à l'administration le respect de la légalité. On peut espérer que le contrôle de l'administration et la vigilance de la juridiction administrative permettront de résoudre certains des problèmes qui se posent aux juristes dans le cadre de l'Etat contemporain.

## II

L'histoire nous apprend qu'aucun problème n'est réellement inédit.<sup>8</sup> Au XVIII<sup>e</sup> siècle s'est instauré l'Etat dit policier. Jusqu'alors les pouvoirs de l'administration étaient limités par les tribunaux, qui contrôlaient le respect des lois et assuraient la protection des droits individuels. L'administration ne pouvait donc agir que dans le cadre de la légalité. Au XVIII<sup>e</sup> siècle apparut l'idée du *jus politiae* dérivée de la notion originellement française de la « haute police », laquelle était comprise comme étant le droit pour le souverain d'intervenir dans tous les domaines dans l'intérêt du bien public. On déclara que l'Etat avait compétence pour régler tous les rapports sociaux au mieux des intérêts de la collectivité. Pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, alors que le droit privé était défini par des normes juridiques très strictes, l'administration disposait d'une très large autonomie dans le domaine du droit public. C'est l'idée de la Primauté du droit qui conduisit à soumettre de nouveau à l'autorité de la loi toute l'activité administrative, qui y avait échappé dans le cadre de l'Etat de police. L'Etat tutélaire absolu du XVIII<sup>e</sup> siècle devint au XIX<sup>e</sup> siècle l'Etat constitutionnel. Friedrich Julius von Stahl formula comme suit le principe de la Primauté du droit: « L'Etat doit être fondé sur le droit, telle est la solution, et tel est aussi le terme de toute l'évolution des temps modernes. L'Etat doit tracer avec précision et maintenir inébranlablement les voies et les limites de son action, et définir l'étendue de la liberté de ses citoyens dans un Etat de droit. Il ne doit pas les

<sup>6</sup> La compétence du Tribunal administratif est actuellement fixée par les articles 129 à 136 de la Constitution fédérale, ainsi que par la loi de 1952 sur le Tribunal administratif (*Verwaltungsgerichtshofgesetz* 1952, dans *Bundesgesetzblatt* n° 96).

<sup>7</sup> La compétence du Tribunal constitutionnel est actuellement fixée par les articles 137 à 148 de la Constitution fédérale, ainsi que par la loi de 1953 sur le Tribunal constitutionnel (*Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953, dans *Bundesgesetzblatt* n° 85).

<sup>8</sup> On trouvera des indications sur l'historique du droit administratif autrichien notamment chez Rudolf Hermann Herrnritt, *Grundlehren des Verfassungsrechtes*, Tübingen 1921, pp. 36 ss., et Ernst Hellbling, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Vienne 1956.

contraindre à adopter telles ou telles conceptions morales étrangères à la sphère du droit ».<sup>9</sup> On a donc admis qu'aux normes du droit administratif correspondaient des « droits publics subjectifs » opposables à l'Etat, et les actes de la puissance publique ont pris la forme de décisions susceptibles d'être appréciées en fonction de critères juridiques. Il n'était plus possible de revenir au système médiéval, dans lequel le rôle de l'Etat se bornait à protéger les droits des individus contre les atteintes qui les menaçaient. L'histoire n'a jamais permis de retour au passé. L'Etat nouveau devra désormais protéger comme par le passé les droits individuels, mais aussi assumer les activités commandées par l'intérêt général. La distinction qui avait été établie entre le droit privé et le droit public a entraîné l'institution d'un Tribunal administratif selon le modèle français.<sup>10</sup> Le premier arrêt de ce Tribunal remonte au 26 octobre 1876. C'est sur les fondations constituées par la jurisprudence administrative qu'a été édifié l'Etat de droit. Non seulement l'administration sera désormais tenue de respecter dans ses actes la légalité objective, mais de plus un recours juridictionnel sera ouvert à la partie intéressée. C'est ainsi qu'un droit administratif et une procédure administrative se sont créés sur la base, d'abord de la jurisprudence du Tribunal administratif, ensuite d'une législation fortement inspirée par cette jurisprudence. Nous citerons à titre d'exemple les lois de 1925 sur la procédure administrative; ces lois ont établi des règles de procédure applicables, non seulement aux instances judiciaires, mais aussi aux opérations de l'administration active.<sup>11</sup>

### III

On a surtout attendu de la notion de Primauté du droit qu'elle soumette l'administration au respect de la loi. La loi votée par le Parlement, qui lui-même représente le corps électoral, est l'instrument par la médiation duquel la souveraineté du peuple s'impose à l'administration et lui interdit de se constituer en autocratie. La loi exprime la souveraineté de la nation, et protège en même temps l'individu. En tant que norme abstraite de portée générale, la loi

<sup>9</sup> *Rechts- und Staatslehre*, 5me éd., Tübingen-Leipzig 1878, vol. II, p. 137.

<sup>10</sup> Article 15 de la loi fondamentale du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire (*Staatsgrundgesetz*, *Reichsgesetzblatt* n° 144) et loi du 22 octobre 1875 portant institution du Tribunal administratif (*Gesetz betreffend die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes*, dans *Reichsgesetzblatt* n° 36/1876).

<sup>11</sup> Il s'agit des lois ci-après, dont la teneur actuelle a été de nouveau promulguée au *Bundesgesetzblatt* n° 172/1950 : *Einführungsgesetz*, *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*, *Verwaltungsstrafgesetz*, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz*. Voir également un amendement à la première de ces lois (BGBl., n° 92/1959).

garantit à la personne la liberté, l'égalité et la sécurité dans le droit. En imposant aux organes de l'Etat le respect de normes stables, elle réduit le risque d'initiatives arbitraires. Les mesures à prendre par les pouvoirs publics deviennent, dans une certaine mesure, prévisibles; elles acquièrent une espèce de permanence, et l'individu peut en calculer d'avance les conséquences. *La liberté de l'individu est proportionnelle à l'assujettissement de l'administration à la loi.*

Il est évident qu'une norme de droit également abstraite et générale, mais édictée par l'administration elle-même, autrement dit un règlement, ne peut jouer le rôle de la loi. De même que le juge ne peut fixer lui-même la loi qu'il appliquera, l'administration échapperait à tout contrôle si elle arrêtait elle-même les règles de son activité. Le fractionnement du pouvoir qui s'opère dans les parlements démocratiques du fait de l'existence de partis politiques distincts ne s'opère pas à l'intérieur de l'administration. L'élaboration par celle-ci de textes réglementaires sera donc plus aisée et plus rapide que celle des lois, mais leur autorité sera moins durable.

La Constitution fédérale autrichienne consacre le principe de la *suprématie absolue du pouvoir législatif sur l'administration*. Aux termes de l'article 18 (alinéa 1): « L'administration publique dans son ensemble ne peut exercer ses fonctions que dans le cadre tracé par les lois ». Le président de la Fédération (articles 60 et suivants), le gouvernement fédéral (article 69) et les gouvernements des provinces fédérées ou *Länder* (article 101), sont considérés comme des organes de l'administration. Ce principe fondamental permet seul de mesurer la portée de l'article 18 (alinéa 2) aux termes duquel: « Toute autorité administrative peut édicter des règlements sur la base des lois, dans les limites de ses attributions ». Grâce au Tribunal administratif, qui en général ne s'est prêté à aucun compromis, le règlement est resté un instrument strictement surbordonné à la loi.

A vrai dire, le règlement a en commun avec la loi son caractère abstrait et sa portée générale. En ce sens constitue un règlement, quelle que soit sa désignation, toute norme juridique énoncée par une autorité administrative et dont la portée s'applique à l'ensemble de la population ou à des catégories sociales désignées en termes généraux.<sup>12</sup> Il est donc important que des décisions d'espèce prises au sujet d'individus ne puissent être présentées sous l'apparence trompeuse de règlements.<sup>13</sup> D'autre part, aux termes d'une jurisprudence fixée depuis 1923, le Tribunal constitutionnel estime que l'article 18 (alinéa 2) autorise seulement l'administration à prendre des règlements pour l'application des lois, mais non à prendre des règlements ayant pour objet de modifier, compléter ou remplacer

<sup>12</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (*Amtliche Sammlung* [Slg.] 313, 1685, 2465, 3142).

<sup>13</sup> Arrêt du Tribunal constitutionnel (Slg. 1398).

les lois. Pour qu'une loi puisse être appliquée au moyen d'un règlement, elle doit être d'une teneur suffisamment précise et complète, et fournir à elle seule tous les éléments essentiels de la réglementation envisagée. En se prononçant de la sorte, le Tribunal constitutionnel a rejeté l'institution de la délégation par la loi d'un pouvoir réglementaire non limité, en lui préférant le principe selon lequel *c'est la loi qui doit déterminer le contenu du règlement*.<sup>14</sup> Des règlements peuvent être pris, non seulement par les autorités fédérales et provinciales, mais également par les organes municipaux<sup>15</sup> et d'autres administrations autonomes.<sup>16</sup> C'est pourquoi le Tribunal constitutionnel est également compétent pour vérifier la légalité des règlements émanant de ces dernières autorités (article 139), et même des instructions et ordres de service de portée générale élaborés à l'intérieur de la hiérarchie administrative.<sup>17</sup>

Pour déterminer si une disposition législative ne contient pas uniquement une délégation formelle de compétence, mais offre une base suffisante à l'élaboration par l'administration de règlements d'application, on doit rechercher si cette disposition législative est conçue en termes assez précis pour que le champ des textes d'application soit nettement délimité.<sup>18</sup> Le Tribunal constitutionnel a annulé de nombreux textes de lois qui contenaient des délégations expresses de compétence, comme aussi de nombreux règlements qui n'étaient pas fondés sur des lois au sens prévu par la Constitution. Bien plus, le Tribunal constitutionnel a jugé que des règlements régulièrement fondés sur une loi devenaient de plein droit caducs si la loi qui leur servait de support cessait d'être applicable.<sup>19</sup> La remise en vigueur, le 19 décembre 1945, de l'article 18 (alinéa 2) de la Constitution, a mis un terme aux délégations de pouvoirs qui avaient été consenties sous le régime autoritaire de 1934 à 1938 et sous l'occupation allemande de 1938 à 1945.<sup>20</sup>

Le président de la Fédération n'a que les droits très limités, définis par l'article 18 (alinéas 3 à 5), en matière de règlements d'exception. En fait, il ne les a jamais exercés jusqu'ici. A côté du président de la Fédération, seules certaines autorités de la police de sûreté et les municipalités ont, dans des limites d'ailleurs étroites, un pouvoir réglementaire autonome (article II, § 4 alinéa 2, et § 8, de la loi constitutionnelle fédérale du 7 décembre 1929, *Bundesgesetzblatt*, n° 393). Les dispositions prises dans l'exercice

<sup>14</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 176, 1648, 1871, 2294).

<sup>15</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 1465, 1600, 1993).

<sup>16</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 1700, 1798).

<sup>17</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 313, 621, 848, 1053, 1636, 1661, 2660).

<sup>18</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 1932, 2294).

<sup>19</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 2344, 2326).

<sup>20</sup> Arrêt du Tribunal constitutionnel (Slg. 1871).

de ce droit ne doivent pas contrevenir aux lois en vigueur. Tout excès de pouvoir est impossible, car les dispositions en question sont, elles aussi, soumises au contrôle du Tribunal constitutionnel en vertu de l'article 139 de la Constitution.

Ce système de garantie, qui offre un contraste frappant avec la tendance à la confusion des pouvoirs manifeste dans d'autres Etats<sup>21</sup>, a pour le peuple autrichien une importance qui n'est pas seulement théorique. Car si les régimes dictatoriaux dont l'Autriche a eu l'amère expérience ont réussi à renverser la démocratie et à bafouer la Primauté du droit, c'était au départ en faisant usage de délégations de pouvoirs qui avaient été consenties avec le plus grand respect des formes légales.<sup>22</sup>

#### IV

Il va de soi que toutes les décisions administratives de nature individuelle (les *Bescheide*, dont il est question aux articles 130, 131 et 144 de la Constitution) sont soumises à tous égards aux dispositions de la loi. Cela résultait déjà de l'article 18 (alinéa 1) de la Constitution. La doctrine et la jurisprudence autrichiennes sont unanimes à proclamer que tout acte de l'administration quel qu'il soit doit être conforme à la loi, et non point seulement les actes qui ont une incidence directe sur des droits individuels. Cette conception, qui découle du caractère à la fois souverain et tutélaire de la loi, est en harmonie avec la doctrine édiflée par Hans Kelsen<sup>23</sup> et Adolf Julius Merkl<sup>24</sup>, et d'après laquelle les décisions des agents prises au nom de l'Etat ne sont en réalité imputables à l'Etat que dans la mesure où leurs auteurs étaient habilités à les prendre par le droit positif. L'existence de règles juridiques précises est ainsi la condition à la fois nécessaire et suffisante de l'action administrative.<sup>25</sup> Pour se conformer à la légalité, l'administration doit se guider sur des normes complètes et précises. Un auteur écrit à ce sujet: « La

<sup>21</sup> Voir notamment l'ouvrage collectif intitulé *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1952.

<sup>22</sup> Le régime Dolfuss-Schuschnigg (1934-1938) l'a fait en se servant de la loi sur les pouvoirs d'économie de guerre (*Kriegswirtschaftliches Ermächtigungsgesetz*, dans *Reichsgesetzblatt* n° 307/1917) et de la loi constitutionnelle fédérale relative à des mesures extraordinaires dans le domaine de la Constitution (*Bundesverfassungsgesetz über ausserordentliche Massnahmen im Bereich der Verfassung*, dans *Bundesgesetzblatt* n° 255/1934). Le régime national-socialiste (1938-1945) s'est fondé sur la loi fédérale du 24 mars 1933 portant remède à la détresse du peuple et de l'Etat (*Reichsgesetzblatt zur Behebung der Not von Volk und Reich*, dans *Deutsches Reichsgesetzblatt* I, p. 141).

<sup>23</sup> Nous citerons plus particulièrement, dans l'œuvre immense de Hans Kelsen, les *Reine Rechtslehre*, 1ère éd. Vienne, 1934 et 2me éd. Vienne, 1960.

<sup>24</sup> Voir notamment *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne et Berlin, 1927.

<sup>25</sup> Merkl, *op. cit.*, p. 160.

législation régleme la administration à trois points de vue: 1) elle crée les organes destinés à prendre en charge les divers services publics et délimite leurs compétences respectives; 2) elle fixe la procédure suivant laquelle seront prises les décisions de ces organes; 3) elle précise les fonctions et activités assignées à chacun des services publics. Elle doit définir dans l'abstrait les situations qui sont l'objet de l'intervention, et fixer les conséquences à en tirer en droit ».<sup>26</sup>

C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel a jugé que seule une loi peut mettre en place de nouvelles autorités administratives ayant compétence dans un certain secteur d'activité. Seule l'organisation interne et l'articulation des services sont du ressort de l'administration elle-même, et peuvent faire l'objet de textes réglementaires. En ce qui concerne la détermination du siège et de la compétence territoriale d'une autorité, si elle a fait l'objet d'une disposition législative, celle-ci ne peut être modifiée que par une autre loi. C'est seulement au cas où le législateur ne s'est pas prononcé à leur sujet et s'en est remis au règlement du soin de le faire que le siège et la compétence territoriale, en particulier pour les autorités subalternes, peuvent être déterminés et modifiés par voie de règlement.<sup>27</sup> Le Tribunal constitutionnel estime en outre<sup>28</sup> que lorsque la compétence d'une autorité administrative a été délimitée par un texte législatif, les moyens d'action dont elle disposera pour exercer ses fonctions doivent être également fixés par une loi.

L'attribution d'une compétence ne donne donc un fondement suffisant, ni à la détermination des pouvoirs concrets, ni au choix des moyens d'action pratique. Un principe constitutionnel exige que la loi règle par des normes expresses les attributions, la procédure et l'objet mêmes des actes que l'administration accomplira en vertu de ses attributions et selon ses méthodes propres.

## V

Il y a cependant à cette rigueur des principes une exception qui remonte à une période antérieure à la reconnaissance de la Primauté du droit. Il s'agit des pouvoirs discrétionnaires. A l'origine, le Tribunal administratif n'avait pas compétence pour juger de décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. A un moment où le principe de la subordination de l'action administrative à la légalité n'avait pas encore triomphé complètement, on a laissé à l'appréciation de l'administration un large domaine où la loi laissait à sa discrétion une complète latitude.

<sup>26</sup> Ludwig Adamovich, *op. cit.*, vol. I, p. 15.

<sup>27</sup> Arrêts du Tribunal constitutionnel (Slg. 2650, 2909).

<sup>28</sup> Arrêt du Tribunal constitutionnel (Slg. 2740).

C'est précisément en suivant l'évolution du pouvoir discrétionnaire que l'on peut mesurer tout le dynamisme dont sont animées les notions de Primauté du droit et de légalité de l'action administrative. Les défenseurs de la Primauté du droit ont mené une action d'encercllement, car une attaque frontale n'aurait pas réussi à abattre l'absolutisme étatique. Les chefs de file des juristes ont donc attaqué sur plusieurs fronts, ils ont battu en brèche l'absolutisme là où c'était possible et ont investi les positions ennemies qu'ils ne pouvaient pas prendre d'assaut immédiatement. C'est cette tactique qui a conduit à élaborer la notion du pouvoir discrétionnaire.<sup>29</sup> Mais la lutte s'est poursuivie. On a repoussé les contre-attaques lancées par l'administration pour briser le cercle des assiégeants, en faisant valoir qu'il y avait dépassement ou abus du pouvoir discrétionnaire. Dans les domaines résiduels où le pouvoir d'appréciation restait en marge de la loi, on exigea que l'administration, dans l'exercice de ce pouvoir, se fixe des objectifs justifiés et se serve de moyens équitables.

Dès le début le Tribunal administratif considéra qu'il avait pour tâche de réduire le domaine du pouvoir discrétionnaire, et il étendit progressivement son contrôle: il rechercha d'abord si le pouvoir discrétionnaire avait été exercé dans le cadre d'un procédure régulière; puis il subordonna le pouvoir d'appréciation à l'esprit de la loi; enfin il soumit à son contrôle les notions de droit dites « indéfinies ».<sup>30</sup> En premier lieu, le Tribunal administratif estima que l'administration ne pouvait user de son pouvoir discrétionnaire qu'en se fondant sur des éléments de fait recueillis dans des conditions juridiquement valables.<sup>31</sup> Même si l'administré ne peut se réclamer d'aucun précédent jurisprudentiel, il a le droit d'exiger que les données de fait soient constatées selon une procédure régulière.<sup>32</sup> En second lieu, le pouvoir d'appréciation s'arrête là où il risquerait d'entrer en conflit avec l'esprit de la loi, c'est-à-dire avec l'intention explicite ou implicite du législateur.<sup>33</sup> Le Tribunal constitutionnel a déclaré que pouvoir discrétionnaire n'était pas synonyme d'arbitraire. Même lorsque la loi s'en remet à la libre appréciation de l'autorité, celle-ci ne doit faire usage de son privilège que dans l'esprit de la loi, sinon elle outrepassé ses pouvoirs et commet une violation du droit. Cette illégalité peut même être considérée comme une violation de la Constitution, si la décision discrétionnaire a été inspirée par des motifs qui heurtent l'un

<sup>29</sup> Voir Hans Klecatsky, dans *Juristische Blätter* 1954, pp. 477 s.

<sup>30</sup> Voir Karl Erhart, *Vom freien Ermessen, unbestimmten Begriffen und dem Verwaltungsgerichtshof*, dans *Juristische Blätter* 1948, pp. 465 ss. et pp. 493 ss.

<sup>31</sup> Arrêts du Tribunal administratif du 4 juillet 1930 (Amtliche Sammlung (Slg.) 16.255 A) et du 29 avril 1947 (Slg. Neue Folge (N.F.) 82 A.).

<sup>32</sup> Arrêt du Tribunal administratif du 7 mai 1947 (Slg. N.F. 89 A.).

<sup>33</sup> Arrêt du Tribunal administratif du 23 février 1950 (Slg. N.F. 1265 A.).



des droits garantis par les lois constitutionnelles.<sup>34</sup> Enfin, on entend par « notions de droit indéfinies » certaines notions très vagues, telles que celles d'intérêt public, d'opportunité, de raisons économiques, etc. Si ces notions laissent à l'administration une très grande latitude, c'est uniquement du fait de leur imprécision. C'est ici que se place le contrôle du Tribunal administratif.<sup>35</sup>

Mais l'évolution s'est poursuivie. Aux termes de l'article 130 (alinéa 2) de la Constitution:

1. Le Tribunal administratif connaît des recours pour violation de la loi formés contre les décisions des autorités administratives ou contre le refus par des autorités administratives de prendre une décision qui leur incombe.
2. Il n'y a pas violation de la loi si l'autorité administrative n'est pas liée quant à la décision à prendre par un texte législatif précis, et que la loi laisse cette décision à l'appréciation de l'administration elle-même, à condition que celle-ci ait fait usage de ce pouvoir discrétionnaire conformément à l'esprit de la loi.

Les auteurs s'attachèrent à cette question sous l'angle du droit constitutionnel, et ne se contentèrent pas d'exiger que les décisions discrétionnaires des autorités administratives soient soumises à un contrôle juridictionnel plus au moins étroit quand des recours étaient formés contre elles devant le Tribunal administratif ou le Tribunal constitutionnel.<sup>36</sup> Se fondant sur la Constitution fédérale, ils demandèrent au législateur de préciser – afin de lier plus étroitement les autorités administratives – les dispositions législatives qui conféraient à celles-ci un pouvoir discrétionnaire et les dispositions qui contenaient des « notions indéfinies ». Ils invoquaient la jurisprudence déjà mentionnée du Tribunal administratif sur le pouvoir conféré par l'article 18 (alinéa 2) de la Constitution à l'autorité administrative d'édicter des règlements sur la base des lois. Ils rappelaient que le Tribunal constitutionnel déclare nulles en vertu de l'article 140 de la Constitution les délégations par la loi d'un pouvoir réglementaire non limité, tout comme il déclare illégaux en vertu de l'article 139 les règlements fondés sur une telle délégation. Ils en ont conclu que ce Tribunal devait également annuler comme

<sup>34</sup> Arrêt du Tribunal constitutionnel (Slg. 2602).

<sup>35</sup> Arrêts du Tribunal administratif du 14 janvier 1952 (Slg. N.F. 2411 A) et du 23 mai 1952 (Slg. N.F. 587 F).

<sup>36</sup> Hans Klecatsky, *Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht*, dans *Juristische Blätter* 1954, pp. 473 ss. et pp. 503 ss.; *Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung*, dans *Juristische Blätter* 1957, pp. 333 ss.; *Die Problematik des freien Ermessens*, dans *Wirtschaftspolitische Blätter* 1957, pp. 23 ss.; Alfred Kobzine, *Die Ermessensnorm im Licht des Legalitätsprinzips*, dans *Juristische Blätter* 1956, pp. 492 ss.; *Zum Ermessensproblem*, dans *Juristische Blätter* 1956, p. 524; *Der Staat als Privatwirtschaftssubjekt*, dans *Österreichische Juristen-Zeitung* 1961, pp. 421 ss.

inconstitutionnelles les dispositions législatives qui autorisent l'administration à prendre des décisions individuelles sans déterminer assez nettement leur portée, puisque l'alinéa 2 de l'article 18 découle directement de l'alinéa 1 du même article, et qu'aux termes de l'alinéa 1 l'administration doit respecter la légalité dans tous ses actes, qu'ils soient de portée générale ou s'appliquent à des cas d'espèce. On a observé que le pouvoir d'appréciation discrétionnaire prévu par l'article 130 de la Constitution ne signifiait pas que l'administration fût libre de prendre des décisions à sa fantaisie. On a rappelé la distinction entre l'autorisation d'édicter des règlements, qui est conforme à la Constitution, et la délégation d'un pouvoir illimité qui lui est contraire. Bien entendu les représentants de cette nouvelle tendance, à la différence des partisans de l'ancienne doctrine du pouvoir d'appréciation, comprenaient parfaitement que la distinction entre la libre appréciation et la stricte détermination par la loi du comportement administratif n'a guère de valeur logique. En effet, entre un texte législatif pris dans l'abstrait et son application pratique par l'administration, il y a une marge d'indétermination; l'étendue de la liberté laissée à l'administration quant à l'interprétation de la lettre et de l'esprit de la loi pourra varier, mais elle ne sera jamais nulle. Tout acte concret et spécifique accompli en vertu d'une loi abstraite et générique sera à la fois déterminé et librement choisi, qu'on le qualifie de décision d'appréciation ou de mesure commandée par la loi. La distinction surannée entre le domaine du pouvoir discrétionnaire et celui de la compétence liée avait perdu son importance fondamentale dans la conception nouvelle du Principe de la légalité. C'est avec raison que les partisans de l'ancienne doctrine soutenaient que la conception nouvelle tendait « en principe à réduire toujours plus le champ de la libre appréciation ».<sup>37</sup> Les tenants de la nouvelle tendance ne manquèrent d'ailleurs pas de dire clairement ce qu'ils entendaient pas une détermination préalable « suffisante » des actes d'administration concrets: il ressort de l'article 18 (alinéa 1) de la Constitution que le législateur doit donner à l'autorité administrative des directives assez précises pour permettre au Tribunal administratif et au Tribunal constitutionnel d'exercer leur contrôle.<sup>38</sup> Sera donc « suffisante » toute disposition législative qui répondra à cette condition. Il incombe aux deux hautes juridictions d'élaborer dans leur jurisprudence les normes que le législateur devra respecter. L'exigence d'une base légale aux actes de l'administration et l'existence d'un contrôle juridictionnel de ces actes ont pour effet de donner au Tribunal administratif et au Tribunal constitutionnel un rôle de premier plan, qui échappera

<sup>37</sup> Voir notamment Erwin Melichar, *Juristische Blätter* 1956, pp. 429 ss. et pp. 463 ss.; *Juristische Blätter* 1957, pp. 41 s.

<sup>38</sup> Leopold Werner et Hans Klecatsky, *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Vienne 1961, p. 112.

à la législation et à l'administration. Ainsi est renforcée la garantie de la protection par des moyens de droit, qui est un élément nécessaire de tout ordre juridique. On passe de l'Etat fondé sur la loi à l'Etat fondé sur le contrôle judiciaire.<sup>39</sup> Bien loin de compromettre le progrès que représentait l'Etat fondé sur la loi, cette évolution le consolide.

Les idées nouvelles ne s'imposent pas en un jour. Cependant, les succès déjà remportés par les thèses nouvelles justifient l'optimisme. Dans un arrêt du 21 mai 1958, le Tribunal administratif a jugé qu'une administration n'était pas habilitée à agir à sa discrétion du seul fait que la loi ne lui imposait pas un comportement déterminé. Il faut que la loi elle-même déclare expressément que le choix des décisions est laissé à l'administration, et qu'elle indique les limites du pouvoir ainsi octroyé. Aux termes de l'article 130 (alinéa 2) de la Constitution, la loi doit préciser l'esprit dans lequel elle confère à l'administration un pouvoir discrétionnaire, de sorte que le juge puisse le cas échéant apprécier si l'administration a fait usage de ce pouvoir conformément à l'esprit de la loi. La loi viole la Constitution si elle ne permet pas ce contrôle.<sup>40</sup>

Le Tribunal administratif a fait une nouvelle application de ce principe dans un arrêt du 14 mai 1960, dans lequel il demande au Tribunal constitutionnel d'annuler pour violation de la Constitution l'article 3, alinéa 1, n<sup>o</sup>. 2 de la loi sur le commerce extérieur publiée au *Bundesgesetzblatt* n<sup>o</sup>. 266/1956. La Cour souligne que cette disposition autorise le ministre fédéral du Commerce et de la Reconstruction à accorder des permis d'exportation ou d'importation sans préciser les idées directrices qui devront le guider dans l'examen d'une demande de permis, et qu'elle ne donne aucune indication expresse ou tacite qui permette d'en dégager l'esprit au sens de l'article 130 (alinéa 2), de telle sorte que le Tribunal administratif puisse apprécier si le rejet d'une demande de permis a été ou non arbitraire. Le Tribunal constitutionnel n'a d'ailleurs pas entièrement suivi le Tribunal administratif. Dans un arrêt du 24 mars 1962 il déclare que, dans l'intention du législateur, l'administration doit s'inspirer de l'intérêt de l'économie générale du pays, des obligations pouvant résulter d'accords commerciaux et de la nécessité de maintenir l'équilibre de la balance commerciale dans les échanges avec l'étranger.<sup>41</sup> Les dispositions de la loi prises dans leur ensemble,

<sup>39</sup> René Marcic, dans son ouvrage intitulé *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Vienne 1957, a relevé que cette transformation d'un Etat fondé sur la loi en un Etat reposant sur l'intervention du juge est l'un des traits essentiels de l'évolution moderne du droit. Cette évolution a cependant des aspects négatifs qui sont mis en lumière par Hans Klecatsky, *Der Staat von morgen*, dans *Juristische Blätter* 1959, pp. 14 ss., et Frits Werner, *Das Problem des Richterstaates*, Berlin 1960.

<sup>40</sup> Arrêt du Tribunal constitutionnel (Slg. 3317).

<sup>41</sup> Zl.G 7/60.

a-t'il poursuivi, montrent que l'administration ne doit pas autoriser l'exportation ou l'importation de telles ou telles marchandises si l'intérêt de l'économie nationale s'y oppose. Des normes ainsi formulées rendent évidemment malaisé le contrôle juridictionnel. C'est pourquoi le Tribunal administratif, dans un arrêt ultérieur du 24 mai 1962, a invité le ministre fédéral du Commerce et de la Reconstruction à s'expliquer sur les raisons qui l'avaient conduit à refuser des permis d'importation.<sup>42</sup> Le Tribunal a fait valoir que la Constitution lui imposait une fonction de tutelle, et qu'il ne pouvait l'exercer si l'administration lui laissait ignorer les mobiles de ses décisions.

Dans un arrêt du 12 mai 1961 le Tribunal administratif a contesté devant le Tribunal constitutionnel la validité d'une disposition législative, motif pris de ce que cette disposition ne précisait pas dans quelles conditions une prestation financière prévue par la loi devait être fournie à une personne. Dans son arrêt du 17 mars 1962 le Tribunal constitutionnel, sans aller jusqu'à faire droit à cette contestation, a reconnu, ainsi que le gouvernement fédéral qui était parti à l'instance, que les lois doivent donner à l'administration des directives assez précises pour que le Tribunal administratif puisse exercer son contrôle.<sup>43</sup> La haute juridiction a cependant estimé qu'en l'espèce la disposition législative critiquée était assez explicite sur les conditions dans lesquelles elle devait être appliquée par l'administration. Elle a d'ailleurs précité que partout où les termes de la loi n'étaient pas d'une clarté suffisante, le Tribunal administratif avait parfaitement le droit de substituer l'interprétation qui lui semblait fondée à celle de l'administration.

Tel est le point d'aboutissement du contrôle de la légalité de l'action administrative.

## VI

Cette notion du contrôle de la légalité est apparue à une époque où la loi et la société intervenaient bien moins fréquemment qu'aujourd'hui dans la vie des citoyens. La fonction tutélaire de la loi consistait alors pour l'essentiel à protéger l'individu contre toute atteinte portée à ses droits politiques ou civils. L'Etat et la société se reconnaissent aujourd'hui des devoirs en matière économique, sociale et culturelle. Alors qu'autrefois il se souciait uniquement de maintenir l'ordre public, l'Etat moderne distribue des biens et des services.<sup>44</sup> Comment le principe du contrôle de la légalité s'accommode-t-il de ce nouveau contexte ?

<sup>42</sup> ZI. 509/57 et 510/57.

<sup>43</sup> ZI.G 5/61.

<sup>44</sup> Ernst Forsthoﬀ, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I vol., Munich-Berlin 1956, p. 304.

Même si l'on fait provisoirement abstraction du problème de la liberté, il reste celui de l'égalité. Or cette notion d'égalité, qui est si étroitement associée à celle de justice, requiert une intervention positive de la loi. Sans cette intervention de la loi l'activité de l'administration est dépourvue d'orientation et de plan, et elle se résout en une multitude d'actes fragmentaires; au lieu qu'un minimum de bien-être soit assuré à tous, on voit se creuser le fossé entre l'opulence des uns et la misère des autres. C'est pourquai la loi ne doit pas seulement protéger l'individu contre l'immixtion des pouvoirs publics; elle doit encore, par une action positive, lui assurer des conditions de vie dignes et toujours meilleures. Telle est la portée de la nouvelle conception de la liberté.

Veiller au respect de la légalité est aujourd'hui plus nécessaire que jamais. Il n'en reste pas moins que la légalité est menacée par un ensemble de facteurs qui procèdent de la nature de l'Etat moderne. L'Etat, devant assurer à ses ressortissants des prestations positives, a entrepris avec de grands moyens de créer des conditions économiques favorables à cet effet. Les administrations centrales ou locales exploitent, directement ou par l'intermédiaire d'organes décentralisés, des services et offices publics, des entreprises industrielles, des banques, des réseaux ferroviaires, des domaines forestiers et agricoles, des hôtels et établissements balnéaires, des entreprises de pompes funèbres, des entreprises de spectacles, etc. L'administration charge ses fonctionnaires, ses techniciens et ses économistes de planifier, d'orienter et d'exercer des activités économiques. Comme tous les autres rouages de l'économie, les administrations ont besoin d'une certaine liberté de mouvement pour s'acquitter de leurs fonctions. Cette liberté, nous savons que l'administration l'exerce toujours au détriment des libertés individuelles. Jusqu'à une époque toute récente, la doctrine juridique autrichienne n'a pas cru devoir s'adapter à cette situation nouvelle; elle s'est contentée d'y appliquer des formules juridiques du siècle passé. La survivance de la notion d'« administration d'économie privée » a eu des conséquences particulièrement funestes. Pour la doctrine juridique traditionnelle, l'administration « d'autorité » et l'administration « d'économie privée » étaient indépendantes et parallèles. L'avantage de cette distinction a été de subordonner à la loi les services administratifs dits « d'autorité », ceux qui donnent des ordres et disposent de moyens de contrainte. On conçoit en revanche que lorsque le monarque absolu agissait à titre privé, il devait être traité comme un simple particulier. S'il était mis sur le même pied que ses sujets en matière de droit privé, il était logique de lui reconnaître sur son patrimoine des droits de dispositions semblables à ceux de ses sujets. Dans la société contemporaine, l'administration a pris la place du monarque; mais on a maintenu le principe qui veut qu'en dehors du domaine des services d'autorité, l'administration

soit traitée comme un sujet de droit privé et puisse donc agir en pleine liberté. Inévitablement les activités de l'Etat ont glissé progressivement du domaine de l'administration d'autorité dans celui de l'administration d'économie privée. L'Etat y a trouvé ce régime de liberté totale auquel le pouvoir aspire partout et toujours. C'est dans la sphère de l'administration d'économie privée que l'Etat a pu rassembler les pouvoirs considérables qui lui permettent de réaliser les fins d'une économie planifiée. En pratique cela signifie qu'en dehors du domaine des services d'autorité l'administration échappe dans une large mesure aux restrictions imposées par la loi, et qu'ainsi l'individu qui entre en contact avec elle dans cette sphère de prétendue économie privée ne bénéficie pas des mêmes sauvegardes que dans la sphère de l'exercice de la puissance publique.

Bien que le caractère fictif d'une dogmatique juridique depuis longtemps surannée et les dangers redoutables qu'elle fait courir au droit et à la liberté soient maintenant reconnus, on continue à dire que « l'Etat fait usage de ses droits de puissance publique dans la gestion des services d'autorité, alors qu'il s'en abstient dans ses activités d'économie privée ». <sup>45</sup> Sans doute admet-on que la règle posée par l'article 18 (alinéa 1) de la Constitution, selon laquelle « l'administration publique tout entière ne peut être exercée qu'en conformité des lois », vaut également dans le secteur économique de l'activité administrative, mais très arbitrairement on affranchit l'administration d'économie privée des conséquences qui en découlent. Les subventions des pouvoirs publics posent un problème particulier, car elles ont une influence indéniable sur l'économie et relèvent cependant du domaine de l'administration d'économie privée, de sorte qu'elles échappent à la réglementation. <sup>46</sup> On a cependant constaté récemment dans la doctrine une tendance à modifier cet état de choses, et il faut espérer que cette orientation nouvelle se traduira dans les faits. <sup>47</sup>

Ce n'est certainement pas une entreprise facile que de soumettre l'activité économique de l'Etat à des normes législatives qui lui laissent la liberté d'action nécessaire tout en l'empêchant d'agir arbitrairement. Dans le domaine de l'économie privée, le droit fait une large place aux pouvoirs discrétionnaires, aux délégations

<sup>45</sup> Hans Klecatsky, *Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht*, op. cit.; *Die Problematik des freien Ermessens*, op. cit.; Felix Ermacora, *Die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes in der Verwaltung und die Effektivität des Rechtsstaates*, dans *Juristische Blätter* 1956, pp. 142 ss.; Alfred Kobzina, *Der Staat als Privatwirtschaftssubjekt*, op. cit.

<sup>46</sup> Voir l'arrêt du Tribunal constitutionnel (Slg. 3262).

<sup>47</sup> Voir les articles de Hans Weiler, Hans Klecatsky, Felix Ermacora et Fritz Kohl dans les *Wirtschaftspolitische Blätter* 1959, pp. 127 ss., ainsi que ceux de Ermacora, Klecatsky, Ringhofer et Weiler dans *Österreichische Juristen-Zeitung* 1960, pp. 172 ss.

tions de pouvoirs et aux règles élastiques.<sup>48</sup> Cependant il est encourageant de voir que souvent des dispositions législatives imposent à l'activité économique de l'administration une orientation bien définie. D'ailleurs, contre cet assujettissement à la loi de l'administration d'économie privée, on a fait valoir à peu près mot pour mot les mêmes objections que l'on avait faites contre l'assujettissement à la loi de l'activité administrative au moment où commençait à se préciser la notion du contrôle de la légalité. Nous ne doutons pas que l'idée aujourd'hui périmée d'« administration d'économie privée » ne soit appelée à disparaître au même titre que celle de l'absolutisme administratif.

## VII

Une autre raison de penser que le fondement de la légalité administrative gagnera encore en solidité à l'avenir, c'est la multiplication extraordinaire de normes survenue dans le droit international positif. En fait on observe simultanément la croissance d'un réseau de plus en plus serré de règles juridiques, d'une part en droit international et d'autre part en droit interne, et ces deux processus sont interdépendants. Les systèmes juridiques fondés sur le principe de la légalité ne peuvent donner aux organes de l'Etat habilités à le représenter à l'extérieur et à l'engager par des traités plus d'autonomie que n'en a l'administration interne. Il en est ainsi en droit autrichien. Au termes de l'article 50 (alinéa 1) de la Constitution, tous les traités politiques, et aussi ceux des autres traités qui modifient une loi, ne sont valables qu'après ratification par le Parlement. Aux termes de l'alinéa 2 du même article, la procédure relative aux lois constitutionnelles, c'est-à-dire l'article 44 (alinéa 1), doit être observée par le Parlement lorsqu'il ratifie un traité dérogeant à une disposition de la Constitution. Enfin, aux termes de l'article 9, « les règles généralement reconnues du droit des gens valent comme partie intégrante du droit fédéral ». Les organes de l'Etat autrichien sont donc liés par le droit international coutumier aussi bien que par le droit conventionnel dans toutes leurs relations internationales.

On voit immédiatement que la stabilité découlant de ce régime de légalité permet aux membres de la communauté internationale de prévoir le comportement d'un Etat dans ses relations extérieures comme dans ses rapports intérieurs avec ses propres ressortissants. Dans un domaine comme dans l'autre il est essentiel au droit, à la confiance, à l'ordre et à la paix que l'on puisse prévoir le comportement d'un Etat. Au point d'aboutissement de la lutte pour la paix

<sup>48</sup> A ce propos voir Hans Klecatsky, *Die Problematik des freien Ermessens*, op. cit.

on peut déceler déjà aujourd'hui de nombreux signes annonciateurs de la naissance d'un Etat mondial, qui sera aussi un Etat de droit et dans lequel le respect de la légalité s'imposera à l'Exécutif.<sup>49</sup> Cette évolution montre que, quoique puissent en dire les apologistes de l'arbitraire administratif, le principe de la légalité de l'action administrative n'est pas une règle de pure forme.

## VIII

Loin de nous l'idée de prétendre que le respect de la légalité par l'administration résolve à lui seul tous les problèmes. On a vu que ce principe ne peut assurer la Primauté du droit qu'en conjonction avec d'autres principes visant aux mêmes fins, et que ces principes ne peuvent triompher que s'il se trouve des hommes prêts à les appliquer en tout temps et dans tous les domaines. Les principes ne valent que dans la mesure de leur efficacité, et cette efficacité ne s'apprécie que dans des conditions concrètes de temps et de lieu.

Les défenseurs de l'arbitraire avec une feinte naïveté, et les défenseurs attardés du romantisme juridique avec une naïveté bien réelle, font valoir que le principe de la légalité administrative nécessite une abondante législation et qu'il est mauvais de multiplier les lois. Mais la prolifération des lois n'est pas la conséquence du principe de la légalité administrative, elle tient au fait que, dans la société contemporaine, l'Etat intervient dans de très nombreux domaines. C'est là une conséquence, non de l'évolution du droit, mais de celle de la technique, de l'économie, de la politique et des autres facteurs qui déterminent les modalités de la vie sociale. Il est aussi injuste d'en faire grief au juriste qu'il le serait de reprocher à un médecin de traiter beaucoup de maladies et de prescrire beaucoup de remèdes. Sans doute vaut-il mieux bien se porter sans médecin ni remèdes. Il serait mieux également de pouvoir vivre dans le droit, l'ordre, la liberté et la paix sans avoir besoin de lois. Mais comme le médecin doit lutter contre la maladie, le juriste doit lutter inlassablement contre l'injustice.

HANS KLECATSKY

*Conseiller au Tribunal administratif d'Autriche*

<sup>49</sup> Voir Ernst Jünger, *Der Welstaat*, Stuttgart 1960.



## RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT

I. Au penchant d'une vie dédiée au combat pour le Droit, sous les formes les plus diverses: enseignement, action populaire, gouvernement de résistance nationale, législation, négociations internationales, juridiction, ouvrages et articles, je suis fier de collaborer au livre que la Commission internationale de juristes consacre, pour célébrer sa dixième année, à la Primauté du droit, aux côtés d'auteurs éminents originaires de tous les continents.

D'autres plus qualifiés étudieront les implications principales de l'idée que l'Etat est soumis lui-même, dans sa législation, son gouvernement et son administration, à la Règle de droit, entendue au sens le plus large du mot, s'est à dire couvrant à la fois la loi écrite et la règle non écrite. Certains feront avec autorité le bilan des travaux déjà publiés depuis dix ans dans la *Revue* et le *Bulletin* et ceux accomplis dans les Congrès d'Athènes (1957), New Delhi (1959), Lagos (1961).

Je souhaite pour ma modeste part, après avoir rappelé le bien-fondé de l'action pour la Primauté du droit, dégager, à la lumière d'expériences acquises, certaines raisons supplémentaires et certaines directions pour lutter avec une foi accrue, en faveur d'une condition plus juste et plus fraternelle de la vie de l'homme sur la terre.

II. Proclamer un grand but commun qui est de réprimer l'instinct de violence, d'éliminer l'arbitraire tant à l'intérieur des divers groupes sociaux, Etats compris, que dans leurs rapports entre eux et cela sous l'égide de règles de droit respectées, à l'abri d'un ordre social favorable à la dignité, à la sécurité de l'être humain, mais en même temps au progrès social: telle est la large base sur laquelle des hommes (juristes, sociologues, techniciens), appartenant aux vieilles comme aux jeunes nations dotées d'institutions politiques et sociales variées, peuvent rapprocher leurs conceptions et arrêter de larges plans d'action convergente.

Les champions de la Primauté du droit ont été bien avisés jusqu'ici de ne pas disperser leurs efforts dans la recherche de définitions trop détaillées ou imprégnées de systèmes dominant dans leur propre milieu. Ils ont écarté aussi, à juste titre, les conceptions simplistes, que ce soit la conception technique de la légalité formelle, exacte en soi, mais profondément insuffisante et même dangereuse, ou bien celle qui érige le Droit en un corps de règles de conservation sociale aveugle, figeant société et droits in-

dividuels en un ordre statique, un immobilisme desséchant. L'évolution ne peut être vivifiée sans le recours à des principes fondamentaux inépuisablement riches en applications nouvelles, savoir la dignité de l'homme, être libre, sujet de droit et l'aspiration à la justice commandant le traitement sur pied d'égalité de tous les membres de la société. La Primauté du Droit n'est concevable et réalisable que là où les Droits de l'homme sont pleinement reconnus et respectés.

III. La réciproque est vraie et les auteurs de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, adoptée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, l'ont clairement exprimé dès le Préambule de cet instrument capital, non incorporé à la Charte, mais inspiré des buts proclamés par elle. « Il est essentiel, ont-ils dit, que les droits de l'homme soient protégés par un régime de Droit, pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ».

Ils se sont bien gardés également d'attacher une importance *exclusive* à un seul des éléments du contenu de la Primauté du droit, même à la liberté et à la sûreté, qui ont été les *leit motive* des Déclarations des droits ayant inspiré les institutions démocratiques des peuples occidentaux, du XVIII<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle (Amérique, Angleterre, France, etc.), ou bien au contraire à l'élément égalité et solidarité sociale qui l'emporte dans les constitutions des démocraties populaires et socialistes. Animés « d'un idéalisme pratique », suivant les conseils de J. Maritain, ils ont cherché à établir un standard minimum commun à toutes les parties de l'humanité et à dresser un programme équilibré et harmonieux sur les bases des quatre principes: liberté, égalité, non-discrimination, fraternité.

Ils ont essayé de ne négliger aucune des libertés fondamentales et des droits de l'homme propres à lui permettre de développer sa personnalité, qu'ils ont répartis en quatre groupes d'importance égale (libertés et sûretés d'ordre personnel – rapports avec les groupes humains et maîtrise des biens – facultés spirituelles, libertés publiques et droits politiques – droits économiques, sociaux et culturels). Ils n'ont pas non plus omis de rappeler les devoirs réciproques des individus et de la communauté elle-même en fixant les limites que l'homme et une société démocratique ne peuvent respectivement franchir.

Enfin les auteurs de la Déclaration, qui savaient n'avoir pas rédigé un instrument juridiquement obligatoire, ont indiqué brièvement, mais avec force, les principaux moyens constructifs, préventifs, correctifs ou même repressifs, auxquels il est nécessaire de recourir pour réaliser progressivement l'idéal proclamé par les représentants des Nations à l'Assemblée générale des Nations Unies. Au premier plan figurent l'enseignement et l'éducation des êtres humains, consi-

dérés comme les clefs du changement des mentalités; ensuite, les mesures progressives d'ordre national ou international à prendre par les autorités qualifiées des différents Etats. Ce sont encore les recours effectifs et notamment les recours en justice ouverts à toute personne victime d'une violation de ses droits fondamentaux (Art. 8). Ce sont enfin les peines pouvant frapper les auteurs d'infractions.

IV. Ainsi, sans avoir à pénétrer dans les détails de la Déclaration universelle, on découvre en cet instrument, pour les défenseurs de la Primauté du droit, un appui incomparable dont le dynamisme politique et moral, loin de s'amortir avec les années, se manifeste chaque jour davantage.

Si, à l'origine, la Déclaration a été principalement conçue comme une protestation de la conscience humaine en face des multiples atrocités et des actes monstrueux ayant précédé, provoqué et accompagné la seconde guerre mondiale et s'est présentée comme une réaction vigoureuse de la communauté organisée des peuples ayant souffert, même indirectement de cette guerre, en réalité elle doit sa solidité à ce qu'elle répond aux besoins permanents et aux aspirations de toutes les populations de la terre, soit qu'il s'agisse d'hommes ayant déjà, dans leur pays, atteint un niveau relativement élevé de vie, de culture et de liberté, soit surtout qu'il s'agisse de masses humaines en état de sous-développement, ne mangeant pas à leur faim, ne sachant pas lire, victimes de l'oppression, de la crainte et de la misère.

Malgré ses imperfections inévitables de fond et de forme, la *Déclaration* votée avec élan par les représentants de 48 nations, avec 8 abstentions et sans aucune voix contre, continue à bénéficier du soutien des larges courants spiritualistes, rationalistes et matérialistes qui orientent l'Humanité du XXème siècle, hors des routes de la violence, du racisme et du mépris de l'homme. Bien mieux, à chaque fois qu'un Etat indépendant se constitue ou ressuscite et, à plus forte raison, chaque fois qu'il est procédé à l'admission d'un nouveau membre dans les Nations Unies ou dans une institution internationale spécialisée, les autorités de cet Etat déclarent dans leur Constitution ou dans d'autres actes (sécession, demande d'admission, etc.) adhérer aux principes de la Déclaration.

En définitive, celle-ci est, par l'ampleur de son contenu et l'universalité de son domaine d'action territorial et personnel, l'expression et le véhicule le plus actif de la Primauté du droit.

Il faut maintenant se demander sur quels points essentiels d'application les tenants de la Primauté du droit doivent concentrer leurs efforts les plus pressants.

V. D'abord sur le plan national. En l'état actuel du monde où un grand nombre d'Etats, habités par une population abondante,

souffrent de l'insuffisance de leur production économique et de leurs structures, nous dirons, en élargissant la célèbre formule du révolutionnaire Danton, « qu'avec le pain et l'instruction, une bonne administration est le premier besoin des peuples ».

Par « administration », il ne faut pas entendre seulement des organes de décision, politiques et techniques, qualifiés par la compétence, l'intégrité et l'efficacité de leurs membres. Gouvernants et fonctionnaires doivent s'habituer à travailler dans le cadre de règles impartiales et respecter celles-ci, même s'ils sont dotés de larges pouvoirs, et à supporter non seulement les critiques formulées publiquement en vertu de la liberté d'expression, mais aussi l'existence de recours hiérarchiques administratifs et l'usage de recours juridictionnels contre les abus dommageables infligés aux particuliers et les excès de pouvoir qu'inévitablement certains administrateurs pourront avoir commis.

Dès 1949, Mr. Torrès-Bodet, directeur général de l'UNESCO, a considéré comme un des premiers devoirs de cette Institution, de diffuser la Déclaration et d'engager l'universelle tâche d'éducation qu'elle postule.

La division des Droits de l'Homme des Nations Unies a, depuis sept années environ, suscité des séminaires, réunions de juristes et hommes d'Etat dans une région déterminée du monde (Asie de l'Est, Amérique latine, Afrique centrale, etc.) qui, pendant un certain nombre de journées, étudient un grand problème, par exemple les règles de la procédure pénale ou encore les différents moyens préventifs ou les recours réparateurs des excès de pouvoir et abus de l'administration. Une telle entreprise d'éducation mutuelle a déjà donné des fruits et, comme le Congrès de Lagos, révélé déjà aux quatre coins de la terre, des hommes remarquables. Elle ne saurait être assez encouragée. En réalité, dans tous les pays les Universités ont un grand rôle à jouer, à la fois pour la diffusion de la connaissance des Droits de l'Homme et pour la formation d'une opinion publique exigeant leur respect effectif.

Mais il faut aller au delà de l'éducation. C'est dans le corps même et la structure des Etats neufs ou rénovés que doivent, constitutionnellement ou législativement, être intégrés des rouages préposés à la formation et au perfectionnement des fonctionnaires et des institutions chargés de veiller au respect de la règle de droit et de sanctionner ses violations. Plus précocement de bons rouages auront été créés et de bonnes habitudes prises et plus faibles seront les risques d'arbitraire ou d'oppression des citoyens, contribuables et assujettis. C'est ainsi que, dans la Constitution de l'Indépendance du Nigéria, le chapitre relatif aux droits de l'homme qui garantit des droits dont la définition a été empruntée à la Convention européenne de 1950 pour une large part, a été promulguée dès le 24 octobre 1959, sensiblement avant la mise en vigueur de cette in-

dépendance. De même une Cour suprême a été créée par la Constitution sénégalaise du 29 août 1960 et installée dès le 14 novembre. Elle se prononce en particulier sur la constitutionnalité des lois et sur la légalité des décisions en dernier ressort des juridictions de caractère administratif et des recours en annulation des décisions administratives.

Que si, au contraire, la conquête récente de l'indépendance nationale offre un prétexte aux pouvoirs publics pour gouverner, indépendamment de toute règle de droit, il sera extrêmement difficile de remonter le courant des mauvaises habitudes. Il faudra des dizaines d'années pour imposer à des administrateurs rétifs les différents contrôles laborieusement établis dans les pays démocratiques: contrôle du Parlement, contrôle de la presse et de l'opinion, contrôle de l'autorité hiérarchique ou d'un haut fonctionnaire spécialisé, *a fortiori* contrôle d'une juridiction indépendante, qu'elle soit polyvalente ou spécifiquement administrative.

Bien entendu, les pays anciennement organisés ne sont pas dispensés de perfectionner leurs institutions, en fonction des besoins nouveaux.

C'est ainsi qu'en France, la compétence de droit commun au premier degré en matière administrative a été transférée à partir du 1er janvier 1954 du Conseil d'Etat à des juridictions plus proches des justiciables: les tribunaux administratifs. Le Conseil d'Etat est devenu l'instance unique d'appel pour toute la France, sans préjudice de son rôle d'organe de cassation à l'égard des décisions des autres juridictions administratives. L'Angleterre a, par la loi dénommée *Tribunals and Inquiries Act, 1958*, amorcé une importante réforme destinée à assurer un contrôle élevé sur le fonctionnement coordonné d'une foule de juridictions administratives, et aussi le contrôle juridique de la *High Court* sur les décisions de ces organes. La Norvège s'est inspirée de l'exemple de la Suède, de la Finlande et du Danemark, pour instituer un commissaire du Parlement pour l'administration civile. La Pologne a complété son système de contrôle, inspiré de la Prokuratura soviétique, par des recours contentieux.

VI. L'attention des défenseurs de la Primauté du droit a été attirée d'abord sur la nécessité primordiale d'agir de manière que les structures de chaque Etat et les mentalités de milieux dirigeants soient orientées vers l'acceptation et la mise en œuvre pratique du principe de légalité.

La seconde tâche consiste naturellement pour eux à veiller à ce que les structures ainsi préparées, les organes et institutions ainsi créés, ne demeurent pas théoriques et fonctionnent réellement soit sous l'impulsion du gouvernement ou de l'administration, soit sur l'initiative des particuliers et justiciables dotés de certaines

facultés et droits de recours.

Or cette tâche est extrêmement importante. Il se peut tout d'abord que les pouvoirs publics d'un Etat donné aient, de leur propre initiative, pris certaines mesures courageuses. Par exemple, ils ont, grâce à la connaissance du droit comparé, tenu compte de l'exemple donné dans un Etat voisin ou de civilisation voisine, pour accomplir une réforme favorable à une catégorie sociale. Ou bien – et c'est le cas du Nigéria déjà précédemment cité – ils ont emprunté à une puissance anciennement colonisatrice une excellente institution, telle que l'*habeas corpus* ou la *High Court* protectrice des droits de l'homme. Encore faut-il que les citoyens soient incités à recourir effectivement à de telles institutions et ne soient pas arrêtés par la crainte de représailles.

L'intervention des partisans du principe de la légalité n'est pas moins utile à l'intérieur, lorsque les mesures de caractère national ont été prises dans un Etat d'une manière concertée avec un ou d'autres Etats appartenant par exemple à la même région du monde, ou en vertu d'une Convention de caractère universel, conclue sous les auspices des Nations Unies.

Dans de tels cas, ce qui est international, c'est le mouvement d'idées qui est à la base d'un progrès; c'est aussi la méthode suivie pour que les Etats, prêts à consacrer ce progrès, ne soient pas exposés à en payer seuls le prix et que le « pas en avant » d'ordre social, culturel, économique, soit franchi simultanément ou presque par le plus grand nombre d'Etats appartenant à des groupes différents.

Il n'en demeure pas moins que, sous réserve de la diversité des moyens juridiques propres à intégrer dans le droit national de chaque Etat signataire les dispositions concrètes contenues dans une convention internationale, les dispositions sont, à un moment déterminé, devenues des règles du droit de chacun des pays qui ont signé et ratifié ou donné leur adhésion.

Dès la signature de la Convention, chaque Etat a eu l'obligation de soumettre celle-ci à l'organe national compétent pour le mettre en vigueur par les procédures appropriées. Mais à partir de cette mise en vigueur, une autre responsabilité fondamentale est née, celle de veiller à l'application pratique de la Convention.

On comprend dès lors très bien qu'au seuil même des deux projets de pactes généraux jumelés relativement aux droits civils et politiques d'une part, et aux droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, que la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies a élaborés entre 1948 et 1954 et qui sont encore soumis aux discussions des sessions ordinaires successives de l'Assemblée Générale, la dite Commission ait accepté des dispositions d'ordre général formulant et précisant la manière dont ces Etats feront face à leur responsabilité primordiale.

Semblable technique a été appliquée dans plus de cent conventions à objectifs spécialisés, adoptées sous l'égide de l'Organisation du Travail ou autres Institutions spécialisées, ou des Nations Unies. A titre d'exemple, il est intéressant de relever certains termes de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO, en date du 14 décembre 1960,<sup>1</sup> et déjà ratifiée par quelques puissances.

La conclusion de ce paragraphe, c'est qu'il appartient aux champions de la Primauté du droit, après avoir souvent travaillé avec succès à rétrécir le champ de l'arbitraire par la reconnaissance en leur pays d'un droit ou d'une liberté garantie, de veiller à ce que les organes divers de l'Etat fassent honneur à leurs responsabilités fondamentales et que la routine ou la peur ne fassent pas obstacle à l'exercice normal par les particuliers du droit ou de la faculté qui est reconnue leur appartenir.

VII. Examinons maintenant de plus près les aspects internationaux de la Primauté du droit, en insistant plus spécialement sur le problème de la *protection internationale des droits de l'homme*.

<sup>1</sup> Article 3 de la Convention du 14 décembre 1960 :

Aux fins d'éliminer et de prévenir toute discrimination au sens de la présente convention, les Etats qui y sont parties s'engagent à :

- a) Abroger toutes dispositions législatives et administratives et à faire cesser toutes pratiques administratives qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement ;
- b) Prendre les mesures nécessaires, au besoin par la voie législative, pour qu'il ne soit fait aucune discrimination dans l'admission des élèves dans les établissements d'enseignement ;
- c) N'admettre en ce qui concerne les frais de scolarité, l'attribution de bourses, etc., aucune différence de traitement entre nationaux par les pouvoirs publics, sauf celles fondées sur les mérites et les besoins ;
- d) N'admettre dans l'aide éventuellement fournie... aucune préférence, ni restriction fondées uniquement sur le fait que les élèves appartiennent à un groupe déterminé ;
- e) Accorder aux ressortissants étrangers résidant sur leur territoire le même accès à l'enseignement qu'à leur propres nationaux.

Article 4. - Les Etats parties à la présente Convention s'engagent en outre à formuler, à développer et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chance et de traitement en matière d'enseignement, et notamment à :

- a) Rendre obligatoire et gratuit l'enseignement primaire ; généraliser et rendre accessible à tous l'enseignement secondaire...
- b) Assurer dans tous les établissements publics de même degré un enseignement de même niveau et des conditions équivalentes en ce qui concerne la qualité de l'enseignement dispensé ;
- c) Encourager et intensifier par des méthodes appropriées l'éducation des personnes qui n'ont pas reçu l'instruction primaire...
- d) Assurer sans discrimination la préparation à la profession enseignante.

Ici les difficultés à affronter sont particulièrement ardues, parce que dans l'état actuel du droit international positif, les principes de l'indépendance, de la souveraineté des Etats et ceux de l'égalité juridique et de la réciprocité de traitement entre Etats sont encore debout. La Charte des Nations Unies les a réaffirmés et le fameux art. 2 § 7 de la Charte interdit les immixtions extérieures dans les questions domestiques relevant de la compétence réservée d'un Etat.

A la vérité, lorsqu'un Etat reproche à un autre, en se fondant sur son droit de protéger diplomatiquement ses ressortissants, d'avoir molesté, laissé molester ou dépouillé sans indemnité un de ceux-ci, la réclamation doit trouver une issue par voie de négociations directes ou par tout autre moyen de règlement pacifique, tel qu'un recours à la conciliation, à l'arbitrage ou à la juridiction de la Cour internationale de justice.

Mais lorsque la victime d'un abus ou de la violation de la règle de droit d'un pays est un ressortissant de ce même pays, on doit s'attendre à ce qu'aux observations d'autres Etats, le premier oppose l'adage « charbonnier est maître chez lui » avec plus de fondement qu'Hitler ne l'a fait en 1933, avant de quitter avec éclat la Société des Nations, en face d'une réclamation d'un particulier israélite qui, lui, se prévalait d'une convention formelle de 1922 pour la protection en Haute Silésie des minorités allemandes ou polonaises.

Or, sur le plan de l'humanité, il est indispensable que des protestations de l'opinion mondiale se fassent entendre et même que des interventions d'Etats se produisent en vue de mettre fin à des pratiques indignes de toute société civilisée. Bien avant l'organisation juridique de la communauté humaine, Société des Nations, Nations Unies, une lutte concertée entre puissances a été engagée contre l'esclavage, le trafic des esclaves ou pour arrêter des massacres qu'on n'appelait pas encore génocides. Comment admettre que la création d'institutions universelles ait pu légitimer un recul et n'ait pas eu au contraire pour effet de précipiter l'évolution du droit international vers une protection meilleure des droits élémentaires de l'homme, notamment par le développement et le respect de la règle de droit en chaque Etat ?

Telle est bien la direction actuellement suivie. La lutte pour la Primauté du droit est menée, sur le plan international, sur plusieurs lignes de force convergeant vers le même but, sous l'inspiration principale de trois idées directrices:

- a) réduire le domaine réservé à la compétence exclusive des Etats;
- b) instituer des procédés et des organes de contrôle permettant à chaque Etat membre de participer à la prévention et, s'il y a lieu, à la correction des infractions à la règle de droit;
- c) ouvrir un droit d'initiative directe ou de plainte aux particu-



liers se prétendant victimes de violation de la règle de droit et, même aussi, à des collectivités ou groupements ou organes intergouvernementaux autres que les États.

Sans étudier à fond chacun de ces procédés, il faudra se demander sur quels terrains il est plus particulièrement opportun qu'agissent les tenants de la Primauté du droit.

VIII. Parmi les efforts accomplis pour réduire les domaines réservés à la compétence exclusive des États,

a) les uns visent à obtenir l'*interprétation* la plus restrictive de l'article 2 § 7 de la Charte;

b) les autres tendent à créer ouvertement de nouvelles *normes internationales* pour régir des matières jusqu'alors réservées à la compétence exclusive de chaque État ou de classement incertain.

a) La première méthode a été et est encore fréquemment utilisée au cours des débats de l'Assemblée générale ou d'autres organes des Nations Unies. Elle a pour but d'exercer une pression de la Communauté, sur tel État à qui on reproche de suivre une politique contraire à la Charte, à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : par exemple le grave problème de l'*apartheid* en Afrique du Sud est constamment agité devant les Nations Unies. Mais il y en a eu d'autres, tels que le sort des épouses d'origine soviétique à qui il a été refusé de quitter leur pays pour suivre leur époux étranger.

Ce qui a stimulé des débats de pure propagande politique de la part d'États eux-mêmes très portés à invoquer l'article 2 § 7 dans des affaires les concernant, c'est la situation particulière faite aux Droits de l'Homme par la Charte ; la promotion et le respect de ceux-ci n'entrent-ils pas dans les buts des Nations Unies, dans les attributions de maints organes (Art. 13, 62, 64, 68) parmi les objets d'une coopération obligatoire des États Membres (Art. 55, 56) et parmi les cas d'intervention du Conseil de Sécurité en cas de menace pour la paix ?

Loin d'aboutir à des résultats utiles et progressifs, les polémiques ont fréquemment suscité une jurisprudence chaotique, sujette aux aléas des circonstances politiques et donnant trop souvent prise au reproche « deux poids, deux mesures ». Avec regret, nous devons exprimer la crainte que les partisans de la Primauté du droit ne pourront faire fond vraiment sur une *interprétation* équilibrée et harmonieuse de l'article 2 § 7 par des organes politiques.

b) C'est dans la voie *normative*, créant ouvertement des règles de droit nouvelles de caractère international dans des matières jusqu'alors réservées à la compétence exclusive de chacun d'eux, que les États, encouragés par une opinion éclairée, ont remporté les succès les plus marquants depuis les jours du XIX<sup>ème</sup> siècle où les

premières mesures concertées ont eu pour but d'interdire l'esclavage et d'enrayer le trafic des esclaves. Vinrent ensuite de nombreuses conventions sur le droit international privé, les droits intellectuels divers, le droit pénal international.

Depuis 1919, plus de cent conventions universelles concernant le travail ont été conclues sous les auspices de l'O.I.T.

Pour ce qui concerne les Nations Unies, on doit citer comme premier essai l'imparfaite convention sur la répression du génocide de 1948 en vigueur, mais qui exige d'être complétée par la création d'une Cour internationale de Justice criminelle.<sup>2</sup>

Les deux projets jumelés de Pactes généraux des Droits de l'Homme, élaborés par la Commission de 1948 à 1954, sont depuis cette date en discussion devant l'Assemblée générale qui n'a même pas achevé les textes substantifs. Cette lenteur est peut être due à ce que certains ont trop voulu embrasser d'un seul coup, que d'autres veulent nouer des engagements allant au delà des principes de la Déclaration Universelle, sauf plus tard à faire d'amples réserves, que d'autres enfin, comme les Etats-Unis, témoignent leur répugnance pour des conventions si mal vues de leur Sénat.

Nous verrons certaines conséquences fâcheuses de ce retard. Néanmoins dans l'intervalle, un travail intense s'accomplit par voie de pactes à objet particulier créant des règles uniformes dans des matières jusqu'ici absolument réservées : condition civile et droits politiques de la femme, travail forcé, interdiction des discriminations en matière d'emploi et de placement, tandis qu'à l'UNESCO s'est conclue, le 14 décembre 1960, une convention parallèle très poussée concernant la lutte contre les discriminations en matière d'enseignement.

Mais le phénomène le plus digne d'attention, c'est que les puissances membres du Conseil de l'Europe ont, le 4 novembre 1950, signé une Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le titre premier, fortement inspiré du premier avant-projet de la Commission des Nations Unies, retient et définit, parmi les droits et libertés proclamés par la Déclaration universelle, une première liste de droits civils et civiques désormais reconnus et garantis obligatoirement par les Etats parties. Un premier protocole additionnel a complété cette liste le 20 mars 1952. Et un second, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, voté en 1960 par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, est à l'étude du Comité des Ministres.

<sup>2</sup> Il faut signaler encore les dispositions des art. 2 des traités de paix de 1946 conclus par certaines Puissances alliées avec la Bulgarie et la Hongrie et l'art. 3 du traité avec la Roumanie, dont l'inexécution a donné lieu aux avis consultatifs de la Cour Internationale de Justice en date du 30 mars et du 18 juillet 1950. Le mécanisme de protection internationale des Droits de l'Homme créé par elles n'a pu effectivement jouer.

Du coup, les travaux amorcés dès 1948, à Bogota, sous forme de Déclaration panaméricaine, ont été repris en Amérique Latine en vue de la signature d'une Convention parallèle à celle d'Europe. Une convention africaine similaire est l'objet d'études préliminaires.

S'il faut en général approuver et favoriser la révolution pacifique et silencieuse qui consiste à internationaliser de vastes matières jusqu'alors comprises dans le domaine de la compétence exclusive des Etats, et à ajouter aux obligations et garanties assumées par chaque Etat partie aux conventions normatives, la responsabilité de la Communauté internationale intéressée, universelle ou régionale, on doit cependant dénoncer le risque qu'à cause de l'absence prolongée de Pactes universels des droits de l'homme les pactes régionaux, rompant cet équilibre qui caractérise la Déclaration Universelle, arrivent à définir les droits de l'homme européen, américain, africain, asiatique, avec des nuances contraires au but poursuivi depuis 1948. Ces définitions sont sans doute nécessaires pour servir de support à des engagements sanctionnés. Aussi les partisans de la Primauté du droit doivent-ils veiller à la fois à hâter le vote, par l'Assemblée générale, de pactes généraux standards et à prévenir, dans les pactes régionaux, toutes dispositions dissonnantes par rapport à une universalité nécessaire des droits et libertés de l'homme.

IX. L'institution de procédés spéciaux et même d'organes internationaux pour veiller au respect des règles internationales de droit édictées conventionnellement – s'ajoutant aux garanties usuelles du droit international – constitue le second mode type d'effort constructif en faveur de la Primauté du droit.

Il se forme entre les Etats, parties à une convention, une sorte de société dans laquelle chacun est tenu de rendre compte, mais aussi a vocation pour prévenir éventuellement les erreurs et défaillances des autres parties ou en demander la cessation et la réparation, même si aucun de ses intérêts directs ou de ceux de ses ressortissants n'est lésé.

Distinguons le cas du contrôle préventif général de celui où il y a matière à plainte dans un cas particulier.

a) Une des garanties préventives les plus pratiques consiste à obtenir de chaque Etat, partie à une convention, un rapport occasionnel (sur interrogation du secrétaire général des Nations Unies par exemple) ou périodique sur « les progrès réalisés et les obstacles rencontrés » dans l'exécution d'un ou plusieurs conventions.

La Charte de l'O.I.T., révisée à Philadelphie, constitue à cet égard un modèle précieux. Les Etats membres de l'Organisation sont tenus chaque année de fournir un rapport sur la manière dont ils exécutent les engagements pris par convention ou expliquant pourquoi ils n'ont pu ratifier celle-ci. L'ensemble de ces rapports est soumis à l'examen minutieux d'un Comité permanent d'experts

de haute qualification qui soumet ses conclusions au conseil d'administration du Bureau International du Travail, en vue de l'examen par la Conférence générale.

Malheureusement la Charte des Nations Unies n'a rien prévu de tel, sauf à la charge des Etats qui administrent des territoires non autonomes. Une telle lacune s'est révélée extrêmement difficile à combler. La convention complémentaire contre certaines formes d'esclavage, de 1956, est absolument méprisée par certains Etats signataires. Ce n'est qu'en 1956 que la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies a obtenu, après approbation du Conseil économique et social, l'institution d'un rapport triennal des Etats membres sur la manière dont ils protègent les droits de l'homme, et cela en suivant l'ordre des articles de la Déclaration. 61 Etats ont répondu à son appel en 1961 pour le dépôt du deuxième rapport triennal. Mais le mode d'examen de ces rapports n'est pas encore digne de l'effort demandé aux gouvernements et doit être perfectionné.<sup>3</sup> Le concours des organisations non gouvernementales devrait être aménagé avec sagesse.

L'UNESCO a bien aussi un comité des rapports des Etats; cependant celui-ci aura certainement besoin d'une aide technique comparable à celle dont bénéficie l'O.I.T., quand il aura à examiner les rapports réclamés par la Convention du 14 Décembre 1960 et la Recommandation du même jour.

b) Indépendamment des modes de droit commun de règlement pacifique des litiges internationaux, l'institution d'organes spécialement chargés d'étudier ces plaintes – élevées par un Etat partie contre les violations imputées à un autre – a été une des premières préoccupations de ceux qui attachent au respect de la règle internationale de droit l'importance qui lui est due.

Ici encore la charte de l'O.I.T. a donné l'exemple, en instituant certaines procédures pour l'examen des plaintes. Récemment, l'Organisation Internationale du Travail et l'E.C.O.S.O.C. ont, en commun, créé un organe spécial pour examiner les cas allégués de violation des libertés syndicales.

La Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies a prévu, dans le seul projet de pacte général relatif aux droits de l'homme civils et politiques, la création d'un organe permanent dénommé « Comité des Droits de l'Homme », qui serait composé de hautes personnalités siégeant à titre individuel et élues par la Cour

<sup>3</sup> La session de 1962 de la Commission des Droits de l'Homme a abouti, à cet égard, à certaines améliorations non encore entrées en vigueur. Le projet de pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels soumis par la Commission à l'Assemblée depuis 1954, demande aussi aux Etats parties de déposer des rapports périodiques sur l'exécution des engagements assumés, en tant que déjà les rapports des Institutions spécialisées ne fourniraient pas des renseignements suffisants.

de la Haye sur une liste présentée par les Etats parties au Pacte, et qui serait chargé, comme organe de conciliation et de bons offices, de régler les réclamations d'Etats parties (et d'eux seuls) contre d'autres. L'intervention de la Cour de Justice est également prévue à l'arrière plan. Mais ses propositions n'ont pas encore été discutées par l'Assemblée générale. On peut d'ores et déjà prévoir que certaines délégations reprendront la proposition de créer un Parquet général ou Ministère public des Nations Unies, qui aurait lui aussi le droit de saisir le Comité des Droits de l'Homme des manquements venus à sa connaissance. De même le caractère permanent de ce Comité fera l'objet de certaines oppositions, ainsi que le droit pour un Etat plaignant d'obliger l'autre Etat accusé à se présenter devant un organe quelconque de conciliation. En effet une Conférence d'experts, saisie en juin 1962 par l'UNESCO d'un projet de protocole pour l'organisation de la conciliation et des bons offices en cas de différends entre Etats concernant l'exécution de la Convention du 14 décembre 1960, a rencontré déjà ces deux objections et tenu compte en partie de la première: dans le projet de protocole rédigé par elle et que la Conférence générale de l'UNESCO a définitivement adopté le 10 décembre 1962, la présence dans la commission de conciliation d'un national de chaque Etat partie au différend est admise.

C'est la Convention de sauvegarde européenne du 4 novembre 1950 qui a établi le système de règlement des différends de beaucoup le plus complet, puisqu'afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes elle a institué d'abord une Commission européenne des Droits de l'Homme composée d'un nombre de membres égal à celui des Etats parties, élus pour six ans et siégeant à titre individuel, en vue d'établir les faits, d'aider à un règlement amiable qui s'inspire du respect des Droits de l'Homme et d'envoyer un rapport au Comité des Ministres avec, le cas échéant, son avis sur le point de savoir s'il y a eu de la part de l'Etat intéressé violation de ses obligations.

Mais elle est allée plus loin en créant une Cour européenne des Droits de l'Homme composée de juges élus, et qui ne peut être saisie d'une affaire qu'après la constatation par la Commission de l'échec du règlement amiable, dans un délai de trois mois à dater de la transmission du rapport. La Cour ne peut être saisie que par un des Etats intéressés ou mis en cause, ou par la Commission elle-même. Seuls les Etats et la Commission ont qualité pour se présenter devant la Cour. L'arrêt de la Cour est définitif.

L'expérience déjà acquise depuis 1953, date d'entrée en fonctionnement de la Commission européenne, prouve que, très rarement, un Etat l'a saisie d'une réclamation contre un autre Etat: trois fois en huit ans. Jamais une affaire ainsi engagée n'a encore été portée devant la Cour européenne: chaque fois il y a eu retrait de la plainte

ou règlement amiable. Mais cette expérience suggère aussi d'autres observations au sujet du rôle des particuliers ou groupements auxquels on vient maintenant.

X. Le monopole du droit de plainte devant les instances internationales que se réservent presque toujours<sup>4</sup> les Etats parties à des conventions normatives, pour traditionnel qu'il soit, est extrêmement critiqué dans beaucoup de milieux juridiques, à plus forte raison par les publicistes, interprètes de l'opinion publique. On fait précisément valoir qu'il est presque chimérique d'espérer qu'un Etat puisse se considérer comme un ministre désintéressé de la collectivité des Etats garants d'un droit; il ne peut s'abstraire de son caractère d'entité politique et n'agit généralement que si la victime prétendue d'un manquement de la part d'un autre Etat est un de ses ressortissants ou s'il y a un motif politique spécial justifiant une initiative : par exemple la victime, ressortissant de l'Etat accusé, fait partie d'un groupe ethnique ou social lié à l'Etat plaignant.

Sur le plan des principes, d'autre part, on estime difficile de continuer à dénier aux individus la qualité de sujet de droit international avec les attributs positifs, comme le droit d'ester en justice, qui en découlent, alors surtout que la responsabilité personnelle des mêmes individus est admise dans des cas décisifs.

C'est en s'inspirant de telles idées que des milieux de plus en plus nombreux et même certains Etats se déclarent favorables à ouvrir sous certaines conditions l'accès des organes internationaux de protection des droits individuels aux particuliers lésés, et même aussi aux groupes de particuliers et organisations non gouvernementales. La reconnaissance « du droit de pétition », entendu comme « droit de déposer une requête introductive d'instance », a fait l'objet de vives discussions devant la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. Elle n'a été provisoirement écartée du projet de pacte sur les droits civils et politiques qu'à égalité de voix. Mais, lors de la discussion de la mise en œuvre devant l'Assemblée générale des Nations Unies, une nouvelle tentative sera faite.

Je n'hésite pas pour ma part à inciter les partisans de la Primauté du droit à appuyer vigoureusement la proposition d'admission de ce droit des particuliers, par la voie d'un Protocole facultatif pour les Etats, et cela non pas seulement au nom de raisons doctrinales déjà mille fois exposées, mais en me plaçant sur le terrain de l'élémentaire justice et des résultats de l'expérience européenne.

D'une part en effet, dans sa résolution 75, le Conseil économique et social a réglementé la procédure des « communications »,

<sup>4</sup> Au lendemain de la première guerre mondiale ont été créés des tribunaux arbitraux mixtes, devant lesquels les particuliers se prétendant lésés ont pu se porter directement demandeurs. Après la seconde guerre mondiale, les commissions de conciliation franco-italiennes, anglo-japonaises, etc. ont pu également statuer sur les réclamations formulées par des particuliers.

disons des lettres de particuliers ou de groupements adressées au secrétaire générale des Nations Unies pour dénoncer des torts et abus, avec une sévérité extrême, quoique bien intentionnée en ce qui concerne le secret observé sur le nom des plaignants. La Commission des Droits de l'Homme s'étant elle-même, dès janvier 1947, résignée à ne jamais traiter des cas particuliers, on peut dire qu'en dehors des pétitions adressées au Conseil des tutelles et au Comité des pays non autonomes non comptées ici, la très grande majorité des 30.000 communications adressées aux Nations Unies depuis leur fondation n'a fait l'objet que d'un accusé de réception, et non d'un examen. Il n'en a été autrement que pour les communications dont la substance (sinon l'origine) a été transmise à l'Etat visé par la plainte et qui ont fait l'objet d'un examen et d'une réponse quelquefois favorable de la part des autorités de celui-ci. Un tel régime, qui n'est pas digne des espérances mises par les opprimés dans les Nations Unies, n'a de chance d'être amélioré que si les pactes généraux créent un organisme de triage des communications. On s'apercevra d'ailleurs très vite que le plus grand nombre de celles-ci ne mérite aucune suite pour des raisons différentes : du moins le petit nombre des autres sera traité plus humainement.

J'en arrive, d'autre part, aux résultats de l'expérience faite devant la Commission et la Cour européenne. La Convention de 1950 a, dans son article 25, admis que la Commission pourrait être saisie « par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime » d'un Etat, d'une requête contre cet Etat, si celui-ci a déclaré reconnaître sa compétence dans cette matière. Or, sur plus de 1.000 requêtes reçues à ce jour de particuliers, la Commission européenne en a déclaré à peine une douzaine recevables. Le plus grand nombre est déclaré par elle irrecevable comme ayant été déposé « avant l'épuisement des voies de recours interne, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnu ». Parmi les requêtes déclarées recevables, plusieurs ont fait l'objet d'un rapport de fond défavorable suivi de rejet par le Comité des Ministres, d'autres d'un règlement amiable. Enfin deux cas ont été portés devant la Cour européenne sur l'initiative de la Commission elle-même. Or, la Cour a statué au fond négativement dans le premier cas et rayé l'autre affaire du rôle, après avoir constaté que la Commission et le Gouvernement intéressé étaient d'accord sur ce que l'objet du litige avait disparu.

Eu égard à ces précédents, il est impossible de se refuser, sur le plan universel, à tenter, par voie de Protocole ouvert aux Etats qui l'accepteraient, une expérience déjà tentée sur le plan européen.

XI. Mais il y a lieu, sur le plan pratique, de dégager deux autres enseignements.

En premier lieu, l'énorme importance attachée par les Etats parties à la Convention européenne à la question de « l'épuisement des voies de recours internes » doit rassurer tous ceux qui ont témoigné des inquiétudes sur le peu de respect dont pourraient souffrir les Cours suprêmes des différents Etats, et inciter les partisans de la Primauté du droit à redoubler d'activité dans leurs pays respectifs pour l'établissement et le fonctionnement le plus efficace et le moins lent possible des recours devant des juridictions nationales compétentes et indépendantes (Art. 8 – Déclaration).

En second lieu, l'extrême réserve témoignée par des Etats membres du Conseil de l'Europe, à porter les plaintes devant la Commission, s'est avérée encore plus totale, lorsqu'il s'est agi de saisir la Cour européenne. C'est la Commission seule qui, à deux reprises, a pris l'initiative de la saisir, et elle l'a fait comme l'eût fait un Ministère public collectif européen jouissant d'une totale indépendance. Dans un cas sur deux, elle a même saisi la Cour alors qu'elle avait déposé un rapport défavorable à la requête du particulier qui, lui, ne pouvait ni saisir la Cour, ni comparaître juridiquement devant elle, mais dont la Commission a, avec sérénité, exposé les griefs à la Cour.

Une telle expérience justifierait donc l'attribution au Comité des Droits de l'Homme prévu dans le projet de pacte soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies, de fonctions comparables à celles de la Commission européenne, si même on ne veut pas créer *ab initio* un véritable Parquet général ou Ministère public des Nations Unies distinct du Comité.

Sans aller jusqu'à vouloir faire reconnaître dans le présent le droit propre de l'individu à comparaître juridiquement devant un organe ou une juridiction internationale en face de son propre gouvernement – réforme dont on comprend qu'elle ne soit pas encore jugée unanimement mûre –, les tenants de la Primauté du droit doivent saisir l'occasion de réaliser un progrès international considérable par la création d'un *Attorney général* ou d'un Ministère public des Nations Unies, tout au moins d'un organisme qui puisse collaborer à l'œuvre de justice au nom de la communauté humaine.

A supposer qu'une telle étape puisse être franchie dans un assez court délai, la responsabilité de chaque Etat membre des Nations Unies n'en demeurera pas moins primordiale en ce qui concerne les Droits de l'Homme. Quant à la protection internationale des mêmes droits, tout en répondant à une nécessité, elle gardera un caractère subsidiaire.

Deux réflexions avant de terminer l'exposé de ce programme d'action.

XII. Il faut d'abord répondre à ceux qui demandent s'il ne serait pas possible et désirable d'organiser, dans le plus grand



nombre de cas possible, des recours directs d'Etats ou de particuliers devant une instance internationale, au cas de violation d'une règle de droit établie en commun par une collectivité de puissances. Pourquoi tant d'échelons nationaux d'abord, internationaux ensuite, avec les lenteurs considérables que cela comporte ? Une justice trop lente n'est plus la vraie justice.

Le souhait ainsi exprimé est déjà partiellement satisfait. La Cour internationale de Justice siégeant à la Haye peut connaître directement de tout litige que deux Etats sont décidés en commun à porter devant elle ou que l'un d'eux veut unilatéralement lui soumettre, quand l'autre Etat a souscrit à la clause de compétence obligatoire de la Cour, en vertu de l'article 36 du statut de celle-ci, dans des conditions le permettant. Il n'y a pas bien longtemps qu'elle a statué dans un différend entre les Pays Bas et la Suède, concernant l'application et l'interprétation d'une des Conventions de droit international privé de la Haye concernant la protection des incapables. Mais la solennité et la longueur de tels procès dissuadent les Etats qui assument un nombre croissant d'obligations internationales conventionnelles de saisir trop souvent une aussi haute juridiction. Quant aux particuliers ils n'ont le droit, ni de saisir la Cour de la Haye, ni de comparaître devant elle. Quand un Etat, après avoir échoué dans ses démarches diplomatiques en faveur de ses ressortissants lésés par un autre Etat, par exemple par un Etat débiteur d'emprunts nationaux qui ne paie pas sa dette en la monnaie stipulée, veut assurer jusqu'au bout leur protection, c'est lui qui prend l'affaire en mains en attrayant l'Etat débiteur devant la Cour Internationale. Les recours dont il a été question dans cette étude ont été créés ou sont jugés désirables pour que la règle de droit soit respectée et sa violation sanctionnée, sans aller du premier coup au sommet, ni dessaisir les juridictions nationales. Il faut se garder d'accabler les organes internationaux d'affaires minimes ou ne présentant pas un intérêt de principe. Ce sont les autres qui en souffriraient.

Mais il y a mieux. Il y a des cas comme celui des trois Communautés européennes où une Cour de justice unique a été créée par une convention commune du 7 octobre 1958, et a reçu compétence pour être *directement* saisie soit par les Etats parties, soit par des Institutions (Conseil et Commissions, Assemblée parlementaire européenne), soit par des entreprises ou des particuliers, ou enfin des fonctionnaires des Communautés agissant contre celles-ci.

La vérité est que dans ces cas il n'y a pas exception au droit commun, mais application de la règle que là où il y a une société, celle-ci doit être munie des organes capables de faire face à ses fonctions propres de justice. On se rapproche de la situation des Etats fédéraux où les cours de justice fédérales surveillent un ordre juridique différent de celui que les tribunaux et cours des Etats fédérés ont à maintenir et défendre.

XIII. Voici la dernière question. L'absence ou la violation de règles de droit par les autorités d'un Etat ne sont-elles pas de nature à troubler les bonnes relations de celui-ci avec d'autres Etats et même l'ensemble des autres Etats ? La chose s'est trop souvent vérifiée pour avoir besoin d'être longuement démontrée. Au cours du XXème siècle, nous avons connu des cas notoires où un Etat a commencé par violer ou supprimer chez lui les règles de droit sauvegardant les libertés les plus élémentaires et la vie de ses propres ressortissants. Mais il ne s'en est pas tenu là. On a rappelé plus haut le cas d'Hitler piétinant les droits d'un particulier résidant en Haute Silésie, garantis par une convention bilatérale formelle. Un processus implacable l'a conduit à violer de plus en plus largement les droits élémentaires des hommes résidant sur le territoire du IIIème Reich ; puis, au nom de la supériorité de la race, les droits des hommes appartenant à d'autres nations ; puis à violer, au nom du *Lebensraum*, les frontières des nations voisines, et enfin à attenter à la sécurité de l'Humanité tout entière.

Si celle-ci veut éviter le retour de pareils événements, elle doit retenir qu'il n'y a pas de paix véritable lorsque les droits de l'homme sont gravement ou continuellement méconnus ou foulés aux pieds sur une ou plusieurs parties de la terre. L'établissement graduel de la Primauté du droit dans les régions et les nations les plus diverses constitue donc, à un titre au moins aussi élevé que la coopération technique apportée aux pays sous-développés et les accords sur la réduction des armements, un des moyens suprêmes de défense de la Paix et d'élévation du niveau moral des hommes.

XIV. Les réflexions ci-dessus formulées au sujet de problèmes concrets qui se posent dans la vie quotidienne nationale et internationale risquent d'avoir rebuté le lecteur par leur aridité.

Si cependant les indignations et les enthousiasmes doivent brûler le cœur de ceux qui entendent participer à la construction d'un monde meilleur pour l'homme, les apôtres de la Primauté du droit ne doivent pas hésiter à se ceindre du triple airain dont parle le poète, pour affronter avec lucidité chacun des obstacles ingrats qui s'opposent à la réalisation du Droit. C'est dans des galeries obscures que le mineur extrait péniblement du sol le charbon qui réchauffe les hommes. Et c'est en grim pant par des escarpements abrupts que le pionnier trace le sentier menant aux lumières des sommets.

RENÉ CASSIN

*Président honoraire du Conseil d'Etat,  
membre de l'Institut de France.*

# LA JUSTICE ET LE POUVOIR DANS LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

## I

L'Etat de droit est fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs. A l'inverse de la concentration qui caractérise l'Etat totalitaire, les diverses fonctions de l'Etat sont assumées par des organes distincts: la législation est élaborée par le Parlement, l'orientation politique définie par l'Exécutif, la gestion des services publics assurée par l'administration et la justice rendue par les tribunaux. L'objet de cette dissociation des fonctions de l'Etat est d'établir un équilibre entre les autorités qui prévienne le risque d'abus de pouvoir. C'est seulement de cette manière, estime-t-on, qu'il est possible de garantir la vie et l'intégrité physique de l'individu, de le prémunir contre toute atteinte à sa liberté qui pourrait résulter d'actes arbitraires des organes de l'Etat, et en dernière analyse d'assurer le respect de la vérité, ce qui est la fin ultime du droit.

La séparation des pouvoirs, qui est devenue traditionnelle dans l'Etat moderne soucieux d'assurer la primauté du droit, réserve à l'institution judiciaire la tâche de dire le droit. On se gardera toutefois de perdre de vue que l'appareil judiciaire occupe une place très particulière dans une collectivité étatique moderne. La fonction juridictionnelle est aussi ancienne que la fonction sacerdotale, elles existaient l'une et l'autre avant même que ne se constituent des collectivités étatiques. Dans l'Ancien Testament, l'époque des Juges précède celle des Rois. Là où un corps de magistrats n'a pas encore été institué, ce sont les prêtres ou les chefs d'armée qui disent le droit. En confiant la fonction juridictionnelle à l'un des pouvoirs constitutifs de l'Etat, les régimes démocratiques respectent un des principes les plus anciens de l'organisation politique, qui ne peut concevoir de société policée sans tribunaux et sans juges.

Si l'autonomie de la compétence juridictionnelle apparaît aujourd'hui comme l'un des traits essentiels de la séparation des pouvoirs, il en découle qu'elle doit être confiée à des organes constitués expressément à cette fin. Une telle spécialisation n'est concevable que si les personnes appelées à dire le droit, c'est-à-dire les magistrats de l'ordre judiciaire, sont indépendants au sens absolu et au sens personnel du terme, autrement dit s'ils ont la possibilité de prendre leurs décisions sans devoir s'inspirer d'aucune directive ni craindre d'être exposés à des représailles personnelles.

La Constitution de la République fédérale d'Allemagne de 1949 répond pleinement à ces conditions. L'article 20 (alinéa 2)

dispose que la puissance publique est exercée par des organes législatifs, exécutifs et judiciaires spécialisés. En outre, dans la section de la Constitution intitulée « De l'administration de la justice », il est spécifié que le pouvoir de rendre la justice, exercé par les tribunaux, est confié aux juges. L'autorité appelée à remplir les fonctions judiciaires s'appelle le corps judiciaire. Ses droits et obligations sont fixées dans le détail par la loi du 8 septembre 1961 sur l'organisation du pouvoir judiciaire. En application de la Constitution, cette loi a séparé la magistrature du corps des fonctionnaires de l'Etat, et a remplacé le statut de fonctionnaires qui caractérisait l'ancienne organisation judiciaire allemande par un « statut de la magistrature ». Dans ce régime les magistrats appartiennent au point de vue administratif et disciplinaire à un cadre hiérarchisé, mais en matière de juridiction proprement dite leur indépendance est totale.

Afin de garantir la neutralité du juge et l'objectivité des jugements, la Constitution a donc sanctionné le principe traditionnel qui veut que le juge soit indépendant et ne soit soumis qu'à la loi. Cette norme constitutionnelle essentielle à l'Etat de droit protège le juge contre les parties en litige et contre les diverses forces sociales non étatiques (associations, presse, églises, etc.); elle le garantit d'autre part contre l'Etat lui-même. La protection du juge à l'égard de l'Etat est particulièrement importante, car l'administration peut être engagée dans un procès, et l'Etat risque alors d'être juge et partie. Le respect du droit exige alors que les organes de l'Etat appelés à rendre la justice soient des tiers impartiaux. La Constitution elle-même interdit au législateur et au pouvoir exécutif d'exercer la moindre influence sur les décisions de fond des tribunaux.

Enfin, aux termes de l'article 20 (alinéa 3) de la Constitution, les tribunaux sont tenus de respecter la loi et le droit: ce qui sous-entend que la loi est l'expression du droit, mais que le droit n'est pas nécessairement contenu tout entier dans la loi écrite; pensons notamment au droit coutumier et surtout aux créations de la jurisprudence. La jurisprudence se constitue quand le juge doit appliquer dans des situations concrètes des normes juridiques imprécises et faire appel à des notions aussi générales de celles de bonne foi, d'habitudes admises, de tranquillité, de sécurité et d'ordre publics, ou du rôle de la puissance publique. Ces normes et ces notions jouent un rôle particulier dans le droit constitutionnel, et l'interprétation que le juge constitutionnel doit en donner met bien en relief le rôle créateur de la jurisprudence. Le juge ne doit pas les interpréter dans l'abstrait, mais dans le cadre d'une situation concrète. C'est pour cette raison d'ailleurs qu'une norme qui, dans divers pays, a la même portée, le même libellé et la même origine, peut fort bien y recevoir des interprétations diverses et y déployer des effets pratiques différents.

Le juge n'en est pas pour autant un législateur. Si importante

que soit la contribution qu'il est appelé à apporter à l'évolution du droit par son interprétation créatrice, il doit s'imposer des limites à l'égard du législateur et veiller à ne pas usurper les fonctions de ce dernier. Même lorsqu'il estime qu'une disposition législative présente certaines imperfections, il doit se conformer par principe à la législation positive, à moins qu'il n'arrive à la conclusion que le législateur a fait un usage abusif de ses pouvoirs et que la disposition en question doit être considérée comme incompatible avec son objet et comme arbitraire. C'est alors seulement que le juge peut déclarer la loi contraire à la Constitution et refuser de l'appliquer.

Il est permis de conclure que la Constitution, en disant que le juge est tenu de respecter la loi et le droit, a voulu dire que l'arbitraire humain, le bon plaisir personnel, les fantaisies et les passions doivent être éliminées aussi strictement que possible du cours de la justice, et que le juge doit pouvoir se consacrer en toute indépendance au service du droit.

La loi fondamentale a pris encore une précaution de plus pour affirmer l'indépendance absolue du juge: elle assure son indépendance personnelle. Aux termes de l'article 97 (alinéa 2): « Les juges de carrière nommés à titre définitif dans le cadre régulier ne peuvent être révoqués, suspendus de leurs fonctions, définitivement ou temporairement, déplacés ou mis à la retraite contre leur gré avant l'expiration de la durée de leurs fonctions, si ce n'est en vertu d'une décision d'un tribunal et pour des motifs et dans les formes déterminées par les lois ». Cette garantie donnée à son indépendance met le juge à l'abri de toute pression politique de caractère personnel que le ministre serait tenté d'exercer contre lui. Elle interdit notamment au gouvernement de retirer à un juge la connaissance d'une affaire pour laquelle il est normalement compétent. De cette garantie de l'indépendance personnelle du juge, la Cour constitutionnelle fédérale a tiré la conclusion que l'on ne saurait considérer comme un vrai tribunal un collège de fonctionnaires placé sous la dépendance du pouvoir exécutif. Afin de préserver leur indépendance, la nouvelle loi sur le statut des juges prévoit qu'ils ne peuvent exercer concurremment des fonctions d'ordre administratif, par exemple la fonction de maire. Pour la même raison, la Cour constitutionnelle a décidé que les magistrats ne pouvaient siéger au Parlement. Enfin, un juge peut être récusé s'il est établi qu'il a des intérêts communs avec l'une des parties en litige ou qu'il a déjà eu à connaître de l'affaire en cause.

## II

Les règles constitutionnelles relatives au pouvoir judiciaire en République fédérale d'Allemagne sont dominées par les principes suivants.

En premier lieu, quiconque est lésé par un acte de la puissance

publique dans l'un quelconque de ses droits (et pas seulement de ses droits fondamentaux) peut s'adresser à un tribunal. En dehors des cas où la loi donne compétence à une juridiction déterminée, la demande en réparation est portée devant les tribunaux ordinaires. Cette règle générale d'attribution de compétence permet aujourd'hui à l'individu de s'adresser à un tribunal de l'ordre judiciaire pour obtenir réparation de toute violation du droit dont la puissance publique se rendrait coupable. Cela ne signifie pas qu'une telle instance soit invariablement du domaine du juge civil. A la différence du système anglo-saxon, un souci toujours plus vif de rationaliser le droit a conduit en République fédérale d'Allemagne à créer des juridictions spécialisées dans plusieurs domaines. A côté de la juridiction civile et pénale, il existe actuellement une juridiction administrative parfaitement au point et dont l'autorité est égale à celle des tribunaux de droit commun, une juridiction fiscale compétente en matière d'impôts et de finances publiques, des tribunaux disciplinaires, et enfin des tribunaux du travail compétents en matière de questions sociales. La voie ordinaire des tribunaux civils n'est ouverte que pour les demandes qui ne relèvent pas de l'une ou de l'autre de ces juridictions spécialisées.

L'organisation judiciaire est d'autre part influencée par la structure fédérale de notre pays. Toutefois, les modalités choisies s'écartent très nettement des systèmes adoptés par d'autres Etats fédéraux tels que les Etats-Unis. Dans ce dernier pays il existe aussi des juridictions d'Etats et une juridiction fédérale, mais le partage des compétences y est extrêmement net. Les affaires relevant des organes judiciaires des Etats sont obligatoirement portées devant ces tribunaux. Les affaires qui sont de la compétence fédérale doivent être portées exclusivement devant les juridictions fédérales, qui sont le tribunal fédéral de district, la cour d'appel fédérale, et au sommet la Cour suprême des Etats-Unis. Dans la République fédérale d'Allemagne, le système obéit à des conceptions différentes. La loi fondamentale, suivant en cela une tradition ancienne, confie l'ensemble des compétences judiciaires aux tribunaux des *Länder*, et institue seulement sur le plan fédéral une série de cours supérieures. Ainsi, outre la Cour de justice fédérale de Karlsruhe qui est l'instance de recours en matière civile et pénale, il existe d'autres instances fédérales de recours, notamment un Tribunal administratif fédéral, une Cour fiscale fédérale et un Tribunal fédéral du travail et de la protection sociale. Alors que les juridictions de première instance et d'appel exercent leurs fonctions dans le cadre des *Länder*, les juridictions fédérales statuent en dernier ressort dans le cadre de leurs compétences respectives. Exceptionnellement, certaines matières sont portées en première instance devant certaines Cours fédérales; c'est ainsi que la Cour de justice fédérale connaît en première instance des affaires de haute trahison.

Ces quelques indications suffisent à montrer que la loi fondamentale répond dans une très large mesure aux exigences de la Primauté du droit. Cette large garantie des droits et libertés s'est traduite par une augmentation proportionnelle de la puissance de la magistrature comme « troisième pouvoir de l'Etat ». La loi fondamentale n'ouvre pas seulement aux personnes lésées une action judiciaire; elle donne au juge les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour régler, en suivant les normes du droit, les conflits qui s'élèvent dans les domaines de la vie collective que nous avons mentionnés.

Cet accroissement des moyens d'action du « troisième pouvoir » et l'intervention de ce pouvoir contre les autres titulaires de la puissance publique ne suffisent certes pas à modifier son caractère traditionnel. Il reste vrai que les tribunaux rendent la justice, en matière civile, pénale, administrative, financière ou dans le domaine du travail, en vertu de décisions politiques expresses de l'auteur de la Constitution. Mais le caractère politique des décisions du législateur est au fond éphémère, il s'efface dès que la volonté du législateur s'est exprimée dans un acte de création du droit positif. Le juge d'un tribunal civil, pénal, administratif ou autre est parfaitement fondé à ne pas avoir le sentiment de s'immiscer dans le domaine politique lorsqu'il prononce son jugement. Il reste politiquement neutre. En exerçant son activité de juge, il ne sort pas du domaine proprement juridique qui est celui du « troisième pouvoir » au sein de l'Etat.

### III

Les auteurs de la Constitution, que la terrible expérience du régime national-socialiste avait convaincus de la nécessité de rétablir l'Etat de droit sur des bases très fermes, ont été encore au delà. Suivant la voie tracée par la Constitution de Weimar, la loi fondamentale de Bonn a institué une juridiction de contrôle constitutionnel ayant compétence sur le plan fédéral comme dans le cadre des *Länder*. La Cour constitutionnelle fédérale ne connaît pas seulement, comme le faisait le *Staatsgerichtshof* de la Constitution de Weimar, des conflits constitutionnels intérieurs aux *Länder* et des différends de droit public entre les *Länder* ou entre ceux-ci et l'autorité fédérale; elle est aussi appelée, et c'est même son rôle principal, à trancher les conflits qui peuvent s'élever entre les organes constitutionnels de la République fédérale: gouvernement fédéral, Parlement, Conseil fédéral (*Bundesrat*) ou président de la Fédération.

La Cour constitutionnelle fédérale se prononce d'autre part sur la conformité de la législation des *Länder* ou de la législation fédérale avec la Constitution, quand cette conformité est mise en doute et qu'elle est saisie de la question par une autorité qualifiée.

De même les tribunaux, lorsqu'ils considèrent comme inconstitutionnelle une loi dont la validité conditionnerait la solution d'une affaire, doivent provoquer une décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur ce point de droit.

La Cour constitutionnelle intervient encore dans plusieurs autres domaines. C'est ainsi, comme on l'a vu dans les cas du parti socialiste du Reich et du parti communiste, qu'elle peut déclarer inconstitutionnel un parti qui tend à compromettre ou à détruire l'ordre démocratique et les libertés constitutionnelles. C'est également devant elle que le président de la République fédérale ou les juges peuvent être mis en accusation. C'est à elle que peuvent recourir, en invoquant la violation de la Constitution, les personnes qui s'estiment lésées dans leurs droits fondamentaux par une intervention des pouvoirs publics, qu'il s'agisse d'un acte administratif, d'une décision du gouvernement, d'un jugement ou d'une loi. Ces recours de droit constitutionnel sont fréquemment mis en jeu, la Cour n'en a pas reçu moins de 10,000 jusqu'ici.

La multiplicité des compétences attribuées à la Cour constitutionnelle fédérale a fait du pouvoir judiciaire, pour la première fois dans la vie de l'Etat allemand, un pouvoir vraiment égal aux autres; les tribunaux constituent réellement un « troisième pouvoir » dégagé de toute entrave et dont on ne saurait plus dire avec Montesquieu qu'il est « en quelque façon nul ».

Il n'en faut pas conclure que la Cour constitutionnelle fédérale et les tribunaux de droit public des *Länder* ne seraient plus de vrais organes judiciaires. Tout au contraire la Cour constitutionnelle fédérale est la clé de voûte de la justice. Elle est appelée à trancher sans appel, et avec une autorité qui s'impose à l'Etat et à la nation, les litiges qui lui sont soumis. Elle est le gardien légitime et le garant de la Constitution. Ce qu'il y a de décisif et d'inédit, c'est que les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale se répercutent dans le domaine politique, qu'ils ont des conséquences politiques. Cela tient au fait que le droit constitutionnel, comme aussi le droit international, a une résonance politique indiscutable, à la différence par exemple du droit civil ou pénal. Ce qui distingue en fait la juridiction constitutionnelle de la juridiction ordinaire, c'est qu'elle connaît de conflits qui portent toujours sur des problèmes politiques. Elle est appelée à se prononcer sur des normes qui soumettent la politique même à l'empire du droit. A l'opposé du juge ordinaire, le juge constitutionnel évolue dans un domaine juridique qui ne saurait être dépolitisé. La juridiction constitutionnelle est déterminée tout entière par la nature du droit constitutionnel, qui ne peut échapper à son origine politique.

Telle est aussi la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle fédérale participe par ses arrêts à l'action des organes suprêmes de la puissance publique. En disant le droit, les tribunaux constitution-



nels s'insèrent dans l'activité qui a pour objet d'exprimer la volonté de l'Etat selon des procédures constitutionnelles. Ce n'est donc pas par hasard que la Cour constitutionnelle fédérale a été qualifiée d'organe constitutionnel et a été mise sur le même rang que le Parlement, le Conseil fédéral, le gouvernement fédéral et le président de la Fédération. Ce qu'il y a de nouveau dans l'organisation institutionnelle de la justice qui découle de la loi fondamentale allemande, c'est qu'un tribunal, en raison des compétences qui lui sont attribuées, est désormais un rouage inséparable d'un Etat toujours plus étroitement intégré.

L'intervention de la juridiction constitutionnelle fournit aussi la garantie la plus sûre du caractère constitutionnel des actes accomplis par les autres organes qu'a institués la Constitution. Par voie de conséquence, lorsqu'un juge manque aux devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution, les tribunaux constitutionnels sont chargés par la loi fondamentale de veiller que la justice respecte les limites tracées par la Constitution; cette action s'exerce notamment par la procédure de mise en accusation des juges. Ce régime a permis de dire que la République fédérale marquait un retour au « gouvernement des Juges ».

#### IV

Mon propos n'est pas de pousser plus loin l'examen des avantages et des inconvénients de cette juridiction constitutionnelle. Il me suffira de conclure par quelques remarques.

L'expérience qu'a vécue l'Allemagne sous le régime national-socialiste montre qu'il est permis de juger en droit la légitimité des actes politiques quand ils peuvent se prêter à une appréciation juridique. Il est certes possible de trancher une question de droit par une décision politique; mais j'estime que même dans une démocratie il est préférable de soumettre les controverses de cet ordre à une autorité indépendante qui se prononcera en droit, plutôt que de les trancher sur le terrain politique par une décision de la majorité du moment. Régler les questions de droit par un acte unilatéral d'autorité ne répond pas à ce que nous attendons aujourd'hui de l'Etat respectueux du droit. Ce n'est pas un effet du hasard si à notre époque, en Amérique aussi bien qu'en Asie ou en Europe, l'Etat demande toujours plus fréquemment à une Cour suprême indépendante de trancher les litiges de caractère politique. Les arrêts des tribunaux constitutionnels n'assurent pas seulement que le droit l'emportera sur les considérations politiques quand une question politique peut être envisagée sous un angle juridique. Ils ont également pour effet d'intégrer en quelque sorte la politique dans la vie de la collectivité. Les jugements, du fait qu'ils sont fondés en droit, apaisent les controverses politiques.

La loi fondamentale de Bonn appartient à la catégorie des constitutions rigides. Elle ne peut être modifiée ou complétée qu'en conformité de dispositions très strictes. Il est donc d'autant plus nécessaire qu'une autorité soit habilitée à dégager les conséquences des dispositions de cette loi qui se prêtent à une interprétation, et qu'elle puisse le faire par un acte créateur en appliquant les critères mêmes qui sont exprimés dans la loi fondamentale.

L'existence d'une juridiction constitutionnelle rappelle en outre à tous les organes constitutionnels et à toutes les autorités que chaque acte de souveraineté, quelle qu'en soit la forme, est susceptible d'être soumis pour contrôle à la Cour constitutionnelle. Cette éventualité contraint tous les dépositaires de la puissance publique à veiller que leurs actes satisfassent autant que possible aux exigences de la Constitution. On peut donc dire que la Cour constitutionnelle exerce implicitement une influence éducative.

Si on se risque à porter un jugement d'ensemble sur la jurisprudence constitutionnelle qui s'est dégagée jusqu'à ce jour, on relèvera en particulier que les tribunaux ont respecté la tendance fondamentale de l'Etat moderne et ne se sont pas immiscés dans l'activité législative proprement dite. Ils ont constamment déclaré que les décisions prises par les autorités politiques dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires ne sont susceptibles d'aucun contrôle judiciaire, et que les raisons politiques du gouvernement et du législateur doivent l'emporter, même lorsqu'elles sont en contradiction avec les conceptions politiques du tribunal et que la mesure contestée semble inopportune.

En instituant une juridiction constitutionnelle dotée d'une compétence très large, la loi fondamentale a étendu de façon audacieuse le champ de la justice. Il est bien évident que le « troisième pouvoir », mis désormais sur un pied d'égalité avec l'Exécutif et le Législatif, ne se nourrit pas de la puissance qu'il abandonne généreusement aux organes politiques. En vérité la juridiction constitutionnelle puise sa force dans le droit, même lorsqu'elle mesure les actes politiques selon les critères du droit, et par une situation paradoxale elle vit en même temps de la confiance que lui porte la nation.

GERHARD LEIBHOLZ

*Juge à la Cour constitutionnelle fédérale,  
professeur à la Faculté de droit de l'Université de Göttingen, professeur au Collège de l'Europe de Bruges.*

## DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ. LA PRIMAUTÉ DU DROIT: MYTHE OU RÉALITÉ?

*Est quaedam vera lex... naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna...*

Il y a une véritable loi conforme à la nature, répandue chez tous les hommes, universelle, toujours la même, éternelle... (Cicéron, *De Republica*, 3, 22, 33).

Le fait qu'en 1963 cette revue consacre un numéro spécial à l'étude du principe de la Primauté du droit traduit le malaise qu'éprouvent ceux qui en sont épris en présence des atteintes délibérées portées à la personne humaine depuis le début du XXème siècle, soit par l'affirmation de systèmes politiques totalitaires, soit par suite de circonstances exceptionnelles à l'occasion des derniers soubresauts de la décolonisation, soit même par le simple jeu des institutions ou des facteurs économiques contemporains dans des Etats qui ont proclamé leur attachement à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Ce malaise a été traduit de façon éclatante en France par le doyen Georges Ripert dans une étude sur la législation contemporaine où, sous le titre *le Déclin du droit*, il souligne le péril que font courir à la société toute entière « des lois qui ne sont plus l'expression du droit », et affirme avec Montesquieu l'existence de rapports juridiques antérieurs et supérieurs à toute loi positive.

A vingt siècles de distance la Commission internationale de juristes, lorsqu'elle proclame l'existence d'un droit supérieur et idéal, rejoint donc le consul romain qui, selon l'opinion communément admise, avait lui-même puisé ses conceptions dans les philosophes grecs.

Une différence fondamentale sépare les juristes contemporains et ces précurseurs quant aux sources des principes supérieurs du droit. Tandis que Cicéron, avec les philosophes grecs, admet que ce droit vient de Dieu ou de la nature, l'existence d'un droit universel dans les systèmes juridiques modernes n'est plus liée à l'idée de Dieu.

Dans les sociétés primitives, les règles de droit et les préceptes religieux sont intimement liés. Nombreuses sont les sociétés dans lesquelles la première législation apparaît comme de révélation divine. Ainsi la plus ancienne collection de lois actuellement connue,

le fameux code d'Hammourabi, dont la stèle de diorite est au musée du Louvre, représente le fondateur de l'empire babylonien (2.000 ans avant J. C.) en adoration devant le dieu soleil Shamash, dieu de la Justice, qui lui dicte les décrets d'équité gravés sur le pourtour de la pierre, décrets qui traitent de la propriété et des personnes. Le décalogue a été révélé à Moïse dans un orage sur le Mont Sinaï, et il est dit que les lois ont été écrites par le doigt de Dieu sur deux tables de pierre (*Exode*, 38). Minos, le premier roi de Crète, a été inspiré par Jupiter, et Lycurgue, législateur à demi légendaire de Sparte, par l'oracle de Delphes. Les premières lois romaines résultent des édits religieux des rois ou des pontifes. Le Coran lui-même, qui contient des réglementations civiles, pénales ou sociales, est la parole incréée de Dieu transmise à Mahomet par l'archange Gabriel. Enfin, en France, le droit canonique a longtemps régi des matières fort diverses aujourd'hui régies par la loi civile telles que le mariage, le légitimation, le prêt à intérêt, les rentes etc.

En raison de sa source même la loi possédait à ces époques une autorité et une force contraignante, souvent d'ailleurs assorties de sanctions éternelles, que ne possèdent pas les lois modernes. Elle jouissait aussi d'une pérennité qui leur fait souvent défaut.

Abandonnée la source divine de la loi et du pouvoir royal, il appartenait aux philosophes du XVII<sup>ème</sup>, puis du XVIII<sup>ème</sup> siècles, de définir par la théorie du contrat social le fondement, la source du pouvoir de légiférer et de gouverner, reconnu aux citoyens. Le bi-centenaire de la publication par Jean-Jacques Rousseau en mai 1762 du *Contrat Social* nous conduit opportunément à réfléchir sur les fondements philosophiques des démocraties modernes et nous rappelle ce que beaucoup de gouvernants ont perdu de vue: que le pouvoir de légiférer n'appartient qu'au peuple souverain, et que ceux qui l'exercent par délégation doivent tendre au plein épanouissement de l'homme et à la complète réalisation des facultés humaines.

Or, de nos jours, il est banal d'affirmer que la rapidité des progrès de la technique, l'étendue des connaissances requises pour saisir et se rendre maître des problèmes économiques toujours plus complexes qui se posent à un chef d'Etat et qui requièrent une intervention rapide pour être efficace, sont difficilement conciliables avec l'élaboration démocratique de la loi. De là à vanter les mérites de la technocratie, il n'y a qu'un pas qu'il faut se garder de franchir.

Il n'est pas de problème qui ne puisse faire l'objet d'un exposé simplifié permettant même aux non-techniciens d'en saisir les données. Ce qui était vrai au XVIII<sup>ème</sup> siècle l'est demeuré au XX<sup>ème</sup>, car à la complexité accrue de la technique correspond un développement considérable du niveau de l'instruction générale en tous les domaines, tant par l'élévation de l'âge de la scolarité obligatoire que par la vulgarisation réalisée par la voie de la presse, du livre, de la radio et de la télévision. Une étude récente observe d'ailleurs que

les problèmes les plus complexes sont résolus par les cerveaux électroniques grâce à des processus de choix binaires successifs qui se commandent les uns les autres (*l'Etat et le citoyen*, étude publiée par le Club Jean Moulin, éditions du Seuil, 1961, p. 355).

Le principe démocratique selon lequel des citoyens libres administrent eux-mêmes leurs affaires, seul compatible avec la dignité humaine, est en outre certainement plus efficace du point de vue de l'intérêt général que les systèmes empreints d'un paternalisme dégradant. L'expérience récente des jeunes républiques africaines l'illustre de façon éclatante.

En effet, avant l'accession à l'indépendance, la législation élaborée de Paris, de Bruxelles ou de Londres par une administration autoritaire, routinière et facilement satisfaite d'elle-même, était vouée à l'immobilisme sur le plan des structures sociales et des coutumes relatives à la vie des populations indigènes; sur le plan économique, elle méconnaissait aveuglément leurs besoins réels engendrés par la confrontation avec la civilisation moderne.

Au Sénégal, dès qu'avec l'indépendance ont sauté les carcans qui bridaient l'évolution, une transformation planifiée a été entreprise dans tous les domaines: dans le monde rural, c'est la transformation des modes de culture, la recherche de cultures nouvelles, l'extension des zones cultivées, l'édification de villages rationalisés composés de constructions modernes; la possession des terres vierges ou non cultivées fait l'objet d'études et projets en vue d'en permettre rapidement la mise en valeur; dans le domaine économique, le pays passe d'une économie capitaliste monopoliste à une économie mixte où la coopération et l'intervention de l'Etat sous forme, soit des sociétés d'Etat, soit en association avec des capitaux privés, jouent un grand rôle; la production essentiellement artisanale s'oriente vers l'industrialisation. Tout cela dans le cadre d'un plan quadriennal élaboré par le gouvernement du Sénégal, discuté, amendé et voté par l'Assemblée nationale issue du suffrage universel, après des études techniques approfondies.

La distinction entre la loi et le règlement n'appellerait pas d'observation si le règlement n'était le plus souvent l'œuvre de bureaux anonymes, et si cette importante partie des règles normatives de la vie des citoyens n'échappait au contrôle de la représentation nationale.

La séparation constitutionnelle rigide et infranchissable entre le domaine de la loi, œuvre du Parlement, et celui du pouvoir réglementaire, que des constitutions récentes ont adoptée dans un but d'efficacité législative, peut à certain égards paraître discutable. Ainsi la procédure civile, par laquelle le citoyen peut obtenir le respect de ses droits méconnus, est classée dans le domaine du règlement, alors que les Romains l'avaient jugée digne de figurer dans la loi des XII tables, leur loi fondamentale. Le détail de la

législation du travail et de la sécurité sociale, qui conditionnent la vie quotidienne du citoyen au même titre que le droit civil et le droit pénal, le rendent attentif à l'ensemble des règles édictées.

Rapidement le Sénégal a constaté les inconvénients d'une telle séparation somme toute assez arbitraire, et une loi constitutionnelle n° 61-13 du 1er novembre 1961 a permis au gouvernement de soumettre au vote du Parlement, en raison de leur importance sociale, économique ou financière, des projets de loi dont, en vertu du partage initial des compétences, il n'aurait pas pu connaître.

Commandé par le fondement même du pouvoir de légiférer en régime démocratique, l'examen par les représentants qualifiés des citoyens et, chaque fois que cela est possible, la discussion des lois projetées par les citoyens eux-mêmes, permettra dans une certaine mesure de leur restituer le respect, et par voie de conséquence l'efficacité, que la loi a perdus en perdant son fondement mystique.

La loi, quelle qu'elle soit, tire principalement sa force exécutoire de l'adhésion de la très grande majorité des citoyens auxquels elle s'applique. Vouloir l'imposer par la seule contrainte serait courir au devant d'échecs certains que la puissance de l'appareil policier nanti de pouvoir étendus ne parviendrait pas à prévenir.

La loi élaborée clandestinement dans le secret des bureaux, malgré sa publication officielle, demeure ignorée de la plupart des citoyens qui n'apprennent souvent son existence que par la voie de poursuites pénales auxquelles leur ignorance ne leur permet pas d'échapper.

Au contraire, l'ensemble d'informations que les élus puisent auprès de leurs électeurs lors de l'élaboration de la loi, celles qu'ils leur donnent en retour, les comptes rendus faits, contribuent à associer pleinement les citoyens à la vie nationale, à développer le sens de leur responsabilité civique et à leur faire considérer la loi comme l'œuvre à laquelle ils ont contribué.

L'exemple de la Suisse qui, en raison de sa faible étendue, peut plus fréquemment que d'autres nations associer directement les citoyens, par le référendum portant sur des points précis, aux grandes décisions (vote des femmes, possibilité de détenir des armes atomiques), mérite d'être médité. Aux raisons que j'ai indiquées, il fournit la caution de l'exemple d'un pays qui applique de la façon la plus large le principe démocratique, et où les principes universels de la Primauté du droit ne souffrent aucune atteinte.

Il ne servirait de rien de définir, ainsi que l'ont fait les congrès de Delhi et de Lagos, la Primauté du droit, si en même temps n'étaient pas recherchés les moyens d'en assurer, dans chaque Etat, le respect, c'est-à-dire de parvenir à une application sans faille de la loi qui les consacre. Le moyen le plus sûr d'y parvenir me paraît être de donner à chaque individu le sentiment de son utilité dans la vie nationale, non seulement en raison de son activité pro-

fessionnelle, mais encore en l'associant le plus intimement possible, compte tenu des dimensions de l'Etat et du volume de la population, au contrôle de la manière dont sont conduites les affaires publiques, voire aux grandes options qui jalonnent leur conduite.

GABRIEL D'ARBOUSSIER

*Ambassadeur du Sénégal en France,  
ancien ministre de la Justice.*

# LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ: NEW-DELHI, LAGOS, RIO DE JANEIRO; RÉFLEXIONS À PROPOS D'UN VOYAGE, AVEC QUELQUES DIGRESSIONS À PROPOS DE CHICAGO ET DE VARSOVIE

## I

### LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ: UNE FORMULE STÉRILE?

Peut-on encore utilement poursuivre la discussion au sujet du principe de la légalité? D'aucuns seront peut-être portés à répondre à la fois « oui et non », ou plus exactement « oui, mais peut-être non ». La réponse affirmative est ici une réaction spontanée et immédiate, car ces dernières années, sous les auspices de la Commission internationale de juristes en particulier, mais non exclusivement, on a beaucoup écrit au sujet ou à propos de ce principe. L'auteur du présent article lui-même n'a tout d'abord pas cru pouvoir en entreprendre la rédaction lorsqu'il y a été invité, ne fût-ce que parce qu'il avait déjà passablement écrit sur cette question dans les publications de la Commission internationale de juristes<sup>1</sup>, et qu'il y avait touché plus ou moins directement à l'occasion de plusieurs autres articles<sup>2</sup>. Il ne pourra donc pas éviter de se répéter ou, tout au moins, d'exposer sous une forme nouvelle des idées déjà exprimées. Il sollicite donc l'indulgence des lecteurs habituels de ces diverses publications.

Une considération plus importante et moins personnelle, c'est qu'en dehors de l'ouvrage classique de Dicey sur le principe de la légalité<sup>3</sup> et de la critique célèbre de Dicey faite par Sir Ivor Jennings<sup>4</sup>, sans parler de certains commentaires intéressants dus à des spécialistes plus récents du droit constitutionnel et administratif<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Voir surtout *Le principe de la légalité dans une société libre* (1960).

<sup>2</sup> Voir en particulier, dans les *Oxford Essays in Jurisprudence* (1960, chapitre ix) : *The Rule of Law as a Supranational Concept*.

<sup>3</sup> *The Law of the Constitution* (10ème édition, par E. C. S. Wade, 1959).

<sup>4</sup> *The Law and the Constitution* (5ème édition, 1959).

<sup>5</sup> Voir par exemple E. C. S. Wade, dans l'introduction à la dixième édition de l'ouvrage de Dicey, *Law of the Constitution* (voir note 3 ci-dessus), pp. cvii et cviii, où il se réfère aux efforts déployés par la Commission internationale de juristes en vue d'élargir l'interprétation donnée par Dicey au principe de la légalité et d'en faire un ensemble de principes plus vastes et applicables dans des régimes juridiques autres que les régimes de *Common Law*; voir aussi



deux conférences se sont tenues récemment, outre celles qui ont été organisées par la Commission. Elles ont eu l'une et l'autre à étudier le principe de la légalité<sup>6</sup>.

L'abondance des commentaires auxquels ce principe a donné lieu devrait peut-être nous inciter à essayer de résumer les principales tendances qui se manifestent dans son interprétation, ou au moins à chercher si des tendances communes se font jour. Sans vouloir prétendre que l'existence de ces tendances communes peut être posée en principe, il sera peut-être opportun de faire deux généralisations préliminaires.

La première, c'est que depuis la création de la Commission internationale de juristes il y a environ onze ans, le principe de la légalité a acquis un caractère « supranational ». Il n'est plus vrai, comme un écrivain américain éminent l'avait laissé entendre en 1959<sup>7</sup>, que « le droit en tant qu'entrave au pouvoir de l'Etat est la contribution spécifique apportée par la civilisation anglo-américaine à la science politique »; et il n'est plus vrai maintenant que « toute théorie touchant au principe de la légalité doit nécessairement être fondée sur la pratique constitutionnelle du *Common Law* »<sup>8</sup>. La Commission internationale de juristes peut à bon droit se sentir assez fière d'avoir contribué à faire mieux comprendre l'existence d'un idéal politico-juridique susceptible d'application pratique dans des pays ayant des régimes politiques et économiques différents et des traditions juridiques différentes elles aussi. Elle aurait tort de croire, cependant, qu'en ce qui concerne la définition du principe de la légalité elle a atteint tous ses objectifs<sup>9</sup>. La défini-

F. H. Lawson, *7 Political Studies*, dans *Dacey Revisited*; R. F. V. Heuston, dans *Essays in Constitutional Law* (1961), pp. 30-54, qui après avoir dit de la doctrine de Dicey concernant le principe de la légalité qu'elle n'est « qu'un principe constitutionnel fondé sur la pratique des démocraties libérales du monde occidental », entreprend un examen du « principe de la légalité dans le monde d'aujourd'hui »; il souligne à cette occasion l'importance de deux nouveaux facteurs: la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, et les conclusions de la Conférence de New-Delhi; il note l'importance donnée par ces conclusions à l'idée de justice sociale dans le principe de la légalité.

<sup>6</sup> Colloque tenu à Chicago en septembre 1957 sous l'égide de l'Association internationale de science juridique et sur le thème *The Rule of Law as understood in the West* (La conception occidentale du principe de la légalité), dont le compte rendu a été publié dans les *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, No. 12 (1959). Colloque tenu sous les mêmes auspices à Varsovie en septembre 1958 sur le thème « Le concept de la légalité dans les pays socialistes », dont le compte rendu a été publié dans les *Zeszyty Problemowe Nauki Polskiej* (Cahiers de l'Académie polonaise des Sciences).

<sup>7</sup> Schwarz, *Law and the Executive in Britain*, p. 16.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Il va sans dire que la tâche de la Commission, tant qu'il s'agit d'encourager l'observation du principe de la légalité ne manquera jamais de champ d'application pratique.

tion du principe de la légalité en tant que concept international sera donc le premier sujet que nous examinerons dans le présent article.

Le seconde généralisation qui se dégage d'un examen des efforts entrepris pour formuler ce concept supranational a trait à ce que la Déclaration de Delhi et la Loi de Lagos nomment son élément « dynamique ». Les auteurs de ces textes avaient sans aucun doute l'intention de préciser que le principe de la légalité n'est lié à aucune des théories du laisser-faire héritées du XIXe siècle concernant le rôle imparti à l'Etat, pour ce qui est notamment des questions économiques, sociales et culturelles, mais qu'au contraire, loin de s'opposer à l'Etat social, il est un instrument essentiel de sa politique. Il est toujours facile d'affirmer qu'il en est ainsi, mais il faudra remarquer qu'on a assez peu fait jusqu'ici pour exposer en termes concrets et pratiques la contribution que ce principe, et aussi les juristes en tant que tels, peuvent apporter par exemple à l'élévation des niveaux de vie dans les pays insuffisamment développés.

Nous devons nous assurer que notre définition est suffisamment vaste pour contenir les aspirations des hommes, non seulement dans leurs aspects politiques et intellectuels, mais aussi en ce qui concerne ces fondements matériels de leur existence que sont la santé, l'alimentation, les conditions de travail, les possibilités de loisirs, etc. Mais du fait que nous sommes des juristes qui s'adressent essentiellement à d'autres juristes, nous devons prendre conscience de nos propres limitations. Nous ne sommes pas des despotes éclairés qui imposent leurs idées au monde. Les valeurs dont le principe de la légalité présuppose l'existence et auxquelles elle fournit un moyen de se réaliser correspondent aux aspirations fondamentales et communes de toute l'humanité; si nous les fragmentons à l'extrême, si nos exigences sont à la fois trop précises et trop catégoriques quant aux institutions sociales et économiques qui nous paraissent convenir à une société libre soumise au principe de la légalité, nous courons le danger d'usurper le rôle des hommes politiques et de sacrifier dans une large mesure notre audience universelle. Tel est l'autre thème majeur du présent article, dont nous verrons qu'il est étroitement lié au premier.

## II

### L'IDENTIFICATION DES VALEURS

Les discussions de caractère international qui se sont déroulées sous les auspices de différents organismes, en particulier sur l'initiative de la Commission internationale de juristes, quant au sens à donner au concept de la légalité, ont abouti à un accord sur un point très important: ce concept présuppose l'existence de certaines valeurs et exige l'application de certaines techniques juridiques. Cette

vérité a été reconnue, avant même que s'ouvre le débat sur la définition du concept de la légalité en tant que concept supra-national, par divers auteurs qui envisageaient plus particulièrement le régime juridique de leur propre pays, ou ceux de leur pays et d'autres pays à tradition juridique commune. C'est ainsi qu'en 1952 le professeur Werner Kägi, dans un essai pénétrant et prophétique<sup>10</sup> dont le thème principal était *L'évolution du principe de la légalité en Suisse depuis 1848*, a déclaré nettement que la liberté et la valeur de la personne humaine font tout le prix de ce principe et sont la norme la plus élevée qui l'inspire<sup>11</sup>. Dans le même ordre d'idées le professeur Schwarz, se plaçant au point de vue du droit anglo-américain, a écrit en 1949: « Chez nous ce concept (c'est-à-dire le concept de la légalité) a une valeur normative autant que descriptive »<sup>12</sup>.

Sur le plan supra-national, les participants au colloque de Chicago en 1957 ont unanimement reconnu que « la conception occidentale du principe de la légalité présuppose l'existence de certaines valeurs, qui cependant n'ont pas été définies de façon détaillée et entre lesquelles il n'a pas été établi de hiérarchie »<sup>13</sup>. C'est ainsi que le professeur C. J. Hamson, rapporteur général du colloque, a déclaré:

En examinant, du point de vue du principe de la légalité, l'importance d'institutions situées hors du domaine de ce qu'on a appelé le droit des juristes, et en appréciant le nombre et la variété de ces institutions, on est amené à considérer les forces, les impulsions ou les désirs qui sont à l'origine de ces institutions, les fins qu'elles ont pour objet de satisfaire et les valeurs ou les idées dont elles s'inspirent. Le principe de la légalité, dans la forme que nous lui avons donnée en Occident, apparaît alors comme le résultat ou le produit de ces forces, de ces idées ou de ces valeurs, et de leur cristallisation en un système d'institutions intégrées.

Sur ce plan très général, l'une des questions posées est celle du rapport qui existe entre le principe de la légalité et la reconnaissance des droits de l'homme proclamés par exemple dans la Convention de Rome du 4 novembre 1950 ou dans la Déclaration des Nations Unies, et qui sont habituellement énoncés, avec plus ou moins de détails, dans les constitutions écrites (par exemple celle de l'Allemagne, extrêmement précise à ce sujet). Certains participants ont catégoriquement affirmé que le principe de la légalité est inconcevable à leurs yeux sans la reconnaissance expresse de ces droits, et nul n'a paru vouloir nier que la prépondérance de ces droits dans un régime donné, qu'ils soient ou non explicitement reconnus, témoigne bien du respect accordé au principe de la légalité dans ce régime.<sup>14</sup>

La discussion du thème de la « légalité socialiste » qui s'est engagée à Varsovie en 1958, et à laquelle des observateurs occidentaux

<sup>10</sup> Dans *Hundert Jahre Schweizerisches Recht* publié par le *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, numéro du Centenaire, 1852-1952.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 22.

<sup>12</sup> *Op. cit.* (note 7 *supra*), p. 11.

<sup>13</sup> Voir note 6 *supra*.

<sup>14</sup> *Annales* (voir note 6 *supra*), p. 14.

ont pu participer, est peut-être encore plus intéressante et plus révélatrice à cet égard. Nous avons l'avantage de disposer maintenant d'un rapport très complet sur les travaux du colloque de Varsovie qui a été publié par l'Académie polonaise des Sciences<sup>15</sup>. Ceux qui y ont apporté leur contribution ont presque unanimement reconnu que la « légalité socialiste » n'est pas simplement une question de technique formelle; en fait ils ont répété avec insistance que « l'élément le plus important et le plus décisif de la légalité socialiste est la garantie de la réalisation du socialisme lui-même »<sup>16</sup>.

La question se pose alors de savoir si ce concept de socialisme recouvre des valeurs semblables aux valeurs préexistantes que les juristes occidentaux trouvent dans leur conception du principe de la légalité. Sur ce point, certaines communications faites au colloque de Varsovie reprennent dans une large mesure le point de vue que le professeur Hamson a énoncé dans le passage déjà cité. Le professeur Tchikvadze, par exemple, déclare ce qui suit:

La légalité socialiste sauvegarde les droits et les libertés politiques des citoyens, elle protège leur droit au travail et leur droit à un foyer, ainsi que d'autres intérêts et d'autres droits qui touchent la personne et les biens des citoyens, leur vie, leur santé et leur dignité d'êtres humains. La protection des droits et des libertés civiques est l'une des composantes essentielles de la légalité socialiste.<sup>17</sup>

D'autre part le rapport sur les travaux du colloque contient des déclarations qui, tout en accordant une place aux droits de l'homme, les considèrent comme l'aboutissement final des principes du socialisme<sup>18</sup>. Peut-être y a-t-il ici une différence fondamentale entre la conception «socialiste» et la conception «occidentale» du principe de la légalité. Déterminer ce que sont les principes ultimes du socialisme (tel que l'entend un communiste plutôt qu'un socialiste occidental) serait toutefois entreprendre une tâche qui dépasse nos capacités et qui serait hors de propos ici. Il n'est peut être pas sans intérêt de mentionner pour ce qu'elle vaut l'idée que même une reconnaissance indirecte et purement utilitaire des droits de l'homme peut acquérir à la longue, grâce à l'usage effectif de ces droits, un caractère idéologique plus marqué.

<sup>15</sup> Cf. note 6 *supra*.

<sup>16</sup> *Le concept de la légalité dans les pays socialistes* (voir note 6 *supra*), p. 350, communication de M. Jaroszynski.

<sup>17</sup> *Le concept de la légalité dans les pays socialistes* (voir note 6 *supra*), p. 324.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 330, où le professeur Jareszynski insiste sur le fait que la réalisation du socialisme en soi est l'élément le plus important et le plus décisif de la légalité socialiste. Il ajoute que la légalité socialiste ne refuse pas de protéger les droits de l'individu, car ceux-ci découlent des principes du socialisme; il diffère sur ce point de son compatriote le professeur Ehrlich qui, selon le professeur Jaroszynski, semblerait accorder une certaine priorité aux droits de l'individu.

Une comparaison des valeurs dont procède le principe de la légalité à l'Est et à l'Ouest peut néanmoins servir à souligner qu'en ce qui concerne l'Occident, il n'est pas suffisant d'énumérer certains droits de l'individu tels qu'ils ont été énoncés par exemple au paragraphe 3 de la section III des conclusions de la première commission au congrès de New Delhi<sup>19</sup>, sous la forme de l'interdiction faite au Législatif de s'ingérer dans certaines sphères de l'action individuelle. La reconnaissance de ces valeurs est presque toujours limitée en pratique par des exceptions qui sont réellement nécessaires pour qu'un ensemble de valeurs exigeant une adhésion absolue n'en détruise pas un autre, ou même pour que l'affirmation sans réserve d'un droit particulier par une personne n'en vienne pas à créer un obstacle insurmontable aux revendications d'une autre personne qui, sans réserve elle aussi, se prévaudrait d'un droit analogue. Il s'agit là bien entendu d'un principe élémentaire, mais on se pose généralement moins de questions au sujet du principe en vertu duquel il est admissible et nécessaire d'apporter des limitations aux droits particuliers de l'individu. A mon avis, le professeur Kāgi a raison lorsque, dans le passage déjà cité, il place la valeur et la dignité de la personne humaine au centre même du principe de la légalité tel qu'il le conçoit. C'est en s'inspirant de cette idée que l'auteur du présent article a rédigé ses conclusions concernant les droits de l'homme pour le document de travail présenté à New-Delhi. On pouvait lire dans ce document<sup>20</sup> que le législateur ne doit imposer aucune restriction à la liberté de parole, à la liberté de réunion ou à la liberté d'association, sauf dans la mesure où ces restrictions sont nécessaires pour garantir, de façon générale, le statut et la dignité de l'individu au sein de la société.

<sup>19</sup> « Le Législatif devrait, en particulier, respecter les limitations de ses compétences telles qu'elles sont énoncées ci-dessous. L'omission de toute référence spécifique à d'autres limitations, ou de toute énumération de droits particuliers, ne saurait être considérée comme devant diminuer leur importance. Le Législatif doit :

- a) éviter toute discrimination dans ses lois entre les individus, classes, ou groupes minoritaires, sur une base raciale, religieuse, de sexe ou d'après toute autre différence qui ne se justifie pas par une distinction entre les êtres humains, classes, ou minorités ;
- b) ne pas entraver la liberté de croyance et de pratiques religieuses ;
- c) ne pas dénier aux membres de la société le droit à un gouvernement élu et responsable ;
- d) ne pas introduire de restrictions à liberté de parole, à la liberté de réunion, ou à la liberté d'association ;
- e) s'abstenir de toute législation rétroactive ;
- f) ne pas porter atteinte à l'exercice des droits et des libertés fondamentaux de l'individu ;
- g) prévoir des garanties de procédure (*Procedural Due Process*) et des mesures de sauvegarde permettant de rendre effectives et de protéger les libertés mentionnées ci-dessus. »

<sup>20</sup> *Le Principe de la Légalité dans une Société libre*, p. 229.

Mais qu'entend-t-on par statut, dignité ou valeur de l'individu? La réponse ne peut être formulée qu'en s'appuyant sur les faits, et le seul guide pour en déterminer le sens dans ce contexte est la «raison et conscience» dont, conformément à l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme, tous les hommes sont dotés. C'est pourquoi il est un point au-delà duquel la formulation générale des valeurs dont procède la primauté du droit ne saurait utilement se poursuivre. Il importe assurément d'isoler les facteurs dont il faut tenir compte, mais ces facteurs ne commenceront à prendre corps et réalité que lorsqu'ils seront considérés par des hommes raisonnables et conscients en fonction de la situation d'une société particulière, comme nous le soulignerons dans la conclusion du présent article. Cela pourra d'autre part suggérer quelques considérations intéressantes au sujet de l'orientation future des travaux de la Commission internationale de juristes.

### III

#### LE CHOIX DES TECHNIQUES

Ce que nous avons dit de la relativité de toutes les valeurs dont procède le principe de la légalité, à l'exception de la valeur fondamentale qu'est la dignité et le prix de la personne humaine, est vrai *a fortiori* des techniques capables d'assurer l'application de ce principe. Cette conclusion a été également mise en relief au colloque de Chicago sur «la conception occidentale du principe de la légalité» par le professeur C. J. Hamson, quand il a parlé de l'équivalence des fonctions de différentes institutions dans différents régimes<sup>21</sup>. Elle est peut-être encore soulignée de façon plus frappante dans la communication faite au colloque par le professeur Herlitz (Suède) pour qui, s'il est généralement admis que tous les pays septentrionaux professent un grand respect pour le principe de la légalité, il existe cependant des différences considérables entre eux en ce qui concerne des techniques aussi caractéristiques que le contrôle par les tribunaux de la constitutionnalité des lois, ou la subordination des autorités administratives aux tribunaux ordinaires ou administratifs. C'est ainsi que la Finlande ne prévoit pas de contrôle juridictionnel des textes législatifs; en Suède la plupart des actes du gouvernement ne peuvent être attaqués que devant des tribunaux administratifs; d'autre part la Norvège reconnaît clairement, et la Suède comme le Danemark admettent, en théorie tout au moins, le contrôle juridictionnel des textes législatifs; en outre, dans le premier et le dernier de ces trois pays, les tribunaux ordinaires exercent un contrôle sur les

<sup>21</sup> *Annales* (voir note 6 *supra*), p. 9.

autorités administratives à peu près de la même façon qu'en Angleterre ou aux Etas-Unis <sup>22</sup>.

Si nous nous reportons aux congrès de New-Delhi, de Lagos et de Rio-de-Janeiro, nous pouvons également constater, dans l'importance attribuée à une technique particulière intéressant le principe de la légalité, des variations intéressantes qui correspondent dans une certaine mesure aux besoins de la région considérée. A New-Delhi par exemple, il avait été tacitement admis que l'internement administratif était incompatible avec le principe de la légalité. Au contraire au congrès de Lagos, où les problèmes spéciaux qui se posent aux nouveaux Etats prenaient une importance particulière, il avait été finalement reconnu que l'internement administratif pouvait être nécessaire en période d'exception, et l'attention du congrès s'était portée sur l'établissement de mesures de sauvegarde destinées à assurer que l'état d'exception soit limité à une période bien définie et soumis à l'approbation du Parlement, et qu'un recours contre les décisions d'internement soit ouvert devant l'autorité administrative et en dernier ressort devant l'autorité judiciaire. Ces recommandations ont été réaffirmées par le congrès de Rio de Janeiro.

Une différence analogue apparaît dans l'importance reconnue à la notion d'indépendance du pouvoir judiciaire lors de ces trois mêmes congrès. A New-Delhi, à Lagos et à Rio de Janeiro, l'unanimité s'est faite sur le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Mais sur la mise en oeuvre de ce principe, les idées ont évolué. A New-Delhi il a été admis que, quelle que fût l'autorité compétente pour nommer les magistrats de l'ordre judiciaire, le pouvoir judiciaire devait avoir son mot à dire dans ces nominations. A Lagos une distinction a été faite entre les pays où la nomination des magistrats obéit à d'anciennes traditions et ceux qui tâtonnent encore à la recherche d'un système; dans ces derniers pays, on a recommandé l'institution d'un organe indépendant du type de la *Judicial Service Commission* ou du Conseil supérieur de la magistrature. A Rio de Janeiro la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire, sans figurer expressément à l'ordre du jour, était certainement présente à l'esprit de tous les participants, notamment de ceux qui venaient d'Amérique Latine, et elle figure en bonne place dans la résolution finale. Aux termes de ce document, la Commission internationale de juristes est priée d'étudier, entre autres questions, les suivantes:

Quel est, dans chaque pays, le degré d'indépendance du pouvoir judiciaire, quelles sont les garanties de stabilité offertes aux magistrats et comment sont-ils protégés contre les pressions ouvertes ou insidieuses du pouvoir exécutif ?

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 152-154.

## IV

**LES ASPECTS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ**

Nous avons indiqué au début de notre article qu'il conviendrait peut-être de réfléchir davantage aux aspects économiques et sociaux du principe de la légalité, qui ont été exprimé avec une force particulière à New-Delhi où ils ont été qualifiés d'élément « dynamique ». A Lagos cet élément, bien qu'il n'ait nullement été rejeté, a paru être plus ou moins subordonné, dans l'esprit des participants, à l'impérieuse nécessité d'assurer le respect de droits politiques fondamentaux d'un type plus traditionnel, tels que la représentation démocratique dans les organes législatifs, la liberté de la personne et, en tant que moyen d'arriver à ces fins, l'indépendance du pouvoir judiciaire et du barreau. A Rio de Janeiro on a pu constater un retour au thème dont s'était inspirée la conférence de New Delhi, et cela notamment dans les conclusions du troisième comité sur « les responsabilités des juristes dans une société en voie d'évolution ». Ce comité a estimé en particulier que :

les juristes doivent considérer avec toute leur attention la persistance de la misère, de l'ignorance et de l'inégalité dans une large partie du monde; leur place est à l'avant-garde dans le combat contre ces fléaux, car aussi longtemps qu'ils sévissent la garantie des droits civils et politiques n'apportera qu'une satisfaction très imparfaite et incomplète à la dignité de la personne humaine.

Ce qui nous préoccupe ici, ce sont des « droits » tels que le droit à la sécurité sociale, le droit au travail, le droit aux loisirs et au repos, et le droit à un niveau de vie suffisant (voir les articles 22, 23, 24 et 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme). C'est un domaine dans lequel il est parfois difficile de penser clairement, en raison des inhibitions que fait naître la crainte de paraître manquer de compréhension pour les aspirations économiques et sociales les plus légitimes, surtout pour celles de pays qui accèdent à l'indépendance. Mais dire que la justice économique et sociale (et pas seulement politique) doit être la base d'une société libre, ce qui est une formule commode pour résumer la conception qui voit dans la valeur et la dignité de la personne humaine la fin ultime de toute organisation sociale, cela n'implique pas que cette aspiration puisse se concrétiser dans un ensemble de règles juridiques d'une valeur universelle et pratique immédiate. Le juriste ne peut usurper le rôle de l'économiste, du spécialiste des sciences sociales ou du législateur, bien que leur coopération à tous soit très souhaitable.

La mesure dans laquelle des idéaux économiques et sociaux, tels que ceux qui sont énoncés dans les « principes directeurs de la politique sociale » de la Constitution de l'Irlande ou dans les « prin-



cipes directeurs de la politique de l'Etat » de la Constitution de l'Inde, peuvent se traduire sur le plan juridique, doit nécessairement varier entre les Etats selon leur richesse et leur degré d'évolution sociale.

Il est à vrai dire certains principes dont l'importance juridique, réelle ou virtuelle, ne donnerait sans doute lieu à aucune contestation même dans l'Etat le moins développé, et qui sont étroitement liés dans la pratique aux besoins économiques et sociaux de l'homme. Tel est le principe que le quatorzième amendement à la Constitution des Etats-Unis énonce dans les termes suivants: « Aucun Etat ne refusera à une personne relevant de sa juridiction la protection égale des lois », et que d'autres constitutions consacrent dans des termes voisins<sup>23</sup>. Ce principe peut être interprété à la lettre comme signifiant simplement que les citoyens sont égaux devant les tribunaux comme devant la loi. Mais il est aussi susceptible d'une deuxième interprétation plus dynamique selon laquelle il devrait déterminer certaines règles de droit positif. Ainsi, et bien que les tribunaux puissent à bon droit hésiter à s'ingérer dans ce qui peut être considéré comme étant du domaine de la législation, ils peuvent veiller à ce que tous les citoyens jouissent également de certaines prestations prévues par la loi. De là, on peut en arriver à reconnaître à tous les citoyens certains droits précis tels que le droit à l'éducation, bien que les tribunaux se bornent en général à interdire les discriminations. La bataille qui se livre depuis longtemps aux Etats-Unis au sujet de la ségrégation raciale dans les écoles est un exemple frappant de cette démarche du pouvoir judiciaire<sup>24</sup>.

Certaines conséquences de cette interprétation « dynamique » de l'égalité touchent directement les tribunaux et les barreaux. Cette conception implique, en ce qui concerne l'accès aux tribunaux et la possibilité de s'y faire représenter, que l'inégalité des parties quant à leurs ressources financières ne se traduise ni par un avantage pour le riche, ni par un désavantage pour le pauvre. Comme nous l'avons montré dans une récente étude, il est bien rare que cette égalité soit assurée par le simple jeu de l'assistance judiciaire<sup>25</sup>. Dans bien des pays les tribunaux pourraient certainement faire bien davantage, tout en restant dans les limites de leur compétence. Ils pourraient notamment s'appuyer sur les dispositions constitutionnelles qui consacrent l'égalité devant la loi pour refuser de condamner les

<sup>23</sup> Par exemple l'article 3 (alinéa 1) de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, qui stipule que « tous les individus sont égaux devant la loi »; l'article 14 de la Constitution de l'Inde, qui affirme « l'égalité devant la loi » et « l'égale protection de la loi ».

<sup>24</sup> Voir l'article de Greenwalt dans la *Revue de la Commission internationale de Juristes* (1959), Vol. II, no. 1, pp. 151 et suivantes.

<sup>25</sup> *Revue de la Commission internationale de Juristes*, Vol. II, No. 2, pp. 96 et suivantes.

prévenus à des peines privatives de liberté quand ils n'ont pas été correctement défendus, et pour refuser de statuer sur des différends d'ordre civil quand l'une des parties n'a manifestement pas les moyens de s'assurer l'assistance d'un conseil.

Par ailleurs, dans l'immense domaine de la législation sociale et économique, les tribunaux et les praticiens ont la tâche délicate de donner à cette législation une interprétation qui marque la différence entre l'individualisme contemporain et celui de XIX<sup>ème</sup> siècle. Malheureusement beaucoup persistent à opposer le principe de la légalité, qui serait l'expression de l'individualisme politique, au système collectiviste, qui serait seul capable de répondre aux besoins des sociétés modernes. Ce qu'il faut trouver, c'est une conception juridique de l'individu qui soit en rapport avec son être tout entier, avec son travail, ses loisirs, son éducation et sa santé, aussi bien qu'avec ses droits politiques et spirituels. Dostoïevsky, dans *Les frères Kamarazov*, faisait poser par le Grand Inquisiteur le problème du choix entre la liberté individuelle et le pain quotidien. « Donne lui du pain, disait-il, et l'homme t'adorera, car aucune réalité n'est plus solide que le pain ». Le principe de la légalité au sens large que nous lui donnons dément le caractère inéluctable de ce choix.

Les délégations de pouvoir à l'Exécutif en matière de législation économique et sociale posent quelques problèmes délicats. Au congrès de Rio de Janeiro, les premier et deuxième comités ont eu à étudier les moyens par lesquels les actes de l'Exécutif peuvent être soumis au contrôle du Parlement, des tribunaux, voire même de l'administration elle-même. Mais il est impossible de donner une portée universelle aux solutions susceptibles d'être proposées en ce domaine, et les deux comités ont dû mettre beaucoup de prudence et de modération dans la rédaction de leurs conclusions. Si nous confrontons ces conclusions avec celles de la deuxième commission au congrès de New-Delhi, nous constatons que d'une manière générale elles conduisent aux propositions suivantes:

1. L'Exécutif doit exercer ses pouvoirs dans le cadre d'un système qui prévoit également une Assemblée législative élue selon une procédure démocratique, ainsi qu'un pouvoir judiciaire et un barreau indépendants.
2. Le pouvoir législatif doit respecter, en raison des limites imposées par la constitution et par la pratique, la dignité de la personne humaine.
3. L'Exécutif doit agir dans la limite des compétences déterminées par la loi.
4. Les organes de l'Exécutif qui disposent de pouvoirs discrétionnaires doivent, autant que possible, demeurer étrangers aux besognes quotidiennes de l'administration.
5. Les particuliers susceptibles d'être affectés par une mesure de l'administration doivent avoir le droit de faire valoir leur point de vue selon une procédure appropriée, au besoin avec l'assistance d'un conseil juridique.

6. L'administration doit, dans des cas de cet ordre, faire connaître aux parties intéressées les motifs de sa décision.

7. Toute décision prise par l'Exécutif dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire doit pouvoir faire l'objet d'un recours, au moins sur les points de droit, devant un tribunal ordinaire ou devant un tribunal administratif indépendant.

Ce sont là des principes très généraux, ils sont nécessairement très souples et demandent à être adaptés au contexte des systèmes juridiques propres à chaque pays pris en particulier. C'est ainsi qu'il peut être délicat de déterminer à quelles conditions un intérêt particulier sera considéré comme « légitime », et ouvrant à ce titre un recours devant un organe administratif ou judiciaire.

## V

### CONCLUSION

Des organismes tels que la Commission internationale de juristes, qui se sont particulièrement préoccupés de formuler le principe de la légalité en tant que concept universel, peuvent estimer dès maintenant que les progrès à venir dépendront de l'application des principes généraux qui auront été consacrés dans chaque pays et dans les ensembles de pays groupés autour de conceptions politiques, économiques et sociales similaires. L'auteur du présent article aimerait suggérer, sans être nécessairement qualifié pour le faire, qu'il pourrait être utile de charger une équipe de juristes d'étudier l'application du principe de la légalité dans une série de pays ou de groupes de pays d'un point de vue qui ne soit pas purement théorique, mais en partant d'une collaboration personnelle et étroite avec les spécialistes les plus qualifiés des pays intéressés: juristes, fonctionnaires, et aussi économistes et sociologues<sup>26</sup>. Cela ne signifie pas du tout qu'il ne soit pas un jour nécessaire de réaffirmer dans le cadre d'une manifestation internationale les vérités premières de New-Delhi, de Lagos et de Rio de Janeiro. Peut-être n'est-il pas trop optimiste d'espérer que l'on puisse un jour faire la synthèse des conclusions de Chicago et de Varsovie et des principes affirmés dans les différents Congrès de la Commission internationale de juristes.

NORMAN S. MARSH

*M.A., B.C.L., avocat au barreau de  
Londres (Middle Temple), directeur de  
l'Institut britannique de droit international  
et de droit comparé.*

<sup>26</sup> L'auteur prépare actuellement, en collaboration avec les professeurs Hambro (Norvège) et Westerberg (Suède), une étude sur l'application du principe de la légalité en matière économique et sociale au Royaume-Uni, en Norvège et en Suède.

## L'UNIVERSALISATION DU CONCEPT DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT : UNE OPINION AMÉRICAINE

L'efficacité remarquable de l'action déployée par la Commission internationale de juristes au cours des dix premières années de son existence montre d'une manière éloquente que l'idéal de la justice répond aux aspirations de tous. Dans un monde où le recours à la force entre les Etats peut conduire à l'anéantissement de l'humanité et où l'on recourt à la force à l'intérieur même des Etats pour établir ou maintenir des gouvernements tyranniques, l'empressement avec lequel des juristes du monde entier ont répondu à l'appel de la Commission pour la mise au point d'une définition universellement acceptable de la Primauté du Droit est plein d'encouragements. Chaque fois que la Commission a dénoncé des violations du droit, les juristes et le grand public ont approuvé ses révélations et ses critiques. L'efficacité de son action, alors qu'elle ne dispose d'aucun moyen d'exécution, illustre d'une manière remarquable la puissance des forces morales.

La plupart des organisations internationales de juristes s'occupent avant tout de problèmes de droit international, et cherchent principalement à favoriser le développement d'institutions chargées du règlement pacifique des différends entre Etats. La Commission internationale de juristes s'est penchée sur des problèmes différends et a porté son effort sur la réalisation en droit interne de la Primauté du Droit, en particulier dans les rapports entre les gouvernements et leurs ressortissants. Ces deux aspects du problème de l'établissement d'un monde régi par la loi sont également importants. Sans doute ceux qui veulent imposer le règne du droit à l'intérieur des Etats et ceux qui tentent de faire passer dans la réalité l'idéal d'un ordre juridique mondial se rencontreront un jour à mi-chemin sur un terrain commun, et les deux mouvements tendront à se fondre en un seul en se renforçant mutuellement. Il est en tout cas certain que l'absence d'un ordre légal dans certains Etats est un obstacle sérieux à la création sur le plan mondial d'un système efficace de règlement pacifique des différends internationaux.

Les rencontres internationales de juristes organisées par la Commission pour la recherche d'une définition commune des droits fondamentaux de l'homme, d'abord le Congrès africain de Lagos en 1961, puis le Congrès mondial de Rio de Janeiro en 1962, ont

abouti à des suggestions pour la création de juridictions régionales chargées de la sauvegarde des droits de l'homme, qui pourraient s'inspirer du modèle de la Cour européenne. Nous avons là un exemple du processus par lequel l'instauration de normes de justice généralement acceptées en droit interne peut contribuer en fin de compte au développement d'un ordre juridique mondial. C'est surtout dans les parties du monde où de jeunes nations élaborent actuellement la structure de leurs institutions que des accords régionaux pour la protection des droits fondamentaux peuvent fournir une base saine à leur développement.

L'audience que la Commission a obtenue pendant les dix dernières années vient sans doute du fait que les droits fondamentaux de l'homme sont universellement reconnus parce que les qualités communes à l'humanité tout entière transcendent les différences qui se manifestent entre les régimes juridiques et sociaux. Arrêter un homme sans lui dire pourquoi, punir un homme sans lui donner une possibilité équitable de se défendre, ce sont là des pratiques dont les juristes du monde entier peuvent facilement s'accorder à reconnaître qu'elles sont mauvaises et injustes. Pourtant, ces mêmes pratiques ont encore cours dans beaucoup de pays. Le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant est un autre de ces éléments universels de la Primauté du Droit qui trop souvent n'est pas respecté. De tous les principes mis en relief par la Commission dans ses Congrès, aucun ne s'impose de façon plus évidente que celui de l'indépendance de la magistrature et du barreau pour la confirmation et le maintien des droits fondamentaux.

A d'autres égards encore, certains problèmes de droit interne peuvent avoir une portée qui échappe au magistrat et à l'avocat dont l'attention est concentrée sur la pratique quotidienne. C'est dans cet esprit que nous examinerons quelques aspects du système juridique américain et de son évolution historique. Ces aspects, dont les juristes étrangers n'ont en général qu'une connaissance imparfaite, peuvent avoir une influence sur l'élaboration progressive d'une définition universelle de la Primauté du Droit.

### **1. L'importance attachée par le « Common Law » aux faits et à la pratique**

Le système du *Common Law*, que les Etats-Unis ont repris du droit anglais après s'être libérés du régime colonial, est fondé sur le principe qu'on ne peut aboutir à des solutions juridiques équitables qu'après avoir examiné avec l'attention la plus minutieuse les données de fait propres à chaque affaire. On considère avec une certaine froideur les théories et les principes, car on pense que ces théories et principes risquent d'égarer le praticien ou de ne lui être d'aucun secours, à moins qu'ils ne soient rapportés aux réalités de la situa-

tion à laquelle fait face l'avocat, le juge ou le législateur. Cette conception se traduit par un fait bien connu: le juriste de *Common Law* travaille avant tout à partir des éléments fournis par les motifs des décisions judiciaires, dans lesquelles les principes de droit sont exprimés et appliqués dans des situations concrètes, et non dans l'abstrait comme dans les codes des pays de droit continental. Le *Common Law* part en grande partie de l'idée qu'un bon magistrat a avantage à donner une solution équitable à une affaire donnée plutôt que de rendre une décision formulée dans des termes de portée générale. Récemment, un éminent juriste américain se tirait d'une discussion délicate en émettant cette boutade: « Cet homme doit être magistrat, il est arrivé à une conclusion juste avec de mauvaises raisons ». Le *Common Law* met donc l'accent sur la substance de la décision plutôt que sur les théories qui peuvent l'expliquer ou la justifier.

Nous ne méconnaissons pas la valeur des principes, mais nous estimons que l'homme est d'abord guidé par un certain sens, et que c'est ensuite seulement qu'il est capable de formuler des principes de justice.

Notre intention n'est évidemment pas de convertir qui que ce soit au système du *Common Law*, ni d'insinuer que les juristes de droit écrit ne s'intéressent pas aux questions de fait. Il semble cependant qu'il y ait une analogie suggestive entre les méthodes du *Common Law* et celles qu'emploie la Commission internationale de juristes pour dégager un consensus mondial sur les conditions préalables à l'établissement de la Primauté du Droit. La tâche de la Commission est de transcender les différences de théorie et de terminologie afin d'obtenir une définition de la Primauté du Droit qui soit acceptée universellement et ait la même portée pour tous. Il lui faut pour cela considérer les problèmes pratiques qui se posent dans un grand nombre de pays et les solutions que proposent les juristes les plus qualifiés, et élaborer à partir de ces données des principes de portée générale. Les juristes des pays de *Common Law* ne procèdent pas autrement dans le cadre de leurs systèmes juridiques respectifs. Leur expérience de cette technique pourrait être utile à la Commission, tout comme d'autres systèmes auront aussi leur contribution à apporter à cette œuvre.

En s'habituant à donner leur attention aux données concrètes plus qu'aux théories, les juristes peuvent apporter une contribution plus utile au progrès social, en particulier quand de nouvelles structures s'élaborent et cherchent leur expression juridique. C'est ainsi qu'en cherchant une nouvelle formulation des principes unanimement admis par les juristes du monde entier en matière de droits fondamentaux, la Commission contribue à la diffusion de méthodes d'analyse dont l'application peut aller très au delà de ses objectifs immédiats.

## 2. La notion de procédure équitable (« due process ») en droit américain

La formule *Rule of Law* n'a pas en droit américain de sens technique bien précis. Les juristes américains peuvent donc considérer les travaux de la Commission sans idées préconçues qui pourraient différer de celles ayant cours dans d'autres pays. Nous pensons que si l'on veut élaborer une définition universellement acceptable de la Primauté du Droit, il y a avantage à s'inspirer d'un précédent du droit américain: la garantie constitutionnelle aux termes de laquelle personne ne sera « privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens, si ce n'est dans le cadre d'une procédure équitable (*due process of Law*) ». Cette disposition, incluse en 1791 dans le cinquième amendement à la Constitution en vue de limiter les pouvoirs du gouvernement fédéral, et répétée en termes presque identiques en 1868 dans le quatorzième amendement en vue de limiter les pouvoirs des gouvernements des Etats, est considérée comme une garantie très large de justice fondamentale et d'équité que les tribunaux et les juristes ont le devoir de mettre en œuvre. Il y a une analogie évidente entre cette notion et celle de la Primauté du Droit.

Prise à la lettre, cette garantie ne concernerait que les procédures. En fait, elle a été souvent comprise comme visant également le fond du droit. C'est ainsi qu'une législation rétroactive est considérée dans de nombreux cas comme violant le principe de la « procédure équitable », quelle que soit la procédure par laquelle la loi contestée doit être adoptée et appliquée. De même, une loi qui frapperait d'un impôt spécial les personnes qui ont les cheveux blonds ou les yeux bruns serait sans aucun doute considérée comme contraire à la garantie d'une procédure équitable. L'application de cette règle a donc pour double effet d'assurer certaines garanties dans le domaine de la procédure et d'empêcher des mesures discriminatoires fondées sur des critères déraisonnables. Au cours des années, les tribunaux américains ont eu quelque difficulté à fixer les limites dans lesquelles la portée de la règle devait s'étendre au fond même du droit. C'est ainsi qu'entre 1920 et 1930, la Cour suprême des Etats-Unis a décidé dans un certain nombre d'affaires que des lois sociales comme celles qui fixaient un salaire minimum ou une durée maximum du travail violaient la garantie d'une procédure équitable. Cette jurisprudence partait de l'idée que le gouvernement restreignait plus que de droit la liberté individuelle en fixant des limites à la durée de travail ou en établissant des barèmes de salaires. La Cour a d'ailleurs abandonné depuis longtemps cette jurisprudence. La difficulté est que des garanties de procédure, réduites à elles-mêmes, ne suffisent pas toujours à assurer un minimum de justice, mais que par ailleurs les garanties

fondamentales de justice ne doivent pas donner aux particuliers l'impression qu'ils peuvent tout attendre de l'Etat.

La Commission internationale de juristes, dans l'action qu'elle a déployée pour universaliser la définition de la Primauté du Droit, s'est heurtée au même problème. L'acte d'Athènes de 1955, tout en faisant une large place aux garanties de procédure, affirmait aussi les libertés de parole, de presse, de croyance, de réunion et d'association. La Déclaration de Delhi, en 1959, dépassa également les questions de procédure et affirma que la Primauté du Droit exigeait des conditions sociales, économiques et culturelles qui permettent à l'individu de réaliser ses aspirations légitimes et de préserver sa dignité. Le Congrès de Rio, en 1962, en se tournant vers les problèmes juridiques propres aux sociétés en évolution, a traité de questions touchant au fond du droit plus qu'aux formes de procédure.

L'acte d'Athènes est particulièrement intéressant pour un juriste américain, car les libertés civiles que ce document rattache à la notion de l'Etat de Droit sont considérées dans notre tradition comme relevant essentiellement de la *procédure* du point de vue de la science politique, si ce n'est du point de vue juridique. Ainsi, la liberté d'avoir une opinion différente de celle du gouvernement et de l'exprimer est considérée comme un principe essentiel de procédure politique, car c'est l'usage de cette liberté qui peut amener le gouvernement à corriger ses erreurs et le législateur à faire passer dans la loi des idées nouvelles, et cela sans recours à la force. C'est là de la procédure au sens le plus élevé du terme. C'est sans doute pour cette raison que les tribunaux américains ont interprété la clause de la Constitution sur la garantie d'une procédure équitable comme obligeant les gouvernements des Etats de l'Union à respecter les libertés fondamentales, alors que la Constitution ne garantit expressément ces libertés que contre les abus du gouvernement fédéral.

Nous n'affirmons pas que la jurisprudence américaine sur l'interprétation de la notion de procédure équitable doit servir de guide pour le développement de la notion de Primauté du Droit. Pour interpréter notre Constitution, nous devons prendre en considération les relations entre le gouvernement fédéral et les Etats fédérés, aussi bien que la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et les autres organes de l'Etat, alors que la Commission doit faire face à des problèmes d'un autre ordre. Mais il subsiste une analogie certaine entre les deux situations. Dans un cas comme dans l'autre la justice ne doit pas être de pure forme, mais elle doit pénétrer le contenu même de la loi; par ailleurs, il serait imprudent d'imposer au législateur plus que le respect de quelques principes très généraux.



### 3. L'évolution des normes dans le droit américain

Le grand danger qu'il y a à définir le contenu de la loi en des termes destinés à rester valables pour une longue durée ou pour de nombreux pays est que le droit n'aura plus la latitude suffisante pour se développer. Au fur et à mesure qu'une société évolue, sa législation doit s'adapter à cette évolution. On peut considérer la Primauté du Droit comme un cadre dans lequel les problèmes sociaux peuvent être résolus dans l'ordre et la paix et sans recours à la violence. De ce point de vue elle doit, d'une part assurer la protection des droits créés par la législation en vigueur, et d'autre part susciter la création de nouveaux droits et de nouvelles obligations si les circonstances l'exigent.

Peu de gens, que ce soit dans notre pays ou à l'étranger, savent avec quelle continuité et quelle rapidité la société américaine évolue. C'est d'ailleurs la condition du maintien de notre position dans le monde. Cette évolution, qui atteint tous les secteurs de la vie sociale, se reflète tôt ou tard dans les lois. De ce fait, les juristes américains ont une grande pratique des techniques servant à l'établissement de nouvelles institutions. Nos Facultés de droit enseignent le droit comme un ensemble de normes en voie d'évolution, en partie parce que le *Common Law* a lui-même une structure organique et évolutive et n'est pas un assemblage de règles fabriquées à telle date par tel ou tel législateur. Nous croyons que l'expérience acquise par les juristes américains dans la technique de l'adaptation des institutions par des moyens de droit peut être utile aux juristes d'autres pays.

Cependant, quels que soient les changements, les éléments essentiels de la Primauté du Droit restent inchangés. Un fait frappe, qu'illustre la rapidité et l'ampleur des progrès réalisés par la Commission pendant ces dix dernières années: partout et toujours les défenseurs de la liberté mènent le même combat, un combat qui ne se termine jamais. Les droits les plus essentiels doivent constamment être conquis, reconquis, protégés, renouvelés et réinterprétés. Tous les juristes sont frères dans la lutte pour la liberté, et tous font face aux mêmes problèmes. Dans chaque pays, les progrès seront fonction du degré d'indépendance des autorités judiciaires et du barreau. Sur un plan plus général, un progrès suppose que des magistrats et des praticiens d'un grand nombre de pays soient disposés à unir leurs efforts avec l'assistance de la Commission.

Dans ce contexte, nous espérons que les juristes américains et nos Facultés de droit pourront apporter une contribution majeure à l'élaboration d'une notion de la Primauté du Droit qui soit acceptable par les juristes de tous les pays. Il se pose aujourd'hui une question décisive à beaucoup de pays: pourront-ils atteindre le rythme de développement économique et social auquel ils aspi-

rent sans quitter le chemin du droit pour celui de la contrainte? Le mérite de la Commission internationale de juristes aura été de montrer que c'est dans le cadre de l'Etat de Droit et par l'emploi judicieux des techniques législatives que l'on trouvera les solutions, non seulement les plus satisfaisantes, mais aussi les plus réalisables. La Primauté du Droit peut être un point de ralliement, et pour les hommes libres, et pour ceux qui aspirent à le devenir.

WHITNEY NORTH SEYMOUR

SAÛL L. SHERMAN

*Avocats au barreau de New-York*

# QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT

## LA DÉFINITION DES TERMES

Dans la confusion où vit l'homme de notre temps, de ce temps qui de plus en plus installe la nausée à la place de la transcendance, la technologie à la place de la science, et qui remplace la persuasion par la pression, il lui faut disposer tout au moins d'un vocabulaire sûr, à supposer qu'un reste de scrupule l'incite à vouloir clarifier ses idées.

La « Primauté du droit » n'est qu'une expression vide de sens tant que l'on ne s'est pas mis d'accord sur le sens du mot « droit ».

Si le droit signifie seulement la volonté du souverain, comme le veulent les théoriciens du formalisme qui en reviennent aux théories confuses de John Austin, et si le souverain est simplement celui, qui se trouve détenir le pouvoir, sans égard à la source de laquelle il le détient, alors la « Primauté du droit » est satisfaite dès que les actions individuelles et les relations sociales doivent se conformer strictement à la volonté du souverain. Il en serait ainsi partout où l'autorité du gouvernement serait si redoutable, ou l'esprit de résistance des gouvernés si affaibli, que les ordres de la puissance publique seraient exécutés automatiquement et sans protestation. La « Primauté du droit » serait effective dans la mesure, et dans la mesure seulement où s'amenuiserait l'écart entre « ce qui devrait être » selon les normes prescrites et « ce qui existe en fait » et se traduit dans les relations sociales existantes, quelle que soit la nature éthique ou politique de ces normes. Cette conception formaliste de la « Primauté du droit » n'exclut pas nécessairement le respect de certaines valeurs, et de leur hiérarchie. Pour ceux qui placent l'ordre et la paix au sommet de l'échelle des valeurs, en entendant dans un sens également formel la paix comme l'absence de combats ou de conflits physiques et l'ordre comme la suppression de toute tendance révolutionnaire, la Primauté du droit réalise une harmonie parfaite entre « ce qui est prescrit » et « ce qui existe en fait », et peut constituer à ce titre un objectif souhaitable en soi, sans égard au contenu même de ces prescriptions. Un communiste, par exemple, peut soutenir que la Primauté du droit est plus solidement assise en Union Soviétique qu'aux Etats-Unis, vu que le gouvernement soviétique sait beaucoup mieux se faire obéir que les gouvernements des démocraties occidentales, et que ce résultat est la marque d'une réussite considérable.

Mais quand la Commission internationale de juristes parle de la Primauté du droit, c'est évidemment dans un tout autre sens qu'elle entend ces termes.

Certains juristes contemporains ont réussi à disséquer la notion même de « droit » jusqu'à la priver de toute vitalité. Pour notre part, nous proclamons la nécessité tant morale que politique d'en préserver l'intégrité, même si nous devons par là renoncer à ranger sous le pavillon d'une seule et unique discipline les mécanismes destinés à réglementer les relations sociales dans des pays qui respectent encore la dignité de l'homme, les structures du pouvoir érigées derrière des « rideaux » quelque matière que se soit, et les règlements disciplinaires respectés et mis en application par des bandes de malfaiteurs. Le droit ne peut être simplement défini comme un ensemble de normes tendant à réglementer les rapports sociaux et sanctionnés par l'autorité de l'Etat.

Depuis le début du XIXe siècle, bien des juristes et des philosophes, soucieux de distinguer entre les divers types de normes qui régissent les relations humaines (sur les plans moral, juridique, social, etc.), ont défini le droit comme un ensemble de règles appliquées à l'activité matérielle des êtres humains et caractérisées par les sanctions dont elles sont revêtues par l'Etat. Nombre de ces définitions passent complètement sous silence le contenu moral de ces règles. C'est ainsi qu'on a pu parler du « droit national-socialiste », du « droit » établi par les anarchistes dans certaines parties de l'Espagne pendant la guerre civile, ou du « droit soviétique ». Il est bien évident qu'il s'agit dans ces divers cas de systèmes de normes qui ne tiennent que par le pouvoir coercitif de l'Etat. Ils ne tirent pas leur autorité d'un consentement librement donné et exprimé de la communauté intéressée. Ils sont nés purement et simplement du bon plaisir d'un groupe, en général d'une minorité, qui impose sa loi par la force brutale. Ils n'ont aucun égard à l'existence de certains principes qui procèdent de l'essence même de l'homme et sont de ce fait inviolables.

Pourquoi donc applique-t-on ce même terme de « droit » pour désigner des notions diamétralement différentes ? Il n'est pas un seul juriste qui se permettrait de confondre sous un même terme des notions aussi distinctes que celle de droit et celle de morale, au sens où ces mots sont entendus dans le monde occidental. Et pourtant il en est qui acceptent des définitions du « droit » couvrant à la fois le système juridique anglo-saxon du vingtième siècle et celui du national-socialisme, bien que l'écart entre l'un et l'autre, sur le plan de la signification conceptuelle, de la fonction sociale, de la structure, de l'origine et de la signification réelle, soit bien plus considérable que celui qui sépare le droit de la morale dans le monde occidental.

Donc, si l'on veut que le terme de « droit » garde un sens à notre époque il ne faut pas l'appliquer indistinctement à toutes les normes sanctionnées par la puissance publique, mais seulement à certaines d'entre elles.

Nous ne pouvons ignorer la coexistence dans le monde actuel

de régimes fondés sur le droit et de régimes fondés sur la force. Les uns comme les autres sous-entendent certaines normes qui définissent ce que la conduite de l'homme « devrait être » et qui peuvent être mises en application par la contrainte ; mais en même temps il nous faut être particulièrement sensibles aux différences fondamentales qui séparent les systèmes juridiques correspondant à ces deux sortes de régime ; et si les mots sont réellement un moyen de communication entre les hommes et non la source d'une totale confusion, le même terme de « droit » ne saurait s'appliquer à des réalités aussi complètement dissemblables.

Le droit doit donc être entendu dans le seul sens que ce terme puisse avoir à l'époque moderne, comme un produit de l'évolution culturelle de l'humanité. Ni l'imposition d'un ordre arbitraire par le premier homme des cavernes qui s'est trouvé posséder une massue, ni les caprices d'un dictateur qui détient tout pouvoir sur les vies et les biens parce qu'il a eu l'astuce de remplacer par des mitrailleuses les armes primitives de l'homme des cavernes, n'ont rien de commun avec le droit.

Nous n'emploierons donc le terme de « droit » que pour désigner des normes de conduite humaine fondées sur le consentement, librement donné et librement exprimé, de la communauté constituée en Etat. Ces normes ne doivent pas empiéter sur les droits fondamentaux de l'individu, elles sont assorties de sanctions, et elles tendent en dernière analyse, à assurer la paix et la justice. Quand nous posons la question de savoir si la Primauté du droit est un objectif souhaitable et quels sont les meilleurs moyens de l'atteindre, c'est au droit entendu en ce sens que nous pensons, et non à l'un de ces ensembles de règles dont un système politique quelconque peut imposer l'application.

### LES VALEURS EN CAUSE

Énoncée en ces termes, la Primauté du droit ne saurait évidemment être conçue comme un état de paix caractérisé par l'absence de lutte ou de conflit et la répression de l'opposition. Dans nos efforts pour faire prévaloir la Primauté du droit, nous sommes animés avant toute chose par notre besoin de liberté personnelle, et par la conviction que c'est seulement dans la mesure où les collectivités humaines sont capables d'édifier un cadre juridique ordonné que l'homme peut mener une existence véritablement « humaine ». L'histoire plus ou moins récente nous montre que toutes autres formes de réglementation, et particulièrement celles qui sont le propre des régimes fondés sur la force, sont incompatibles avec la survivance de la liberté individuelle et ont pour seul résultat de réduire l'individu à une condition infra-humaine.

La Primauté du droit dans son application à une société organi-

sée ne doit d'ailleurs pas être envisagée d'un point de vue purement statique. Elle n'a pas uniquement pour but de maintenir la paix dans un corps glacé ou paralysé, elle a aussi un aspect dynamique comme la vie elle-même, et elle doit s'adapter au processus de transformation constante qui caractérise tout organisme vivant. En tant que facteur de transformation et de croissance d'une collectivité humaine, le droit a pour mission d'assurer que le processus se déroule dans l'ordre, la non-violence et la paix tout en contribuant à l'instauration d'une plus grande justice. Il est inévitable que toute réforme tendant à introduire plus de justice dans les rapports sociaux et la répartition des richesses, à tirer le meilleur parti de la coopération de l'État et à assurer au travail une rémunération équitable, ait pour contre-partie une réduction des privilèges ou des revenus de certaines classes sociales et suscite de leur part une opposition plus ou moins violente. Bien que le droit ait justement pour l'un de ses objets de favoriser ces transformations structurelles, il ne peut toujours y parvenir dans le plein respect de ses propres critères tout en assurant le maintien absolu de la paix et de l'ordre. Même dans les pays où le droit est souverain, des changements fondamentaux affectant la structure de la société et réalisés par des voies légales en vue d'instaurer plus de justice provoquent certaines inadaptations qui à leur tour conduisent à des bouleversements temporaires sans que soit le moins du monde perturbé l'état de « paix légale ». La solution du problème réside dans un compromis rationnel entre ces trois idéaux : paix, liberté et justice. Les révolutions anarchiques d'aujourd'hui, qui cherchent à réaliser la justice sociale (si tel est vraiment leur objectif) par les chemins tortueux de la violence et de la tyrannie, procèdent d'impulsions primitives et de l'idée tragiquement fautive que l'idéal de paix et l'idéal de liberté peuvent être complètement sacrifiés à l'idéal de justice. Les régimes conservateurs, au contraire, aveugles, sourds, inertes, indifférents aux aspirations des masses déshéritées, déterminés uniquement à consolider les privilèges d'une minorité en les enserrant dans un cadre juridique approprié dans le vain espoir de les rendre indestructibles, invoquent à l'appui de leur politique la nécessité de préserver la paix, même au prix de la liberté et de la justice.

*On peut affirmer que la Primauté du Droit existe seulement là où existe un respect général et suffisamment marqué des critères établis, en même temps qu'un progrès vers plus de justice, dans le cadre d'un régime juridique qui garantisse la liberté individuelle.*

Aux périodes critiques de l'évolution des sociétés humaines, il peut être extrêmement difficile de réaliser un équilibre parfait entre la paix, la justice et la liberté. Il faut à un gouvernement une adresse et une sagesse considérables pour choisir dans la pratique celui de ces trois idéaux qui est le plus important et requiert l'attention la plus immédiate à un moment donné. Ce que nous voulons toutefois sou-

ligner, c'est que le droit ne jouera son véritable rôle que s'il sait tenir dûment compte des trois éléments. L'homme étant ce qu'il est, il importe qu'il n'y ait point de paix sans justice et sans liberté, de justice sans paix et sans liberté, ni de liberté sans paix et sans justice. Et le droit étant ce qu'il est, il ne peut y avoir de Primauté du droit sans paix, sans justice et sans liberté.

### LE POINT DE VUE NÉO-ROMANTIQUE

Mais les forces qui se dressent pour contrecarrer la Primauté du droit sont innombrables, même abstraction faite des faiblesses et de la brutalité, de l'intolérance, de l'arbitraire ou simplement de l'égoïsme de certains hommes. De toutes ces forces hostiles qui menacent aujourd'hui l'application du droit dans la partie du monde où je vis, je ne veux retenir qu'une seule.

Il n'y a plus d'un siècle, la révolution romantique déferlait sur tout le monde occidental. Le mouvement romantique, avec son subjectivisme, ses amants torturés et ses clairs de lune, a laissé son empreinte non seulement sur toute la littérature, mais aussi sur la vie politique de l'époque en affirmant avec force la valeur de la liberté pour les hommes et pour les nations. Telle a été ici, en Amérique latine, comme en Europe de 1830 à 1840, sa véritable signification. Les combats qui se sont déroulés dans les républiques nouvellement émancipées, en vue de consolider les principes de la liberté, ont eu, sans aucun doute, un côté très romantique.

Aujourd'hui, nous sommes témoins d'un mouvement très semblable au romantisme du siècle dernier par ses motifs, son illogisme et le caractère impérieux de ses revendications. Ce mouvement jouit d'un grand prestige auprès de la jeunesse et commande son attitude à l'égard des questions économiques et sociales. Mais les néo-romantiques d'aujourd'hui, passionnés et généreux à l'instar de leurs prédécesseurs, semblent ignorer l'idéal de liberté et s'attacher exclusivement à celui de justice. Ils représentent un mouvement puissant, qui influe avec plus ou moins de vigueur sur la politique de tous les pays d'Amérique latine, et qui a fait preuve d'un dynamisme remarquable. Ce mouvement se caractérise par une attitude de ressentiment et de protestation contre l'ordre établi et les valeurs que celui-ci représente. Ces jeunes ne s'inquiètent guère de la Primauté du droit. A leurs yeux, les systèmes juridiques actuels sont destinés moins à fonder la paix entre les hommes et à protéger leur libertés qu'à constituer un rempart pour défendre les injustes privilèges d'une minorité. Ils constatent que les masses souffrent d'une sous-consommation chronique et sont pratiquement exclues des avantages que les Etats modernes offrent à leurs citoyens, et ils savent parfaitement que ce n'est pas par la voie de procédures judiciaires que l'on mettra fin aux injustices de régime actuel et que l'on rendra leur dignité aux

classes les plus déshéritées. Ils veulent que les choses changent, et changent rapidement, même au prix de la mise en sommeil partielle ou totale des libertés fondamentales ou de la rupture de la paix sociale. Que des restrictions soient apportées à la liberté de la presse ne les alarme pas outre mesure, convaincus qu'ils sont que cette liberté est l'apanage d'entreprises de presse liées aux intérêts de l'oligarchie ; ils oublient qu'ils en profitent eux-mêmes. Ils ne font confiance ni aux Parlements, qu'ils savent être dominés par les classes privilégiées, ni aux procédures traditionnelles dans les démocraties, mais bien davantage à des groupes de pression tels que les syndicats, les associations d'étudiants, les organisations de fonctionnaires, etc. Leur but est d'instaurer dans les délais les plus rapides un régime fondé sur la justice, même au prix du sacrifice de quelques valeurs morales.

Ceux qui observent de loin l'agitation provoquée dans toute l'Amérique latine par la révolution castriste à Cuba se tromperaient lourdement s'ils n'y voyaient qu'un signe de l'expansion du communisme mondial. Certes le communisme est remarquablement habile à utiliser cette agitation à ses propres fins, et il l'encourage par tous les moyens possibles. Il est également vrai que ces néo-romantiques antilibéraux, ces « justicialistes »<sup>1</sup> révolutionnaires, se sentent plus près du monde communiste que de ceux qui prétendent aller à la justice sociale par les voies légales, dans leur conviction que les méthodes violentes du communisme réussiront mieux à abattre l'ordre économique existant. Mais en admettant même qu'il y ait entre le « justicialisme » et le communisme une alliance avouée ou tacite, que la torpeur, l'égoïsme et l'aveuglement des partis conservateurs, et l'attitude amicale du département d'Etat à l'égard de ces partis jusqu'à l'entrée en fonctions de l'administration Kennedy, n'ont pu que favoriser, ce serait une erreur de considérer ces mouvements comme deux faces d'un seul et même phénomène.

Nul ne peut nier la popularité immense et croissante de ce courant de pensée politique parmi les jeunes générations dans toute une partie du monde, et bien qu'il révèle un certain manque de maturité il serait absurde de chercher à l'indigner par des méthodes de coercition ou de répression.

Il est hors de doute que ce « justicialisme » brutal et infantile, avec son mépris de la légalité, de la paix et de la liberté, pose un problème d'éducation extrêmement grave. Mais toute action éducative qui sera entreprise afin de faire revivre les valeurs morales qui sont à la base des systèmes politiques occidentaux, et de concilier la

<sup>1</sup> Nous reprenons ici le terme, non pas pour évoquer le mouvement politico-social dont le général Peron fut le promoteur en Argentine et la cruelle dictature qu'il y avait établie, mais simplement pour caractériser une certaine obsession de justice sociale qui semble ignorer complètement l'existence d'autres questions essentielles.



justice avec la paix et la liberté, ne pourra porter ses fruits avant bien des années. Ces années-là seront peut-être celles pendant lesquelles les systèmes juridiques traditionnels seront confrontés à des épreuves décisives.

### LA RÉVOLUTION PAR LE DROIT

Les réflexions qui précèdent m'amènent à penser que nous, juristes américains qui menons la lutte pour le droit et nous efforçons d'instaurer la Primauté du droit, thème proposé à nos réflexions par la Commission internationale de juristes, ne pouvons plus nous contenter de rechercher des techniques et des expédients pour faire concorder autant qu'il est possible « ce qui devrait être » selon les textes et « ce qui est », c'est-à-dire le comportement réel de l'homme. Il nous incombe de mener d'urgence une action vigoureuse pour opérer la refonte de tout notre système juridique. Il faut que cette refonte soit rapide, totale et radicale, qu'elle soit animée par un idéal généreux de justice et qu'elle conduise à une transformation fondamentale de l'ordre social.

Nous nous trouvons devant le dilemme suivant : ou nous accomplirons une révolution *dans* le droit et *par* le droit, ou nous aurons une révolution *contre* le droit. Rien ne sert de prétendre que tout système juridique, quelle que soit la naïveté de ses adversaires, peut survivre à un discrédit généralisé parmi la collectivité dont il était appelé à gouverner l'existence. Le droit doit aller au devant des aspirations dominantes de la collectivité, tout en consacrant le respect des valeurs fondamentales qui seulement permettent de mener une vie civilisée.

Dans les circonstances actuelles, il importe moins d'assurer la survie du système juridique actuel que de provoquer la transformation rapide et profonde de son contenu, ce qui lui vaudra l'appui spontané des jeunes générations, donc de nouvelles chances de survie. D'ici-là, si les jeunes nous semblent manquer dangereusement de maturité, efforçons-nous de les amener à comprendre que s'il est bien de lutter pour la justice, la paix et la liberté doivent être également sauvegardées, et que c'est à ce prix seulement que la vie vaut réellement la peine d'être vécue.

JUSTINO JIMÉNEZ DE ARICHAGA

*Professeur à l'Université de Montevideo,  
ancien doyen de la Faculté des sciences  
humaines, délégué de l'Uruguay à l'Assemblée  
générale des Nations Unies et à la  
dixième Conférence interaméricaine.*

## L'AUTRICHE ET LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

Dans un article fortement pensé et de vaste portée paru dans le n° 1 du tome IV de la *Revue de la Commission internationale de juristes*, M. Philippe Comte a entrepris de rechercher dans quelle mesure la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'est intégrée, au cours des douze années qui se sont écoulées depuis son adoption, dans les systèmes juridiques des quinze Etats membres du Conseil de l'Europe qui y ont adhéré<sup>1</sup>. Il était aussi nécessaire qu'intéressant de dresser un tel bilan. En effet, ce traité multilatéral de portée européenne ouvre des voies tout à fait nouvelles et ne semble pas avoir de précédent dans l'histoire. La Convention a pour but d'éliminer toute tendance au gouvernement dictatorial et de faire régner la Primauté du Droit tout au moins dans le cadre de l'Europe, en donnant à la protection des droits de l'homme une garantie collective, et en faisant relever l'ordre politique interne de chaque Etat membre du Conseil de l'Europe de la compétence et de la responsabilité de tous les autres Etats membres de cette organisation<sup>2</sup>. La création de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, en application de l'article 19 de la Convention, devait avoir pour résultat d'empêcher que la promesse faite à des millions d'hommes ne restât sans effet: dans le cadre des Etats membres du Conseil de l'Europe, une institution authentiquement supranationale garantirait le respect des droits et des libertés fondamentales.

Comme les juristes le savent fort bien, la difficulté principale à laquelle ne manquerait pas de se heurter l'application de la Convention sur le territoire des Etats parties ne serait pas tant d'assurer aux citoyens de ces Etats les garanties fondamentales proclamées par cet instrument. En effet, la plupart des constitutions des Etats européens, héritiers d'une vieille civilisation, contiennent des dispositions semblables au moins depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Le

<sup>1</sup> Philippe Comte, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne*, tome IV, n° 1, pp. 102 ss.

<sup>2</sup> Voir *La Convention européenne des droits de l'homme*, brochure éditée par le Conseil de l'Europe (Edition française: Strasbourg, 1958), Introduction, page 9.

vrai problème consisterait plutôt à transposer l'accord du plan international au plan national, autrement dit à l'intégrer dans l'ordre juridique interne; puis, par voie de corollaire, à définir une hiérarchie entre les lois ordinaires (principalement en matière de procédure pénale), les lois constitutionnelles et les engagements de caractère international. Ce problème se complique dans les pays où le principe de la Primauté du Droit est solidement établi: les ressortissants de ces pays hésiteront à abandonner des institutions qui ont fait leurs preuves, à seule fin de tenir compte de différences de rédaction ou de système. Il nous faut donc être sincèrement reconnaissants à l'auteur, comme aussi à la *Revue de la Commission internationale de juristes*, de nous avoir donné pour la première fois une vue d'ensemble des moyens par lesquels les différents Etats signataires de la Convention ont résolu ces difficultés d'intégration et de transformation. Cette question a d'autant plus d'importance que la conclusion de conventions analogues sur les droits de l'homme se dessine pour les Etats du continent américain ainsi que pour le continent africain, et que la solution européenne sert tout naturellement de modèle aux projets considérés. Comme M. Comte évoque plusieurs fois à ce propos la situation en Autriche, il y aura peut-être quelque intérêt à permettre à un juriste autrichien d'exposer comment le problème a évolué dans ce pays.

## I

La Convention européenne des droits de l'homme (avec son Protocole additionnel) est entrée en vigueur en Autriche le 3 septembre 1958. Elle avait précédemment été ratifiée par 14 Etats, en fait par tous les signataires sauf la France. En même temps l'Autriche déclara, conformément à l'article 25, qu'elle reconnaissait la compétence de la Commission pour l'examen des requêtes individuelles présentées par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétendrait victime d'une atteinte aux droits reconnus dans la Convention. D'autre part, en vertu de l'article 46, l'Autriche s'est soumise à la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne tous les litiges qui pourraient résulter de l'interprétation ou de l'application de la Convention.

Rarement un événement aura préoccupé les juristes autrichiens autant que l'entrée en vigueur de la Convention européenne. Ils prirent position à ce sujet dans de nombreux débats, principalement à la *Wiener Juristische Gesellschaft*, (Société des juristes viennois), dans des articles de revues spécialisées et de journaux, dans des exposés radiodiffusés, etc., et cela dès la publication de l'accord au Journal officiel (*Bundesgesetzblatt für die Republik Oesterreich*,

n° 210/1958)<sup>3</sup>. La question était de savoir: a) si la Convention était devenue partie intégrante de l'ordre juridique interne autrichien, b) si ses dispositions étaient immédiatement exécutoires (*self-executing*), c) si cette Convention avait rang de loi constitutionnelle ou de loi fédérale ordinaire. La plupart des spécialistes du droit public, du droit administratif et du droit international estimèrent que la Convention, dès sa publication au Journal officiel, était devenue une source du droit interne, que ses dispositions étaient immédiatement applicables et que, de ce fait, chaque citoyen pouvait l'invoquer à l'égard des autorités autrichiennes. Ces conclusions s'appuyaient sur le principe de la « transformation générique » (*generelle Transformation*, article 49 de la Constitution fédérale). Ces mêmes juristes ajoutèrent que les dispositions de la Convention avaient une autorité constitutionnelle, ayant été ratifiées par l'Assemblée fédérale (*Nationalrat*) à la majorité qualifiée prévue par l'article 50 de la Constitution pour les traités ayant pour effet de modifier la Constitution, cette majorité étant des deux tiers, avec un quorum de la moitié au moins des membres de l'Assemblée.

Seules quelques voix isolées exprimèrent l'avis que la Convention européenne ne créait pas un droit immédiatement applicable, et que ses dispositions liaient seulement le pouvoir législatif, c'est à dire le Parlement, mais non l'administration ni les tribunaux.<sup>4</sup> Cette interprétation se fondait sur les articles 1 et 57 de la Convention, ainsi que sur son préambule où il est dit que les Etats signataires se sont « résolus à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle », et à reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I ». A quoi serviraient, demandaient les tenants de cette doctrine, les « explications » requises par l'article 57 s'il s'agissait d'un droit immédiatement applicable, puisqu'en ce cas toutes les parties contractantes savaient au moment même où elles signaient Convention la mesure dans laquelle ses dispositions étaient exécutoires?

<sup>3</sup> Exposé et discussion à la Société des juristes viennois, *Juristische Blätter* 1958, pp. 599 ss., et 1959, pp. 71 ss.; Ermacora, *Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung*, dans *Juristische Blätter* 1959, pp. 396; Pfeifer, *Die Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention für Österreich*, *Festschrift*, Hugelmann I (1959), pp. 399 ss.; Hellbling, *Die Menschenrechte und Grundfreiheiten*, dans *Österreichische Juristenzeitung*, 1960, pp. 281 ss.; Liebscher, *Die Grundzüge eines Völkerstrafrechts in der österreichischen Rechtsordnung*, dans *Juristische Blätter*, 1959, pp. 394 ss.

<sup>4</sup> Winkler, *Zur Frage der unmittelbaren Anwendung von Staatsverträgen*, dans *Juristische Blätter*, 1961, pp. 8 ss.; du même, *Der Verfassungsrang von Staatsverträgen*, dans *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, tome X (1960), pp. 514 ss.; du même, *Diskussion in der Wiener Juristischen Gesellschaft*, dans *Juristische Blätter*, 1959, pp. 71 ss.

Ce ne furent tout d'abord en Autriche que des spécialistes peu nombreux qui prirent part à ce débat de doctrine mené avec passion. Pourtant, cette question allait bientôt présenter une très grande actualité juridique et politique. Quiconque se trouvait impliqué dans une procédure judiciaire ou dans une controverse quelconque avec les pouvoirs publiés cessa d'invoquer l'ordre juridique autrichien antérieur à la Convention et se fonda sur des arguments empruntés à la Convention européenne, en interprétant celle-ci dans un sens totalement favorable, cela va sans dire. Il n'y avait point de bornes à pareilles fantaisies. Ainsi des individus poursuivis pour délit d'homosexualité en vertu de l'article 129 du code pénal autrichien se fondèrent sur l'article 8 de la Convention européenne pour contester la régularité des poursuites, prétendant qu'elles portaient atteinte à leur vie privée et familiale; d'autres, poursuivis pour injures ou diffamation, objectèrent qu'ils n'avaient fait qu'user du droit d'exprimer librement leur opinion au sens de l'article 10 de la Convention. Quiconque, et pour quelque raison que ce fût, était privé de sa liberté par la police ou par un tribunal, arrivait à prouver par une dialectique audacieuse qu'il n'entraît dans aucun des cas énumérés sous les rubriques (a) à (f) de l'article 5 comme justifiant des mesures privatives de liberté. Les organes compétents pour dire le droit ne pouvaient pas éluder le problème plus longtemps; il leur fallut prendre position.

## II

C'est avec étonnement que l'on a pris connaissance, en Autriche même, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle en date du 27 juillet 1960 qu'a cité M. Comte<sup>5</sup>. A l'encontre de la doctrine généralement acceptée, la Cour estime que l'article 6 de la Convention ne crée pas un droit immédiatement applicable, mais oblige seulement le législateur à « adapter la législation interne aux dispositions de la Convention et du Protocole dans la mesure où la législation autrichienne n'y est pas déjà conforme », et à se garder d'adopter à l'avenir des textes qui iraient à l'encontre de ces dispositions.

Aux termes de l'arrêt:

... Il ne fait aucun doute pour la Cour que l'imprécision des quelques notions contenues dans l'article 6, qui se trouvent en face d'un ordre juridique élaboré dans le domaine de la procédure civile et de la procédure pénale, conduit à penser que l'article 6 ne contient que des principes ayant une valeur de programme, que le législateur doit certes réaliser et respecter, mais qui ne constituent pas par eux-mêmes un droit immédiatement applicable.

<sup>5</sup> B 469/59, publié dans les *Juristische Blätter*, 1962, pp. 352 ss.

La simple publication de la Convention au Journal officiel, poursuivit la Cour, n'apportait aucune modification à l'ordre juridique autrichien.

La Cour constitutionnelle avait rendu cette décision à l'occasion d'une procédure de restitution fondée sur la première loi d'application du traité d'Etat. Le demandeur faisait valoir que la loi d'application donnait compétence à la direction des finances du *Land*, donc à une autorité administrative, pour statuer sur les demandes de restitution. Or des demandes de cette nature, portant sur des « droits et obligations de caractère civil », devaient, aux termes de l'article 6 de la Convention, être portées devant un « tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ». De plus la Cour constitutionnelle souligna que la Convention européenne n'avait pas rang de loi constitutionnelle, mais seulement de loi fédérale ordinaire.

Cette opinion s'exprima plus clairement encore dans l'arrêt rendu le 14 octobre 1961 par la même Cour constitutionnelle<sup>6</sup>. Un commerçant avait été poursuivi pour infraction aux lois fiscales et mis en état d'arrestation par décision de l'administration des Finances, suivant la procédure prévue par une loi de 1958 sur les finances publiques. Le demandeur invoquait l'article 5 de la Convention, et prétendait que son cas ne correspondait à aucun de ceux dans lesquels cet article autorise des mesures privatives de liberté. La Cour constitutionnelle rejeta le recours et déclara – pour la deuxième fois – que les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'étaient pas immédiatement applicables par les tribunaux et l'administration, et que de ce fait il n'y avait donc pas eu non plus dérogation aux prescriptions du droit autrichien. L'article 5 en particulier ne pouvait être considéré comme *self-executing*, vu qu'il ne précise pas l'instance devant laquelle il faut traduire le détenu, quel délai peut être considéré comme « raisonnable », ni sous quelles conditions la mise en liberté peut être subordonnée au dépôt d'une caution. En ce qui concerne la place de la Convention dans la hiérarchie des lois, la Cour admet que ce texte, lors de son examen par le *Nationalrat*, avait été approuvé à la majorité requise pour l'adoption des lois constitutionnelles par l'article 49 (alinéa 1) de la Constitution fédérale, c'est-à-dire à la majorité des deux tiers des suffrages exprimées avec quorum de la moitié des membres de l'Assemblée. En revanche la loi de ratification, votée en application de l'article 50 de la Constitution fédérale, ne précisait pas que la Convention, *soit dans son intégralité, soit dans certaines de ses parties, aurait pour effet de modifier la Constitution*. Or une telle précision était nécessaire pour que la Convention reçût rang de

<sup>6</sup> G 2/61, publié dans les *Juristische Blätter*, 1962, pp. 145 ss.

loi constitutionnelle. Son rang n'était donc que celui d'une loi fédérale ordinaire.

La Cour constitutionnelle a pris ainsi clairement position quant à la place de la Convention dans la hiérarchie des lois<sup>7</sup>. En revanche elle ne va pas jusqu'à dire qu'aucune disposition de la Convention ne puisse jamais être immédiatement applicable: elle n'a tranché la question que pour les articles 5 et 6. Mais comme ce sont là les dispositions les plus importantes de la Convention, et que d'autres part il n'a pas jusqu'à présent été rendu d'arrêt en vertu duquel telle ou telle autre disposition de la Convention serait immédiatement applicable, on doit conclure que la Cour constitutionnelle a adopté une attitude franchement négative à l'égard de la Convention européenne, *pro foro interno et externo*. Cela ne signifie nullement que la Cour constitutionnelle ait une prévention à l'encontre des droits fondamentaux ou de l'intégration de la Convention<sup>8</sup>. La raison en est plutôt que les concepts introduits par la Convention, souvent imprécis et ambigus, se heurtent en Autriche à un système juridique solidement établi et très élaboré. Les lois de 1862 sur la protection de la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile, la loi fondamentale de 1867 sur les droits fondamentaux des citoyens, sont de vénérables prescriptions constitutionnelles qui n'étaient certainement pas lettre morte. Déjà sous la monarchie, mais surtout après 1918, la Cour constitutionnelle exerçait un contrôle constant sur les décisions individuelles et les mesures réglementaires ou législatives propres à porter atteinte aux droits individuels, cela en vertu de l'article 144 de la Constitution fédérale. Le professeur Hans Kelsen, rédacteur des textes constitutionnels les plus récents, appelle cette Cour constitutionnelle « le plus cher de ses enfants »<sup>9</sup>. C'est précisément dans ce domaine que l'Autriche se distingue entre toutes les nations par ses traditions et son expérience. On ne pouvait admettre qu'une œuvre vieille de cent ans doive s'effacer devant un texte formulé dans des termes souvent vagues. Si l'on refuse de reconnaître à la Convention européenne la valeur d'une loi constitutionnelle, la Convention ne peut déroger au système existant des droits fondamentaux. La difficulté à la-

<sup>7</sup> Cela répond clairement à la question que s'est posée M. Comte (*Revue*, tome IV, n° 1, p. 128), de savoir si la Cour constitutionnelle autrichienne donne aux prescriptions de la Convention rang de loi fédérale ordinaire, ou si elle les place à un niveau supérieur.

<sup>8</sup> Ermacora, *Die Menschenrechte und der Formalismus*, dans *Juristische Blätter*, 1962, p. 120. Il fait remarquer que la Cour constitutionnelle n'a jamais exprimé de telles opinions, bien qu'elle en ait eu l'occasion auparavant à propos de l'application de traités. On n'a même jamais spécifié que le traité d'Etat autrichien de 1955 (*Bundesgesetzblatt* n° 152) avait rang de texte constitutionnel, alors qu'il forme la base de la vie politique d'aujourd'hui en Autriche.

<sup>9</sup> *Juristische Blätter*, 1962, p. 303.

quelle risquent de se heurter des conventions régionales tendant à la protection des droits de l'homme dans un domaine géographique étendu semble être en premier lieu l'opposition peut-être inconsciente des Etats dans lesquels la protection des droits fondamentaux a atteint son niveau le plus élevé: ces Etats peuvent hésiter à se conformer à une norme qui n'a pas fait ses preuves et qui a été formulée de façon à convenir à tous les Etats membres, parmi lesquels peuvent se trouver des pays en voie de développement. Il se peut aussi que la Cour constitutionnelle ait été influencée par l'idée que l'Ecole viennoise de philosophie du droit, qui s'est développée sous la direction de Kelsen, avait exercé une profonde influence sur les sciences juridiques dans toute l'Europe bien avant que n'existe la Convention européenne.

### III

Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle a été accueillie en Autriche avec une certaine défaveur. On ne la trouva ni claire ni exempte de contradictions<sup>10</sup>. On objecta que la Constitution fédérale autrichienne, comme il ressort de ses articles 1, 9 et 145, avait implicitement consacré la thèse du monisme et de la primauté du droit international<sup>11</sup>. Les maîtres du droit constitutionnel autrichien avaient toujours affirmé que les traités étaient applicables de plein droit et sans formalité particulière, immédiatement et sans « transformation »<sup>12</sup>. Mais au fond, ce n'est pas de cela qu'il s'agit. On a déjà, dans cette affaire, bâti beaucoup trop de théories et de raisonnements reposant sur de savantes doctrines. Qu'un accord fût tout d'abord ratifié, puis incorporé au droit pour devenir précisément partie intégrante de l'ordre juridique interne, et qu'ensuite il fût considéré par les tribunaux auxquels il s'adresse comme n'ayant aucune espèce d'existence, ni le citoyen ordinaire ni le juriste sans préjugés ne pouvaient le comprendre. Si l'on adopte certaines règles juridiques, c'est pour les appliquer *immédiatement*, pour autant que rien d'autre ne découle de leur clause d'exécution ou de leurs termes mêmes. Quant à savoir comment un traité s'accorde avec le droit interne préexistant, c'est une question dont on aurait dû se préoccuper au moment de conclure ce traité, ou au plus tard lors de sa ratification<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Par opposition à Comte, *loc. cit.*, p. 128, qui ne voit aucune contradiction dans cette décision.

<sup>11</sup> Marcic, *Die Menschenrechte und der Formalismus*, dans *Juristische Blätter*, 1962, p. 305. Ermacora avait déjà pris position auparavant avec plus de vigueur encore contre cette jurisprudence, dans un article paru sous le même titre dans les *Juristische Blätter*, 1962, p. 118.

<sup>12</sup> Adamovitch, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof*, Vienne 1923, p. 159.

<sup>13</sup> Marcic, *loc. cit.*, p. 308.



La justice autrichienne, faisant preuve de bon sens, avait déjà montré auparavant quelle était la voie à suivre. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 27 du traité d'Etat de 1955 (*Bundesgesetzblatt* n° 152), l'Autriche reconnaissait à la République populaire fédérative de Yougoslavie le droit de saisir, confisquer et liquider les biens, droits et intérêts autrichiens qui, au moment de la mise en application de cet accord, se trouvaient en territoire yougoslave. En contrepartie, le gouvernement autrichien s'engageait à dédommager les ressortissants autrichiens dont les avoirs seraient saisis en application de cet article. Dès l'entrée en vigueur du traité d'Etat, des milliers de citoyens auxquels s'appliquait cette disposition du traité présentèrent des demandes de dédommagement. Ces demandes furent d'abord repoussées, motif pris de ce que la disposition visée du traité d'Etat n'avait encore fait l'objet d'aucune loi d'exécution. Mais dans un arrêt en date du 4 février 1960, la Cour suprême déclara que l'article 27 du traité avait créé une règle de droit *immédiatement applicable*, que cette règle avait la même valeur qu'une loi interne et qu'elle ouvrait aux intéressés une *créance immédiatement exigible*; le droit à indemnité prévu par le traité était donc opposable en justice, même en l'absence d'une loi d'exécution<sup>14</sup>. L'autorité judiciaire suprême en matière civile et pénale affirme ainsi que l'Etat n'a pas le droit de retenir d'une main ce qu'il a donné de l'autre. Les dispositions qui ont été prises par le législateur dans les formes constitutionnelles doivent être exécutées; les restrictions que l'on prétend déduire de certaines théories afin de limiter ou retarder leur exécution sont étrangères à la tradition de la justice autrichienne.

Mais les effets de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sont bien plus graves encore pour ce qui est de la position de l'Autriche à l'égard des autres Etats membres du Conseil de l'Europe. M. Comte a montré que chacun de ces Etats a dû résoudre à sa manière le problème que posait l'accueil de la Convention européenne dans son ordre juridique interne et son intégration à cet ordre; il a montré aussi que les questions de la primauté et de l'application immédiate de la Convention ont pu provoquer des difficultés dans certains domaines. Peut-être cependant n'a-t-il pas vu tout-à-fait clairement que cette jurisprudence a eu pour effet d'éliminer pratiquement la Convention de la vie juridique autrichienne, aussi bien dans chacune de ses dispositions que dans sa portée idéologique fondamentale. Or, si l'on veut atteindre les objectifs que s'est fixés la communauté européenne, c'est avant tout sa portée idéologique qu'il s'agit d'imposer. Dès l'instant où la Convention européenne a été traitée comme une Cendrillon dans la réalité juridique autrichienne, on a pu se demander si l'Autriche

<sup>14</sup> 3 Ob 118/58, publié dans les *Juristische Blätter*, 1961, pp. 27 ss.

satisfaisait aux engagements internationaux qu'elle avait contractés en entrant au Conseil de l'Europe. Le professeur suisse Werner Kägi écrit ce qui suit à propos du principe *pacta sunt servanda*, reconnu comme une règle universelle du droit international<sup>15</sup>: « Ce n'est qu'en respectant les engagements pris – du contrat de droit privé jusqu'au traité international – que la dignité de l'être humain, et aussi l'honneur et la liberté des peuples, sont respectés, et qu'ainsi un véritable ordre pacifique est rendu possible en droit international... Cette relation doit être réaffirmée clairement à une époque où l'on s'efforce de réaliser une intégration plus profonde de la communauté des Etats, car la collectivité internationale tout entière repose sur la fidélité aux engagements... *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et verita.* » Le professeur Verdross, qui est la plus haute autorité autrichienne en droit international, laisse clairement entendre que la ratification de la Convention européenne n'a pas seulement créé des obligations morales comme celles qui découlent de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies de 1948, mais qu'elle a créé pour l'individu des droits et pour l'Etat des obligations de droit international auxquelles il ne peut se dérober<sup>16</sup>. Cette opinion est aussi celle de la majorité des juristes autrichiens. Dans une question comme celle-ci qui a une portée européenne, il importait de lever une ambiguïté propre à compromettre le prestige du pays.

#### IV

On ne voit à ce dilemme qu'une solution, qui a d'ailleurs été adoptée par le gouvernement fédéral autrichien. Dès le 23 septembre 1959, le gouvernement avait saisi le Conseil national d'un projet de loi constitutionnelle fédérale, qui édictait les normes nécessaires pour satisfaire aux obligations que l'Autriche avait assumées en ratifiant la Convention européenne. Cette loi, que l'on a appelée de « rallonge » (*Aufstockungsgesetz*)<sup>17</sup>, prévoit que toute une série de dispositions de la Convention européenne seront incorporées textuellement à la Constitution fédérale ou à la loi fondamentale de 1867. Ce projet n'a pas encore été examiné au Parlement, et l'une des tâches les plus pressantes du Conseil national qui vient d'être élu à la fin de 1962 sera de rattraper ce long retard. On a objecté que ce projet de loi équivalait à « une acceptation tout à fait inattendue, précisément en Autriche, de la doctrine dualiste »<sup>18</sup>. Mais nous avons dit

<sup>15</sup> Strupp-Slochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, tome II, p. 715.

<sup>16</sup> Verdross, *Völkerrecht*, Vienne 1959, pp. 498 ss.

<sup>17</sup> Annexe n° 60 aux procès-verbaux sténographiques du Conseil national autrichien (*Stenographisches Protokoll*), 9me législature.

<sup>18</sup> Karel Vasak, *Was bedeutet die Aussage, « ein Staatsvertrag sei self-executing »?*, dans les *Juristische Blätter*, 1961, pp. 621 ss.; Comte, *loc. cit.*, p. 129.

que la question n'était plus de vider une querelle de juristes, mais d'établir une situation claire.

Cette tâche est d'autant plus urgente que les citoyens autrichiens, et plus généralement tous ceux au bénéfice desquels les dispositions de la Convention européenne ont été prévues, ne restent plus passifs, et que ces dernières années ils ont multiplié les protestations. Ils ont invoqué avec force les droits et libertés « garantis », tels qu'ils étaient énumérés dans le n° 210 de 1958 du Journal officiel. Il ne s'agit plus de savoir, a-t-on dit, si un droit civil est valable quant au fond, si un crime est punissable, ni même si la procédure ouverte contre un inculpé est régulière au regard du code de procédure pénale autrichien. L'important est que les dispositions de la Convention soient strictement appliquées. Cette thèse, vu la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ne peut que mettre dans l'embarras les autorités judiciaires, et cette situation alourdit l'atmosphère aussi bien pour les justiciables que pour les tribunaux. Peu à peu la Convention européenne s'est transformée, aux yeux d'une grande partie de la population, en un rêve qui ne sera jamais réalisé, en un mirage qui, s'il devenait une réalité, ouvrirait la porte à tous les espoirs et écarterait le risque de toute mesure coercitive de l'Etat. La politique des demi-mesures et des promesses aussitôt contredites par des refus aura eu pour effet de susciter un mécontentement toujours plus vif et toujours plus général à l'égard de la justice autrichienne, qui de son côté n'a cependant rien négligé pour que l'individu puisse jouir de tous ses droits légitimes.

Aux termes de l'article 13 de la Convention, « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». En Autriche, du fait de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les tribunaux qui pourraient être saisis de recours de cet ordre n'auront pas le droit de juger si les dispositions de la Convention ont été ou non respectées. La conséquence en est que la Commission européenne des droits de l'homme à Strasbourg a été littéralement submergée de requêtes provenant d'Autriche. La Commission a déclaré recevables plusieurs de ces requêtes. Elle a eu principalement l'occasion d'exercer son contrôle à propos de certaines prérogatives du ministère public. La situation du ministère public en matière pénale est tout à fait différente en droit continental et en droit anglo-saxon<sup>19</sup>. En Angleterre et au Pays de Galles

<sup>19</sup> La *Revue de la Commission internationale de juristes* a traité ce problème à maintes reprises et de manière très intéressante; cf. en particulier William W. Boulton, *Les professions judiciaires et le droit* (tome I, n° 1, pp. 112-135); Sir Carleton Allen, *Le non-juriste et la fonction judiciaire en Angleterre* (tome II, n° 1, pp. 61-90).

par exemple, il n'y a pas de ministère public permanent; les poursuites sont exercées par un avocat, qui représente la Couronne comme il représenterait n'importe quelle partie. Dans les pays d'Europe continentale, au contraire, le ministère public a une activité permanente et bien déterminée. Ses membres sont notamment chargés de veiller à l'objectivité des débats. Ainsi, l'article 3 du code de procédure pénale autrichien prescrit aux procureurs de la République « de prendre en considération avec le même soin les circonstances qui sont à la charge de l'accusé et celles qui sont à sa décharge »; les articles 282 et 283 du même code autorisent le procureur à attaquer *en faveur* de l'accusé un jugement vicié de nullité ou une sentence trop sévère; aux termes de l'article 33, des jugements définitifs rendus en matière pénale et viciés d'une nullité préjudiciable à l'inculpé peuvent être portés par le procureur de première instance à l'attention du procureur général auprès de la Cour suprême, à laquelle il appartiendra de casser ces jugements. Par ailleurs, l'article 35 du même code autorise le procureur à assister à certaines délibérations du tribunal alors que le conseil de la défense n'y assiste pas. C'est également le cas dans plusieurs pays de l'Europe occidentale, par exemple en France, en Belgique et dans quelques cantons suisses. La Commission de Strasbourg s'est demandé si cette mesure était vraiment compatible avec le principe de « l'égalité des armes » qu'elle considère comme l'élément essentiel de l'article 6 de la Convention, à savoir le droit pour toute personne de bénéficier d'un traitement équitable en justice. L'Autriche a donc dû se résoudre à laisser des autorités supranationales, telles que la Commission européenne ou éventuellement la Cour européenne, examiner de manière rigoureuse et exhaustive certaines dispositions de sa législation interne et rechercher si elles étaient compatibles avec la Convention, et cela parce que la Cour constitutionnelle a estimé que les dispositions de la Convention n'avaient pas d'effet immédiat et direct sur le droit autrichien interne.

## V

Quel enseignement pouvons-nous tirer de ce qui précède? Un Etat, pour intégrer les dispositions de la Convention européenne à son ordre juridique interne, a le choix entre plusieurs moyens; mais encore faut-il qu'il le fasse. Lorsqu'on envisage le problème de l'accueil de la Convention dans le droit interne, il ne faut pas se perdre dans des considérations théoriques ni oublier l'objectif pratique, qui est *d'instituer des normes communes à tous les pays occidentaux en matière de droits fondamentaux*. On se souviendra à ce propos de l'opinion du professeur Jeschek, pour qui il serait contraire à l'esprit de la Convention « de cesser d'appliquer certaines

dispositions de législation interne qui ont fait leurs preuves en interprétant d'une façon trop étroite le texte de la Convention »<sup>20</sup>. C'est dans cet esprit que la Cour constitutionnelle hésite à ouvrir l'ordre juridique interne à des prescriptions nouvelles édictées par une collectivité supranationale, et dont les effets ne peuvent pas tous être mesurés. Personne ne sait mieux que les autorités judiciaires autrichiennes que « par leur souplesse même, les dispositions du titre I de la Convention offrent une prise facile aux raisonnements tortueux de plaideurs et de délinquants avides d'exploiter toutes les ressources de la procédure »<sup>21</sup>.

Il est cependant permis de mentionner à ce propos que, dès le stade des travaux préparatoires à l'élaboration de la Convention européenne, deux conceptions s'étaient opposées<sup>22</sup>. Pour les uns, il convenait d'énumérer les droits de l'homme, c'est-à-dire d'établir une liste de principes généraux que chacune des parties contractantes devrait appliquer *en conformité avec sa législation nationale et sa jurisprudence*. Il appartiendrait alors à chaque Etat de déterminer les conditions d'exercice et la protection des divers droits et libertés sur son territoire. Pour les autres, le préalable le plus important de la conclusion d'une Convention consistait à *définir exactement* les droits qui devaient être protégés, ainsi que les limitations qui seraient éventuellement admises. Ces définitions devraient être rédigées sous forme de textes législatifs, dont le libellé parfaitement clair ne laisserait place à aucun doute sur la nature et l'étendue des obligations des parties contractantes. La Convention devrait de ce fait préciser dans le détail l'objet et la portée des droits et libertés de l'individu. Les membres de la commission de rédaction avaient des opinions très diverses. Certains reprochaient à la deuxième conception de poursuivre un objectif pratiquement irréalisable, car des conflits avec le droit interne ne pourraient être évités. Ils rappelaient que, si le nombre des Etats membres du Conseil de l'Europe est peu élevé par rapport à celui des Etats membres de l'Organisation des Nations Unies, ils se partagent cependant entre trois systèmes juridiques bien distincts dont les principes fondamentaux sont souvent différents: les systèmes anglo-saxon, scandinave et continental, ce dernier étant influencé avant tout par le code Napoléon. Le mieux serait donc de se borner à formuler en termes très généraux les droits fondamentaux, chacune des parties contractantes appréciant en toute liberté la mesure dans laquelle sa propre législation devrait être modifiée. En 1950 le Comité politique, qui venait

<sup>20</sup> Jescheck, *Die europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten*, dans *Neue juristische Wochenschrift*, 1954, p. 784.

<sup>21</sup> Comte, *loc. cit.*, p. 137.

<sup>22</sup> Voir *La Convention européenne des droits de l'homme*, brochure éditée par le Conseil de l'Europe (Edition française: Strasbourg, 1958), pp. 24 ss.

d'entrer en fonctions, pencha pour l'essentiel en faveur de la seconde conception, qui impose aux États des prescriptions rigoureuses sans égard aux dispositions de leur législation interne.

Les difficultés que l'on redoutait au moment où s'est ouvert ce nouveau chapitre de l'histoire du droit européen ne sont pas encore surmontées. Il dépendra de la compréhension, du dévouement et de la collaboration des juristes de bonne volonté de tous les pays européens que le noble idéal d'une intégration juridique de l'Europe ne soit pas vidé de toute efficacité.

VIKTOR LIEBSCHER

*Docteur en droit, procureur général auprès  
de la Cour suprême d'Autriche.*

# LA DÉFENSE DE LA LIBERTÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE D'ITALIE

*La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens.*

(Montesquieu)

## SOMMAIRE

I.	Le principe de la liberté, et la protection de l'intérêt général compte tenu du droit à la liberté. La « proportionnalité » de l'intervention de l'Etat dans la protection de l'intérêt public. Fondement du droit à la liberté et limites assignées à son exercice . . . . .	305
II.	L'équilibre nouveau des termes du rapport citoyen-autorité établi par la Constitution . . . . .	307
III.	Les tendances de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant la protection des libertés fondamentales :	
	a. liberté d'expression de la pensée . . . . .	308
	b. liberté de la personne . . . . .	312
	c. liberté de circulation et de séjour . . . . .	315
	d. liberté de réunion . . . . .	316
	e. égalité . . . . .	319
IV.	Conclusion . . . . .	323

I. Tous les régimes juridiques modernes garantissent et protègent certains droits fondamentaux de l'homme. Ces droits constituent un patrimoine, qui ne peut faire l'objet ni d'un retrait ni d'une renonciation. Le premier d'entre eux est la liberté.

Il convient cependant d'observer que, dans la société, le droit de l'individu à la liberté trouve sa contrepartie dans l'intérêt général, qui doit également être protégé; cela revient à dire que l'individu ne peut pas déployer son action dans une absolue liberté et que ses actes doivent se tenir dans des limites imposées par la vie en collectivité; l'activité de l'individu doit donc être réglementée en tenant compte de l'intérêt de tous. L'individu fait partie d'une communauté organisée, et cette organisation impose nécessairement à sa liberté certaines limitations, qui se manifestent dans un en-

cadrement rigoureux des droits et dans une réglementation des actes que l'individu peut accomplir <sup>1</sup>.

En d'autres termes, l'individu, parce qu'il vit au sein d'un Etat et qu'il entend déployer son activité et faire valoir ses droits dans ce cadre, doit renoncer à une partie de cette liberté naturelle qui, même si elle apparaît absolue dans l'abstrait, risquerait dans la réalité de devenir de l'arbitraire et de susciter l'anarchie <sup>2</sup>.

D'autre part, cette liberté totale à laquelle il renonce pour se conformer aux exigences de la co-existence pacifique dans une collectivité de droit, l'individu la recouvre en tant que citoyen, parce que ses droits se trouvent en quelque sorte « socialisés ». Ainsi, après avoir cessé de revendiquer une liberté strictement personnelle, le même individu acquiert une liberté objective et concrète, garantie par l'ordre juridique.

En dernière analyse, les limites assurées à la sphère de liberté de l'individu trouvent leur justification dans la volonté de l'Etat de veiller au respect de ses propres fins et d'assurer qu'elles soient atteintes. Les normes du droit public sont donc toujours dictées par le souci de l'intérêt collectif; il est de nécessité absolue qu'elles soient observées strictement, même lorsqu'elles ont pour conséquence de conférer des avantages et de concéder des droits subjectifs. Ces droits publics subjectifs eux-mêmes sont reconnus et concédés en considération de leur utilité pour la collectivité, et les libertés individuelles procèdent de la volonté de l'Etat de recourir à la libre initiative des individus dans tous les domaines qui ne relèvent pas de sa propre sphère d'action <sup>3</sup>.

La norme qui limite un droit du citoyen exprime dans chaque cas l'incidence de l'intérêt général sur telle ou telle liberté de l'individu. Cette coordination est toujours délicate, vu le risque que l'autorité l'emporte sur la liberté, et l'intérêt général sur les droits de l'individu.

Aussi le législateur doit-il toujours se souvenir que c'est pour lui une obligation impérieuse, lorsqu'il se propose de protéger l'intérêt de la collectivité, de ne sacrifier que dans la mesure strictement

<sup>1</sup> A ce propos, Bonaudi (*Dei limiti della libertà individuale*, pag. 17, Pérouse 1930) observe que ce n'est pas la tâche du juriste (mais bien celle de l'homme politique et du philosophe) d'examiner si et jusqu'à quel point l'organisation juridique doit reconnaître ou limiter la liberté individuelle; le juriste, pour sa part, doit appliquer un critère négatif à la détermination des libertés individuelles, ce qui revient à dire que sa tâche consiste à rechercher quelle est la sphère de liberté qui n'est pas limitée par l'autorité de l'Etat.

<sup>2</sup> Voir à ce propos, Franchini, *La autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, p. 16 ss., Milan 1957. On consultera également, quant aux limites imposées par la Constitution à l'individu, Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 76 ss., Padoue 1953.

<sup>3</sup> C'est ce que dit expressément Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, dans *Giurisprudenza italiana* 1900, IV, 1.



nécessaire les droits et les libertés des individus; il ne doit le faire qu'en fonction des nécessités. A l'inverse, on dira qu'en toute circonstance le législateur doit veiller à assurer aux citoyens l'usage de la liberté sans sacrifier l'intérêt général, en se bornant à des interventions d'une portée et d'une intensité proportionnées aux nécessités; l'objet de ces interventions sera d'assurer la collectivité contre les dangers auxquels pourrait l'exposer une activité incontrôlée de l'individu.

Il est à relever qu'une limitation judiciaire ne met pas en péril la liberté de celui qui souhaite déployer une activité; cette activité même trouvera son fondement dans un droit expressément reconnu par l'ordre juridique et qui, à son tour, sera protégé contre toute atteinte. A l'inverse, c'est l'éventualité où l'exercice de ce droit pourrait causer un dommage direct ou indirect qui conduit l'Etat à lui assigner des limites. En d'autres termes, placé devant le problème que pose l'exercice de certains droits individuels, l'Etat veut pouvoir s'assurer que certains intérêts de la collectivité ont été respectés ou que leur respect paraît garanti.

De cette manière, en subordonnant la validité de certains actes à une permission de l'Etat, on prévient le risque que la communauté subisse un dommage du fait que les personnes privées pourraient exercer tel ou tel droit qui ne serait assorti d'aucun contrôle<sup>4</sup>.

II. La Constitution de la République italienne, qui exprime certaines conceptions politiques et juridiques liées à un moment particulier de l'histoire, a établi un équilibre nouveau dans les termes du rapport entre le citoyen et l'autorité.

Désormais, l'Etat a pour règle fondamentale de reconnaître les droits de la personne humaine et, parmi eux le droit à la liberté dans ses diverses modalités<sup>5</sup>.

On pourrait dire à ce propos que la situation antérieure a été renversée, bien que soient restés inchangés les termes du rapport et en substance les conséquences qui en résultent. Autrement dit, ce sont maintenant les droits de l'individu solennellement affirmés, protégés et garantis qui jalonnent la voie que l'autorité doit suivre dans ses actes. La Constitution actuelle a résolu l'opposition qui se manifeste entre le droit de la personne privée et le pouvoir de l'autorité, en accordant à la personne privée de plus larges possibilités d'action et en limitant plus étroitement les possibilités d'intervention de l'Etat.

La Constitution, innovant sur le contenu des normes antérieures, a donc directement défini, pour des cas concrets, les seuls

<sup>4</sup> Franchini, *Le autorizzazioni*, op. cit., p. 21 ss.

<sup>5</sup> La Constitution utilise diverses formules (*La liberté est inviolable, tout citoyen peut circuler, les citoyens ont le droit de se réunir, etc.*) qui, dans la jurisprudence, sont toutes qualifiées, de façon large et quelquefois impropre, soit de *libertés*, soit de *droits*.

motifs exprès qui peuvent déterminer les limitations à apporter au droit des citoyens à la liberté. Sans nier le maintien de telles limitations, et au contraire en les confirmant expressément, on a modifié et élargé les motifs qui peuvent les justifier. La Constitution, en indiquant fréquemment les raisons capables de légitimer certaines mesures limitatives que prendra l'autorité publique, a éliminé directement et d'une façon précise l'éventualité d'une opposition entre les droits de l'individu et les compétences des pouvoirs publics qui, s'ils n'étaient pas limités dans leur action, pourraient tomber dans l'arbitraire.

Cette affirmation des libertés a suscité, comme il était inévitable, une incompatibilité entre les principes nouveaux inscrits dans la Constitution et certaines règles de droit positif fondées sur des conceptions anciennes qui désormais n'ont plus leur place dans l'ordre juridique italien.

III. La Cour constitutionnelle, appelée précisément à résoudre les contradictions qui peuvent subsister entre ces règles de droit positif et la Constitution, s'est attachée à réduire les contradictions nées de cette situation, et elle le fait à un rythme toujours plus rapide.

Selon la jurisprudence constante de la Cour en matière de liberté individuelle, la reconnaissance d'un droit par un principe général n'exclut pas une réglementation de l'exercice de ce droit. Ainsi, on ne saurait considérer comme la violation ou la négation d'un droit le fait que les modalités de son exercice aient été réglementées de façon que l'activité déployée par l'individu afin de réaliser ses propres fins se concilie avec la poursuite des fins d'autrui. Même si cette réglementation de l'exercice d'un droit apporte certaines limitations indirectes à ce droit lui-même, il convient de se souvenir qu'il n'est pas de droit non assorti d'une limitation et que dans l'ordre juridique les droits doivent se limiter réciproquement pour co-exister dans une vie collective ordonnée.

Voyons dans le concret quels sont les problèmes qui se sont posés au sujet des libertés fondamentales garanties aux citoyens par la Constitution, et comment ces problèmes ont été résolus par la Cour constitutionnelle.

a) L'article 21 de la Constitution consacre le droit pour chacun de manifester librement sa pensée soit verbalement, soit par écrit ou par tout autre moyen de diffusion<sup>6</sup>. On a fait valoir qu'il y a contradiction entre ce précepte constitutionnel et l'article 156 de la loi sur la sécurité publique qui, sauf autorisation du préfet de police, ne permet pas les collectes de fonds ou d'objets ou les quêtes, même si les appels sont faits par la voie de la presse et s'il est tenu une

<sup>6</sup> « Tous ont le droit de manifester librement leur pensée par la parole, l'écrit ou tout autre moyen de diffusion ».

liste des souscriptions. La Cour constitutionnelle a décidé que cette disposition législative fixait les limites à l'exercice d'une liberté individuelle en vue de le concilier avec l'exercice d'autres droits. Même si elle n'est pas en complète harmonie avec les principes démocratiques de la Constitution, cette disposition n'est en contradiction directe avec aucune norme constitutionnelle. La liberté individuelle, tout en étant protégée dans ses diverses manifestations, ne peut s'exercer que dans certaines limites et dans des conditions telles que le respect de la liberté de tous s'en trouve garanti<sup>7</sup>.

De même, la Cour estime que l'art. 654 du code pénal<sup>8</sup>, qui punit d'une peine d'emprisonnement les manifestations ou appels séditieux, n'est pas contraire au principe sanctionné par l'art. 21 de la Constitution. En effet, les faits visés par cet art. 654 – manifestations et appels séditieux – impliquent toujours une incitation au renversement des institutions et une menace à l'ordre public. La Constitution, en énonçant le droit à la libre manifestation de la pensée, n'a assurément pas autorisé des activités capables de troubler la tranquillité publique; de tels actes sont étrangers à la notion et à la manifestation concrète du droit reconnu par l'art. 21 de la Constitution<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Voir en ce sens l'arrêt n° 2 du 26 janvier 1957 de la Cour constitutionnelle dans *Giurisprudenza Costituzionale* 1957, 5. En ce qui concerne l'art. 21 de la Constitution, voir les arrêts n° 31 du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 420), au sujet de la légitimité constitutionnelle des art. 5 et 16 de la loi n° 47 du 8 février 1948 concernant l'enregistrement des journaux et périodiques auprès du greffe du tribunal; n° 33, du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 429) dans lequel la Cour a déclaré constitutionnelle la règle de l'art. 21 du texte codifié de la loi de sécurité publique imposant l'inscription au registre de la sécurité publique des personnes exerçant des métiers ambulants; enfin, l'arrêt n° 115 du 8 juillet 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 1053), relatif à la régularité constitutionnelle du par. 2 de l'art. 10 de la loi n° 47 du 8 février 1948 concernant la presse, qui impose un préavis à la publication des journaux muraux et la fourniture d'une copie en un exemplaire à l'autorité de sécurité publique.

Dans la doctrine, voir au sujet de la liberté de la manifestation de la pensée en général:

Battaglini, *Valore e portata dell'art. 21 della Costituzione*, dans *Foro padano* 1950, IV, 67; Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padoue 1953, p. 75 ss.; Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milan 1957; Carnelutti, *A proposito di libertà del pensiero*, dans *Foro italiano* 1957, IV, 143; Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milan 1958.

<sup>8</sup> « Quiconque, dans une réunion qui n'est pas à considérer comme privée ou dans un lieu public ou ouvert ou exposé au public, se livre à des manifestations ou émet des appels séditieux, est passible, si cet acte ne constitue pas un délit plus grave, d'emprisonnement à concurrence d'une année. »

<sup>9</sup> C'est ce qu'a dit expressément la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 120 du 8 juillet 1957, publié dans *Giur. cost.* 1957, 1086. Voir toutefois l'arrêt n° 121 également du 8 juillet 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 1092), selon lequel il n'y a pas contradiction entre l'art. 21 de la Constitution et l'art. 68 du texte codifié de la loi de sécurité publique, car il n'impose ni

Cette jurisprudence n'a pas manqué de susciter plusieurs questions<sup>10</sup>. Tout d'abord, de quelle « menace à l'ordre public » s'agit-il? Il peut s'agir d'une éventualité abstraite, ou au contraire d'une possibilité concrète. Quand on parle de manifestations séditieuses comportant un danger pour l'ordre public, il n'apparaît pas clairement si l'on se réfère à la première ou à la deuxième de ces interprétations. Si par « danger de troubles » on entend une simple éventualité, ce qui est la première interprétation possible, cette notion est nécessairement liée à celle de manifestation séditieuse; en cas de manifestation séditieuse, il y aura donc toujours risque de troubles. Si telle est l'interprétation donnée à l'art. 654 du code pénal, le délit prévu par cet article sera toujours un « délit d'opinion », et l'interdiction de la manifestation sera contraire au principe de la libre diffusion de la pensée. Dans la deuxième interprétation au contraire, on envisage une manifestation tendant au renversement des institutions de l'Etat et de laquelle risquent de découler des perturbations de l'ordre public; toute incertitude disparaît alors quant à la légitimité constitutionnelle de l'art. 654, car il vise un danger effectivement présent et susceptible d'être évalué en termes concrets. Mais même dans ce cas, l'Etat dispose pour assurer l'ordre et la sécurité d'autres moyens moins dangereux pour les libertés garanties par la Constitution: il peut par exemple requérir l'application des articles 650 et 660 du code pénal<sup>11</sup>.

Quant à la portée de la garantie que l'art. 21 de la Constitution donne à chacun de manifester librement sa pensée, la Cour a observé qu'aucune norme constitutionnelle n'autorise de distinction entre la manifestation de la pensée, qui devrait être libre, et la diffusion de la pensée déclarée. Toutefois, les lois selon lesquelles l'autorité administrative pourra déterminer dans chaque cas le contenu des manifestations de la pensée considérées séparément empiètent sur la sphère de la liberté sanctionnée par l'art. 21. Elles sont donc anticonstitutionnelles si elles accordent à l'autorité des pouvoirs discrétionnaires illimités. Entre dans cette catégorie l'art. 113 de la

---

n'autorise aucun jugement ou intervention quelconque en ce qui concerne la pensée qui peut être exprimée dans des représentations théâtrales ou cinématographiques, et concerne exclusivement la police du spectacle.

<sup>10</sup> A ce propos, Fois, *Manifestazioni sediziose e libertà costituzionale*, dans *Giur. cost.* 1957, 1086.

<sup>11</sup> Art. 650 du code pénal: « Quiconque n'observe pas une disposition prise légalement par l'autorité, pour des motifs de justice ou de sécurité publique, d'ordre public ou d'hygiène, est passible, si son acte ne constitue pas un délit plus grave, d'une peine d'emprisonnement de trois mois au plus ou d'une amende maximum de seize mille liras. »

Art. 660: « Quiconque, dans un lieu public ou ouvert au public, ou encore par le moyen de téléphone, inflige à quelqu'un une gêne ou un dérangement par insolence ou par quelque autre motif blâmable, est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois au plus ou d'une amende maximum de quarante mille liras. »

loi sur la sécurité publique, dont les alinéas 1, 2, 3, 4, 6 et 7 ont été déclarés contraires à la Constitution<sup>12</sup>. Cet article, en déclarant qu'une autorisation doit être demandée pour distribuer ou mettre en circulation des écrits ou des dessins, semble presque soumettre au bon vouloir de l'autorité chargée de la sécurité publique l'exercice du droit que l'art. 21 de la Constitution reconnaît à tous; il attribue à l'autorité des pouvoirs discrétionnaires illimités; il ne tend pas simplement à protéger l'ordre public et à prévenir des délits, mais sa conséquence est que l'octroi ou le refus de l'autorisation peut, dans la pratique, permettre ou empêcher dans des cas d'espèce la manifestation de la pensée<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> « Sous réserve de ce qui est prévu pour la presse périodique et pour les activités ecclésiastiques, il est interdit, sauf autorisation de l'autorité locale de sécurité publique, de distribuer ou de mettre en circulation des écrits ou des dessins dans un lieu public ou ouvert au public.

« Est également interdit, sous réserve de l'autorisation indiquée ci-dessus, l'affichage d'écrits ou de dessins, l'usage de moyens lumineux ou acoustiques pour communiquer avec le public, ou de quelque autre manière l'apposition d'inscriptions mêmes murales dans un lieu public ou ouvert au public.

« Les interdictions ci-dessus ne s'appliquent pas aux écrits et dessins des autorités et des administrations publiques, ni à ceux qui sont relatifs à des questions électorales en période électorale ou qui concernent des ventes ou locations de fonds ruraux ou urbains ou des ventes aux enchères. Une autorisation est nécessaire pour l'affichage de journaux ou d'extraits ou de sommaires de ceux-ci.

« L'octroi de l'autorisation prévue par le présent article n'est pas subordonné aux conditions indiquées à l'art. 11, l'autorité locale de sécurité publique gardant cependant en tout cas la liberté de la refuser aux personnes dont elle craint qu'elles puissent en abuser. L'autorisation ne peut pas être donnée aux personnes démunies de carte d'identité.

« Les avis, annonces, journaux et extraits ou sommaires de journaux affichés sans autorisation sont enlevés par les soins de l'autorité de sécurité publique. »

<sup>13</sup> Voir en ce sens l'arrêt n° 1 du 14 juin 1956 de la Cour constitutionnelle dans *Giur. cost.* 1956, 1. Dans la doctrine, voir Guarino, *L'art. 113 t.u. delle leggi di p.s. nel sistema delle vigenti disposizioni sulla stampa*, dans *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, II, 381; au sujet de la liberté de presse, également Zanobini, cours déjà cité, vol. V, p. 110 ss.

On pourra consulter également l'arrêt n° 59 du 13 juillet 1960 dans *Giur. cost.* 1960, 759, qui a déclaré constitutionnel le monopole de la télévision; la doctrine a traité du même sujet notamment chez: Treves, *Radiotelevisione a libera manifestazione del pensiero*, dans *Il Politico* 1958, p. 484 ss.; Sandulli, *Mancato permesso di trasmissione televisiva e competenza a giudicarne*, dans *Giust. civ.* 1958, I, 785 ss.; Fois, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, dans *Giur. cost.* 1960, 1127; Tesauro, *Note sulla disciplina costituzionale della televisione* dans *Rass. dir. Pubbl.* 1960, 307; Pierandrei, *Radio televisione e Costituzione*, dans *Studi in onore di A.C. Jemolo*, Milan 1961.

Citons encore l'arrêt n° 38 du 24 juin 1961 (dans *Giur. cost.* 1961, 682) selon lequel les dispositions des art. 111 du texte codifié de la loi de sécurité publique et 662 du code pénal, qui soumettent à autorisation l'exercice des arts typographiques et connexes, ne violent pas les paragraphes 1 et 2 de l'art. 21 de la Constitution.

b) Aux termes de l'article 13 de la Constitution: « La liberté de la personne est inviolable, et il n'est admis aucune forme de détention, contrôle ou perquisition affectant la personne, ni aucune restriction quelconque de la liberté de la personne, si ce n'est en vertu d'une décision motivée de l'autorité judiciaire ».

La liberté de la personne, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, n'a pas une portée illimitée; mais l'Etat ne peut faire usage de ses pouvoirs de coercition que dans certaines circonstances et à la condition de respecter certaines formes.

La conciliation de ces deux principes peut être délicate. Il importe de ne pas susciter d'obstacles à la prévention des délits, mais de garantir aussi le respect des droits inviolables de la personne humaine. Ce problème est résolu par la reconnaissance des droits traditionnels d'*habeas corpus* dans un régime de stricte légalité. La liberté de la personne prend aussi l'aspect d'un droit subjectif parfait, dans la mesure où la Constitution empêche les autorités publiques d'exercer leur pouvoir de coercition sur les personnes. L'être humain ne pourra donc jamais être privé de sa liberté ni limité dans la jouissance de celle-ci, sauf disposition expresse de la loi et en vertu d'une décision motivée de l'autorité judiciaire.

L'art. 13, en déclarant inviolable la liberté de la personne, prend ce concept dans son acception la plus stricte, ce qui est rendu bien apparent par les exemples cités dans la deuxième partie de la phrase: détention, contrôle, perquisition<sup>14</sup>.

Il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'article 157 (alinéas 1 à 3) de la loi sur la sécurité publique, qui prévoient qu'un individu peut être renvoyé dans sa commune d'origine suivant un itinéraire obligatoire, ne portent pas atteinte en elles-mêmes à la liberté de la personne, car ce droit fondamental n'assure pas aux citoyens une liberté de conduite sans discrimination ni sans limite<sup>15</sup>. En revanche, il y a opposition entre l'art 13 de la Constitution et le pouvoir accordé à l'autorité d'ordonner le transfert sous escorte de police de la personne assignée à résidence, car ce pouvoir viole la liberté de la personne dans l'aspect de cette liberté qui est garantie par la norme constitutionnelle; le transfert sans escorte reste toute-

<sup>14</sup> Voir dans la doctrine, au sujet du concept et des limites de la liberté personnelle: Galeotti, *La libertà personale*, Milan 1953; Vassalli G., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, dans *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Vol. V, Padoue 1958.

<sup>15</sup> « Celui qui, se trouvant hors de sa propre commune, suscite des soupçons en raison de sa conduite et, sur la demande qui lui en est adressée par les fonctionnaires ou agents de la sécurité publique, ne peut ou ne veut s'identifier en présentant sa carte d'identité ou d'une autre manière digne de foi, est traduit devant l'autorité locale de sécurité publique. Celle-ci, si elle considère les soupçons fondés, peut le faire renvoyer dans sa propre commune en lui imposant un itinéraire obligatoire ou même, selon les circonstances, en faisant procéder à son transfert.

fois légitime s'il résulte d'une décision judiciaire (art. 157, dernier alinéa, et art. 163, alinéa 3, de la loi sur la sécurité publique)<sup>16</sup>.

En revanche, on ne peut que constater l'existence d'une limitation très sensible apportée à la liberté de la personne dans les dispositions prévoyant des mesures d'admonestation (art. 164-176 de la loi sur la sécurité publique)<sup>17</sup>, d'autant que c'est un organe administratif (une commission présidée par le préfet) qui a compétence pour ordonner ces mesures. L'admonestation frappe d'une espèce de dégradation juridique des individus appartenant à certaines catégories que la loi présume dangereuses pour la société. Elle a pour effet de les soumettre à une surveillance spéciale de la police et à toute une série d'obligations et d'interdictions. C'est un organe admi-

« Cette disposition s'applique également aux personnes dangereuses pour l'ordre et la sécurité publics ou pour la moralité publique.

« L'autorité de sécurité publique peut interdire à celui qui est renvoyé dans sa commune avec itinéraire obligatoire ou par transfert de retourner dans la commune d'où il est éloigné, sauf autorisation préalable de l'autorité elle-même.

« Les contrevenants sont punis d'une peine d'emprisonnement de un à six mois au plus. Lorsqu'ils ont purgé leur peine, ils sont transférés au lieu où ils ont été renvoyés (*luogo di rimpatrio*). »

<sup>16</sup> A ce propos, on consultera les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 2 du 23 juin 1956 (dans *Giur. cost.* 1956, 561) et n° 10 du 3 juillet 1956 (dans *Giur. cost.* 1956, 610) qui traitent de la validité constitutionnelle du transfert prévu au troisième paragraphe de l'art. 163 du texte codifié de la loi de sécurité publique, à la suite d'une sentence de l'autorité judiciaire et même lorsqu'une peine a été purgée. Quant à la doctrine, voir Barile, *Costituzione e misura di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, dans *Foro Padano* 1951, IV, 175 et Geraci, *Limite della sopravvivenza del foglio di via obbligatorio* dans *Archivio penale* 1955, II, 648. Voir encore les arrêts n° 27 du 5 mai 1959 (dans *Giur. cost.* 1959, 355) et n° 12 du 23 mars 1960 (dans *Giur. cost.* 1960, 113) sur le concept de la liberté personnelle; n° 2 du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 5) quant à la légitimité, au regard des art. 17, 19 et 21 de la Constitution, de l'art. 156 du texte unique de la loi de sécurité publique et des art. 285 et 286 du règlement y relatif (autorisation de recueillir des fonds et de quêter); n° 49 du 15 juillet 1959 (dans *Giur. cost.* 1959, 778) selon lequel il n'y a pas contradiction entre la première partie de l'art. 13 de la Constitution et la première partie de l'art. 652 du code pénal (infraction à l'obligation de solidarité sociale de fournir une aide personnelle dans certaines situations présentant un danger).

<sup>17</sup> Font l'objet d'une admonestation, sur avis du préfet de police au préfet, les personnes qui se livrent au vagabondage, les personnes oisives, les personnes que l'opinion publique dénonce comme socialement dangereuses et les personnes de mauvaise réputation.

L'admonestation a une validité de deux années et elle est prononcée par une commission composée du préfet, du procureur de la République, d'un juge, du préfet de police etc.

Les personnes ayant fait l'objet d'une admonestation doivent, dans un délai convenable, se mettre au travail et choisir une résidence fixe; en outre, elles doivent observer toutes les prescriptions que la commission estime nécessaires, compte tenu de leur situation sociale et familiale particulière et des exigences spéciales de la défense sociale ou politique.

nistratif qui prend la mesure, ce qui est manifestement contraire à l'article 13 de la Constitution; en effet, c'est la garantie judiciaire prévue par la Constitution qui donne précisément sa consistance juridique au droit à la liberté de la personne, déclaré inviolable<sup>18</sup>.

Par ailleurs, la Cour n'a relevé aucun conflit entre les critères qui viennent d'être énoncés et l'art. 2 de la loi n° 1423 du 27 décembre 1956, qui a supprimé le transfert sous escorte de police tout en laissant subsister le renvoi selon un itinéraire imposé<sup>19</sup>. L'individu à qui une telle mesure est imposée ne peut être conduit au lieu de résidence qui lui est assigné qu'en exécution d'une décision judiciaire; il subsiste donc une limitation à la liberté de circulation et de séjour consacrée par l'art. 16 de la Constitution, mais il n'est pas porté atteinte à la liberté de la personne qui fait l'objet de la mesure indiquée. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle, l'art. 13 de la Constitution interdit seulement l'application d'une coercition physique telle que celle qui résulterait d'un transfert autoritaire, mais non de la simple assignation d'un itinéraire. Cette distinction peut d'ailleurs susciter quelques doutes, surtout si l'on attribue à la « liberté de la personne » une signification plus large que celle de la simple intégrité physique et si l'on considère que cette liberté assure à l'individu le droit de disposer de sa propre personne en tout temps et à tous égards<sup>20</sup>. On voit mal ce qui distingue le transfert sous escorte de l'assignation d'un itinéraire obligatoire. Il semble bien que l'art. 13 de la Constitution soit mis en jeu dans l'un et l'autre cas. En revanche, si l'on veut vraiment attribuer un sens restrictif à la notion de liberté de la personne (comme la Cour l'a fait), on ne peut faire entrer aucune de ces deux mesures dans le cadre des mesures contraires à la disposition constitutionnelle<sup>21</sup>.

Si l'on poussait ce raisonnement à l'extrême, on en arriverait à considérer que les articles de la Constitution qui suivent l'art. 13 traitent seulement des diverses modalités de la liberté individuelle. Cette interprétation semble tout à fait contraire aux intentions du législateur constituant. La Cour a elle-même précisé que la Constitution a entendu protéger la liberté dans toutes ses manifestations, et qu'il ne serait donc pas exact de vouloir déduire de l'art. 13 une limitation quelconque de la liberté<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> A ce propos, arrêt n° 11 de la Cour constitutionnelle du 3 juillet 1956 dans *Giur. cost.* 1956, 612.

<sup>19</sup> La Cour constitutionnelle l'a dit expressément dans son arrêt n° 45 du 30 juin 1960 (dans *Giur. cost.* 1960, 683).

<sup>20</sup> Voir: Marmo, *Due aspetti di contrasto fra Costituzione e legge di P.S.*, dans *Foro Italiano* 1950, IV, 97; Barile, *Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, dans *Foro padano* 1951, IV, 175.

<sup>21</sup> C'est ce que déclare Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, dans *Giur. cost.* 1960, 683.

<sup>22</sup> Voir l'arrêt n° 45 cité plus haut.



c) En proclamant la liberté de circulation et de séjour, l'art. 16 de la Constitution réserve les restrictions d'ordre général prévues par la législation sur la sécurité et la salubrité publiques; il interdit ainsi toute restriction fondée sur des raisons politiques. Chaque citoyen est libre de sortir du territoire de l'Etat et d'y retourner, sous réserve des obligations imposées par la loi. Or l'article 158 (alinéa 2) de la loi sur la sécurité publique punit d'emprisonnement quiconque quitte le pays ou tente de le faire sans être muni d'un passeport<sup>23</sup>. Il est évident que l'Etat a voulu discipliner l'exercice d'une liberté reconnue aux citoyens; parmi les « obligations imposées par la loi » dont parle l'art. 16 de la Constitution, on peut bien inclure le devoir de se munir d'un passeport pour pouvoir sortir du territoire national. Il n'y a donc là aucune contradiction avec la disposition constitutionnelle; le législateur a voulu réglementer les modalités d'exercice d'un des droits du citoyen, celui de sortir de son propre pays<sup>24</sup>.

Il en va tout autrement de la disposition de l'article 158 (1er alinéa) de la loi sur la sécurité publique, qui punit d'une peine de deux à quatre ans de réclusion les personnes qui s'expatrient pour des motifs en tout ou en partie politiques. La disposition a été introduite dans le texte codifié de la loi de sécurité publique de 1926, puis reprise dans celui de 1931, son objet précis étant de frapper les émigrés politiques. Le système constitutionnel ayant été modifié, et les libertés individuelles étant désormais protégées, cette disposition est devenue incompatible, avec le nouveau contexte législatif, et notamment avec le principe de l'égalité des citoyens sanctionné par l'art. 3 de la Constitution. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs relevé qu'elle était également contraire à l'art. 16 de la Constitution, qui interdit toute restriction à la liberté de circulation fondée sur des motifs politiques, et à la notion fondamentale de liberté politique qui inspire toute la Charte constitutionnelle. Etablir une

<sup>23</sup> Art. 158: « Quiconque, sans être muni d'un passeport ou d'un autre document équivalent aux termes des accords internationaux, quitte le pays ou tente de le faire lorsque son acte est déterminé en tout ou partie par des motifs politiques, est puni de la réclusion pour une durée de deux à quatre ans et d'une amende qui ne sera pas inférieure à vingt mille liras. Dans tous les autres cas, quiconque quitte le pays ou tente de le faire sans s'être muni d'un passeport est passible d'emprisonnement pour une durée de trois mois à un an et d'une amende de deux mille à six mille liras. »

<sup>24</sup> On consultera à ce propos les arrêts n° 34 du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 433) et n° 26 du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 393), dans lesquels la Cour a déclaré qu'il n'y a pas conflit entre l'art. 16 de la Constitution et l'art 4 de la loi n° 1278 du 24 juillet 1930, lequel punit de sanctions pénales le placement contre rémunération de travailleurs à l'étranger, car la Cour a estimé que cette disposition n'impose pas de limites au droit du citoyen d'émigrer, mais a pour objet d'empêcher l'activité spéculative de ceux qui profitent de l'état de besoin et de la condition psychologique spéciale des personnes qui aspirent à émigrer.

différenciation dans la sanction pénale qui frappe l'auteur d'un délit en raison de la nature politique des motifs équivaldrait à établir, quant au régime accordé aux citoyens, une discrimination inadmissible fondée sur leurs opinions politiques<sup>25</sup>.

D'autres aspects du problème restent encore sans solution. Si la disposition qui punissait les émigrés politiques est aujourd'hui caduque, l'émigration politique peut encore tomber sous le coup de l'alinéa 2 du même article 158<sup>26</sup>, et les circonstances aggravantes prévues par l'art. 61 du code pénal restent encore applicables<sup>27</sup>.

d) L'art. 17 de la Constitution reconnaît aux citoyens le droit de réunion, l'obligation leur étant faite toutefois d'aviser par avance l'autorité lorsqu'il s'agit d'assemblées dans des lieux publics. De telles réunions ne peuvent être interdites par l'autorité « que pour des motifs dûment établis tenant à la sécurité et à la tranquillité publiques ».

Certains ont cru voir une contradiction entre cette norme constitutionnelle et l'art. 18 de la loi sur la sécurité publique<sup>28</sup>; ils ont fait valoir que la disposition constitutionnelle ne mentionne aucune peine applicable aux promoteurs d'une réunion qui n'en auraient pas donné avis préalable à l'autorité, alors que l'article 18 de la loi prévoit des sanctions pour les réunions tenues tant dans un lieu public que dans un lieu ouvert au public.

<sup>25</sup> Voir l'arrêt n° 19 de la Cour constitutionnelle du 18 mars 1959 dans *Giur. cost.* 1959, 307; quant à la doctrine, on pourra consulter Battaglini, *Espatrio abusivo e costituzione*, dans *Foro padano* 1949, IV, 209; Battaglini, *Costituzione e legge di P.S. in relazione all'espatrio*, dans *Giustizia penale* 1950, II, 1070; Battaglini, *La Costituzione e l'espatrio senza passaporto*, dans *Foro padano* 1951, IV, 69; Nuvolone, *Le leggi penale e la Costituzione*, p. 133, Milan 1953; Cossiga, *Note sulla libertà di espatrio*, dans *Rassegna di Diritto Pubblico* 1953, I, 43; Crisafulli, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, dans *Archivio penale* 1955, 3-4; Mazzotti, *Il diritto al lavoro*, p. 136 ss., Milan 1956.

<sup>26</sup> Les divers projets de loi d'origine soit gouvernementale soit parlementaire ayant pour objet la réforme du texte codifié de la loi de sécurité publique considèrent tous comme une contravention la sortie du pays sans passeport, sans apporter de qualification à cet acte.

<sup>27</sup> En doctrine, on discute de la validité constitutionnelle de l'art. 9 du décret royal n° 36 du 31 janvier 1901, qui accorde au ministère des Affaires étrangères, en accord avec le ministère de l'Intérieur, le pouvoir de suspendre provisoirement la délivrance de passeports « pour une destination déterminée, en raison de motifs d'ordre public ou lorsqu'un grave danger menace la vie, la liberté ou les avoirs des personnes qui s'expatrient ».

<sup>28</sup> « Les promoteurs d'une réunion tenue dans un lieu public ou ouvert au public doivent en donner avis, au moins trois jours d'avance, à la préfecture de police. Les contrevenants sont passibles d'une peine emprisonnement d'une durée de six mois au plus et d'une amende de mille à quatre mille lires. Les mêmes sanctions frappent ceux qui prennent la parole dans les réunions susindiquées. »

La Cour constitutionnelle a rejeté cette argumentation<sup>29</sup>. Il est normal en effet que la Constitution ne traite pas dans tous leurs détails des matières qui font l'objet par ailleurs de normes hiérarchiquement subordonnées à la Constitution. On ne saurait arguer du fait qu'il n'est pas dit expressément qu'une réunion organisée sans préavis sera interdite, car cette sanction est indispensable si l'on veut que l'administration puisse prendre les mesures préventives nécessaires au maintien de l'ordre public. L'art. 17 de la Constitution n'a donc fait que confirmer la réglementation existante sur les réunions publiques, ainsi qu'il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires. La sanction pénale prévue par l'art. 18 de la loi sur la sécurité publique complète la disposition constitutionnelle, car il ne serait pas concevable que celle-ci fût dépourvue de sanction<sup>30</sup>.

Il y a donc un lien nécessaire entre l'obligation du préavis et le droit de réunion. Le préavis permet à l'autorité administrative d'apprécier les motifs de sécurité qui peuvent justifier une interdiction éventuelle, et de prendre éventuellement les mesures propres à assurer le déroulement pacifique de la réunion. Par ailleurs il garantit l'exercice même du droit de réunion, en limitant la possibilité d'une interdiction aux seuls cas dans lesquels les organisateurs ne se sont pas conformés à la règle de l'avis préalable. En d'autres termes, la Constitution ne garantit que la liberté des réunions dont la tenue a été dûment notifiée aux autorités. S'il n'y a pas eu notification préalable, le législateur peut, à sa discrétion, prévoir des sanctions et toutes autres mesures propres à faire respecter cette obligation. Le législateur permet à l'autorité responsable de la sécurité d'interdire les réunions, même celles dont la tenue lui a été notifiée, qui seraient dangereuses pour la sécurité et la tranquillité publiques. D'autre part, la loi présume qu'une réunion qui n'a pas fait l'objet d'un préavis peut être considérée en elle-même comme dangereuse, sauf que l'autorité peut en évaluer le caractère en se fondant sur d'autres éléments<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Voir les arrêts n° 9 du 3 juillet 1956 (dans *Giur. cost.* 1956, 607) et n° 54 du 11 juillet 1961 dans *Giur. cost.* 1961, 1057.

<sup>30</sup> En revanche, comme il résulte clairement de la lettre même du deuxième paragraphe de l'art. 17 de la Constitution, une sanction pénale est inapplicable aux réunions tenues dans un lieu ouvert au public. L'obligation du préavis est donc limitée aux réunions dans un lieu public, d'où il résulte que l'art. 18 du texte codifié de la loi de sécurité publique, dans la mesure où il se rapporte aux réunions dans un lieu ouvert au public, est incompatible avec l'art. 17 de la Constitution. Voir à ce propos les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 27 du 8 avril 1957 (dans *Giur. cost.* 1958, 115), nos 85, 87, 88, 90 et 91 du 22 juillet 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 947, 949, 950, 952 et 953).

<sup>31</sup> C'est ce que dit Chieppa, *Sulla omissione del preavviso di riunione in luogo pubblico*, dans *Giur. cost.* 1961, 1059. Sandulli (*in tema di responsabilità dei pubblici funzionari e di divieto dell'esercizio del diritto di riunione*, dans *Foro padano* 1953, 94) estime que la règle du préavis ne spécifie pas le genre des

Toujours à propos de l'art. 17 de la Constitution, la Cour a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 25 de la loi sur la sécurité publique<sup>32</sup> qui impose un préavis pour les cérémonies religieuses tenues dans des lieux ouverts au public. La première question était de savoir si l'article 25 de la loi subsistait encore après l'adoption de l'article 17 de la Constitution, par application du principe *generalia specialibus non derogant*. D'autre part, aux termes de l'article 19 de la Constitution « tous ont le droit de professer leur foi religieuse, quelle qu'en soit la forme... à condition qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes moeurs ». Le préavis obligatoire prévu par l'art. 25 de la loi a-t-il pour objet de permettre aux autorités responsables de la sécurité d'interdire les pratiques du culte qui seraient contraires aux bonnes moeurs ?

Sur la première question, la Cour constitutionnelle a déclaré que l'art. 17 de la Constitution avait, en réaffirmant la liberté de réunion, consacré un principe tellement fondamental qu'aucun régime particulier ne peut être admis, d'autant plus que les art. 8 et 19 de la Constitution assurent une pleine liberté à l'exercice du culte de toutes les confessions religieuses. Toutefois, lorsque cet exercice revêt une forme collective, on doit admettre que les réunions de caractère religieux doivent se soumettre à la discipline commune à toutes les réunions quant au principe même de la liberté de réunion et quant aux limites dont elle est assortie dans l'intérêt de l'ordre public.

Quant à la deuxième question, nous y avons répondu en relevant que, dans notre système juridique actuel, il n'est plus vrai qu'à chaque limite fixée à une liberté constitutionnelle doive correspondre le pouvoir pour l'autorité responsable de la sécurité d'exercer un contrôle préventif. Si les limites fixées par l'article 19 de la Constitution au libre exercice des cultes sont transgressées, il peut y avoir infraction passible de sanctions pénales. Mais en dehors de ce cas, la

---

réunions à propos desquelles l'autorité de sécurité publique a le pouvoir d'intervenir à titre préventif, mais qu'elle limite le champ dans lequel ce pouvoir peut être exercé. Battaglini, *Ancora sui rapporti tra Costituzione e legge di pubblica sicurezza* dans *Foro padano* 1950, IV, 10, nie que l'autorité de sécurité publique puisse légitimement interdire une réunion dans un lieu public pour la seule raison que le préavis n'a pas été donné.

Voir en outre Stendardi, *Libertà di riunione: diritto soggettivo od interesse legittimo*, dans *Foro padano* 1953, IV, 95, et Fois, *Disciplina delle riunioni in luogo aperto al pubblico*, dans *Foro italiano* 1953, I, 1351 ss.

<sup>32</sup> « Celui qui suscite ou dirige des cérémonies ou pratiques religieuses en dehors des lieux destinés au culte ou des processions d'ecclésiastiques ou cortèges civils sur la voie publique doit en donner avis, au moins trois jours d'avance, à la préfecture de police.

Le contrevenant est passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois au plus ou d'une amende maximum cinq cent liras. »

police ne peut exercer d'action préventive que dans les cas et selon les modalités expressément prévus par la loi.

La Cour a donc estimé que l'art. 25 de la loi de sécurité publique était contraire à l'art. 17 de la Constitution dans la mesure où il exigeait une notification préalable même pour des réunions non publiques<sup>33</sup>.

e) L'art. 3 de la Constitution<sup>34</sup> ne consacre pas seulement le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Il fixe comme objectif au législateur la réalisation de conditions sociales égalitaires, en lui faisant obligation d'aplanir les obstacles d'ordre économique qui limitent en fait l'égalité et la liberté des individus<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> C'est ce qu'a dit la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 45 du 18 mars 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 579). Dans une observation, le juge Gismondi observe que la thèse exprimée par la Cour ne lui paraît soutenable que si l'on estime que la Constitution régleme les cultes de façon spéciale et plus favorable, en vue aussi de les préserver des ingérences préventives du pouvoir exécutif, d'où il résulterait que cette disposition constitutionnelle déroge aux principes constitutionnels généraux, notamment à celui qui est énoncé au dernier paragraphe de l'art. 21. Si, à l'inverse, on accepte l'opinion de la Cour, il est nécessaire de considérer que, pour des motifs presque identiques, les réunions et cérémonies religieuses ne peuvent même pas être soustraites à la réglementation générale prévue au dernier paragraphe de l'art. 21, en vertu de laquelle la loi ordinaire peut légitimement prévoir des dispositions permettant de prévenir et de réprimer toutes les manifestations qui peuvent, par hypothèse, être contraires aux bonnes moeurs. Voir également l'arrêt n° 59 du 21 novembre 1958 (dans *Giur. cost.* 1958, 885) relatif à l'inconstitutionnalité, au regard des art. 8 et 19 de la Constitution, des art. 1 et 2 du décret royal n° 889 du 28 février 1930, avec une observation du juge Esposito.

<sup>34</sup> « Tous les citoyens ont une dignité sociale égale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinion politique, de situation personnelle et de condition sociale. La République a pour tâche d'écarter les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant en fait la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le plein développement de la personnalité humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. »

<sup>35</sup> Lavagna (dans *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, p. 17 ss., Padoue 1953) estime que cette norme institue pour les individus une simple situation dans laquelle il est recommandé d'établir les normes tendant aux fins indiquées mais que, dès que ces normes auront été émises, les situations se trouveront garanties.

L'intégration du concept d'égalité dans l'ordre juridique suscite des difficultés notables à la doctrine; voir à ce propos Orlando, *Principi di diritto costituzionale generale*, p. 271, Florence 1909; Groppali, *Teoria generale dello Stato*, p. 188 ss. Milan 1945; Virga, *Libertà*, op. cit., p. 203 ss.; Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, p. 104, Milan 1946; Crosa, *Lo Stato democratico*, p. 31, Turin 1946; Biscaretti, *Stato democratico*, p. 674, Milan 1946, qui met en corrélation l'égalité et la liberté; Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 145 ss., Milan 1955. Selon Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, p. 781 ss., Padoue 1960), le principe d'égalité devrait être considéré comme un aspect de la situation juridique fondamentale du citoyen, qui fournit une directive et un étalon pour l'interprétation des normes réglementant l'exercice des divers droits.

De nombreuses dispositions législatives ont paru être en contradiction avec l'art. 3 de la Constitution, et la Cour a eu fréquemment l'occasion de se prononcer. Toutefois, ses réponses n'ont pas toujours paru satisfaisantes ou du moins exhaustives car, après avoir posé en principe que le législateur peut prendre des dispositions différentes pour réglementer des situations qu'il considère comme distinctes, la Cour a réitéré l'opinion<sup>36</sup> qu'il n'entraîne pas dans ses fonctions d'examiner si la différence des dispositions législatives correspondait vraiment à la diversité des situations, car il s'agirait là d'une appréciation de nature politique<sup>37</sup>. Posant ainsi le problème, la Cour n'a eu que rarement l'occasion de déclarer des dispositions législatives contraires à l'art. 3 de la Constitution.

En ce qui concerne l'égalité des citoyens devant la loi, la Cour a été appelée à se prononcer au sujet d'une loi n° 1422 du 20 décembre 1956, qui réduisait de trente pour cent, dans les provinces de la Campanie, le montant des fermages dûs pour la location de fonds ruraux, quand ces fermages étaient payables en chanvre ou indexés sur le prix du chanvre<sup>38</sup>. La Cour relève que cette loi, en visant les redevances « de quelque façon qu'elles aient été détermi-

<sup>36</sup> Voir les arrêts signalés ci-dessus.

<sup>37</sup> A ce propos se pose un problème de très large portée dont les auteurs discutent encore: l'activité discrétionnaire du Parlement peut-elle ou non faire l'objet d'un contrôle judiciaire? Voir à ce propos Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, dans *Giur. it.* 1955, I, I, 417; Olivieri, *L'esame del merito nel controllo di costituzionalità delle leggi*, dans *Rivista amministrativa* 1952, 290; Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi* dans *Revista di diritto pubblico* 1937, 415; Esposito, *La Costituzione italiana - Saggi*, p. 31 ss., Padoue 1954; Mortati, *Istituzioni*, op. cit., p. 782 ss.; Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1956, p. 1025 ss.. Crisafulli (dans *Giur. cost.* 1958, 868) exprime dans les termes suivants le choix qui s'offre entre deux solutions: ou l'on exclut dans tous les cas un contrôle par la Cour constitutionnelle de l'appréciation du législateur quant aux objectifs, aux hypothèses de base, aux éléments autres que juridiques auxquels font allusion les dispositions de la Constitution et, dans ce cas, beaucoup de limites constitutionnelles, positives ou négatives, se résolvent en fumée, le respect en étant abandonné à la libre appréciation des organes politiques; ou l'on considère qu'il est indispensable de faire respecter effectivement de telles limites, auquel cas on devra admettre le contrôle de la Cour, ne serait-ce que pour déterminer la portée de ces limites.

<sup>38</sup> Art. 1 de la loi n° 1422: « A compter de la campagne 1955-1956 et jusqu'au terme de la campagne qui sera en cours au moment de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle contenant des dispositions tendant à réformer les contrats agraires, les redevances de location de fonds ruraux payables en chanvre, ou en argent compte tenu du prix du chanvre, seront réduites de 30 pour cent dans les provinces de la Campanie de quelque façon qu'elles aient été déterminées. »

L'inégalité dénoncée se manifeste du fait que le législateur avait procédé à une réduction portant uniquement sur les redevances de location des fonds ruraux de la Campanie.

nées », laissait présumer que ces redevances avaient été fixées selon des étalons variables et de manières diverses; elle estime que le législateur, en appliquant un traitement égal à des situations que lui-même présumait différentes, a méconnu le principe de l'égalité des citoyens devant la loi; elle a donc déclaré ces dispositions inconstitutionnelles<sup>39</sup>.

Un juriste autorisé<sup>40</sup> relève à ce propos que la loi de 1956, en réduisant d'une façon uniforme tous les fermages, n'avait pas appliqué une mesure égalitaire à des situations en réalité différentes, mais appliqué cette réduction à des bailleurs et fermiers dont les situations juridiques étaient identiques. En effet, avant la mise en vigueur de la loi ils avaient respectivement à percevoir et à payer des fermages d'un montant déterminé; ces redevances, de quelque façon qu'elles aient été déterminées, se sont trouvées uniformément réduites de 30 pour cent. Dans la conception adoptée par la Cour, ce n'est pas la loi n° 1422 qui aurait dû être incriminée d'atteinte au principe de l'égalité, mais la législation antérieure qui avait permis que des redevances ayant ou non fait l'objet d'une péréquation soient respectivement versées et encaissées. Pour appuyer la thèse selon laquelle la loi en question était contraire au principe constitutionnel de l'égalité, il eût été préférable d'affirmer que le législateur était tenu d'éliminer les cas existants d'injustice. La loi devait donc être censurée, non pour avoir institué une situation nouvelle, mais pour avoir maintenu une situation injuste.

Nous ne méconnaissons pas l'intérêt de ces considérations, mais elles conduiraient à faire au législateur une obligation, éventuellement sanctionnée par la nullité de certaines lois, d'éliminer toutes les injustices, et pas seulement celles dont fait mention l'article 3 de la Constitution. Or, la Cour n'a jamais songé à s'attribuer un pouvoir de contrôle si large et si précis sur l'activité du législateur.

A été déclarée également contraire à l'article 3 de la Constitution la disposition de l'art. 7 de la loi n° 1176 du 17 juillet 1919, qui exclut les femmes de toutes les charges publiques comportant

<sup>39</sup> Voir l'arrêt n° 53, du 14 juillet 1958, de la Cour constitutionnelle (dans *Giur. cost.* 1958, 603) ainsi que l'arrêt n° 16 du 29 mars 1960 (dans *Giur. cost.* 1960, 164); la Cour a estimé que l'art. 3 de la Constitution n'était pas violé par les dispositions de la loi n° 790 du 6 août 1958, qui a modifié la loi antérieure n° 1422 en abaissant le taux de réduction de toutes les redevances de 30 à 25 pour cent et en supprimant l'expression «de quelque façon qu'elles aient été déterminées»; dans ces deux arrêts, la Cour s'est prononcée pour la première fois au sujet d'une loi venait remplacer une autre loi précédemment déclarée anticonstitutionnelle; la Cour y affirme avoir pouvoir de contrôler l'usage que le législateur fait de son pouvoir discrétionnaire, lorsque cet usage est contradictoire, irrationnel et arbitraire. Voir à ce sujet Mortati, *In tema di legge ingiusta*, dans *Giur. cost.* 1960, 167.

<sup>40</sup> Voir Esposito, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, dans *Giur. cost.* 1958, 604.

l'exercice de droits et de pouvoirs politiques. Il est vrai que cette disposition viole manifestement l'article 51 de la Constitution, qui proclame le droit d'accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions publiques et aux charges électives pour les personnes de l'un et de l'autre sexes. Si l'on estime que l'article 51 ne précise pas seulement la portée de l'art. 3, mais en confirme la substance, aucune discrimination législative ne saurait être fondée sur la différence de sexe <sup>41</sup>.

L'article 98 du code de procédure civile, qui prévoit l'obligation éventuelle pour le plaideur qui n'est pas mis au bénéfice de l'assistance judiciaire de verser une caution, a également été déclaré contraire à l'article 3 de la Constitution <sup>42</sup>. Si on rapproche le principe constitutionnel de l'égalité des dispositions contenues dans l'article 24 de la Constitution <sup>43</sup>, on en déduit que le principe selon lequel tout citoyen peut ester en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes — la défense étant un droit inviolable quel que soit l'état ou le stade de la procé-

<sup>41</sup> La Cour constitutionnelle s'est prononcée expressément dans ce sens dans son arrêt n° 33 du 18 mai 1960 (*Giur. cost.* 1960, 563); on consultera également l'arrêt n° 56 du 3 octobre 1958 (dans *Giur. cost.* 1958, 861) où la Cour déclare constitutionnelle, au regard des art. 3 et 51 de la Constitution, la loi n° 1441 du 27 décembre 1956 en vertu de laquelle les membres féminins des tribunaux d'assises ne peuvent pas être au nombre de plus de trois, car elle estime qu'il s'agit d'une limitation inspirée par le souci d'assurer le fonctionnement le plus approprié du collège des juges. Voir, quant à la doctrine, Esposito, *Il sesso e i pubblici uffici* dans *Giur. cost.* 1960, 568; Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, dans *Giur. cost.* 1958, 862; Esposito, *Le donne e i pubblici uffici*, dans *Giur. cost.* 1958, 869; Cereti, *Accesso all'ufficio di giudice popolare e composizione del Collegio*, dans *Rivista italiana di diritto processuale penale* 1958, 1241. Quant aux fonctions publiques, voir également l'arrêt n° 15 du 28 mars 1960 dans *Giur. cost.* 1960, 147, selon lequel l'art. 3 de la Constitution n'est pas violé par le paragraphe 1 de l'art. 21 de la loi n° 748 du 9 août 1954, qui a limité l'accès aux fonctions de secrétaire communal, dans la province de Bolzano, aux citoyens « originaires » de cette province même; consulter également Paladin, *Una questione di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici*, dans *Giur. cost.* 1960, 149.

<sup>42</sup> « Le juge d'instruction, le juge de première instance ou le juge de paix, à la demande du défendeur, peut décider par ordonnance que le demandeur qui n'est pas mis au bénéfice de l'assistance judiciaire fournisse caution pour le remboursement des dépens, lorsqu'il y a raison de craindre qu'une condamnation éventuelle reste inexécutée. Si la caution n'est pas fournie dans le délai fixé, il n'est pas donné suite à l'instance. »

<sup>43</sup> « Tout citoyen peut ester en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes.

« La défense est un droit inviolable en tout état et à tout stade de la procédure.

« Sont assurés aux personnes économiquement faibles, grâce aux dispositions appropriées, les moyens d'ester et de se défendre devant toute juridiction.

« La loi détermine les conditions et les modalités de la réparation des erreurs judiciaires. »



dure<sup>44</sup> — doit s'appliquer également à tous, sans égard pour la situation personnelle ou la condition sociale. Or l'art. 98 du code de procédure civile, en imposant le versement d'une caution au plaideur qui ne bénéficie pas de l'assistance judiciaire quand sa capacité de faire face à une condamnation éventuelle aux dépens semble douteuse, en arrive à faire dépendre le droit d'ester en justice de la situation pécuniaire du plaideur<sup>45</sup>.

Est également contraire au principe de l'égalité la disposition de l'article 6 (alinéa 2, E) de la loi n° 2248 du 20 mars 1865, qui consacre la règle *solve et repete*<sup>46</sup>. Cette règle établit une différence de traitement évidente entre le contribuable aisé et celui qui n'a pas le moyen de payer (ni d'emprunter) le montant de l'impôt et qui, même s'il obtenait satisfaction, n'obtiendrait que très tardivement le remboursement de son dû. Au premier on permet, parce qu'il a pu payer, de demander justice et éventuellement d'obtenir gain de cause. Au second on rend toute réclamation difficile, voire même impossible, en subordonnant le recours à l'obligation de verser des sommes parfois très élevées<sup>47</sup>.

IV. Les considérations qui précèdent doivent conduire maintenant à certaines conclusions sur la façon dont les principes constitutionnels qui viennent d'être examinés s'incorporent dans l'ordre juridique italien.

<sup>44</sup> En ce qui concerne le droit de défense, voir les arrêts ci-après: n° 46 du 18 mars 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 587) quant à la régularité constitutionnelle de l'art. 51 du code de procédure pénale sur le caractère définitif de la condamnation pénale en cas de non-comparution de l'opposant, avec une note de Vassalli, *Natura giuridica della opposizione al decreto penale di condanna*, p. 587; n° 59 du 1er décembre 1959 (dans *Giur. cost.* 1959, 1132) en ce qui concerne l'inconstitutionnalité du premier paragraphe, deuxième phrase de l'art. 133 du code de procédure pénale qui assigne des limites au droit d'élever une exception d'incompatibilité contre le défenseur unique d'une pluralité d'accusés, avec des notes de Conso, *L'art. 24 della Costituzione e l'incompatibilità della difesa di più imputati*, p. 1133 et de Gianzi, *idem* p. 1138.

<sup>45</sup> Voir l'arrêt n° 67 de la Cour constitutionnelle du 29 novembre 1960 dans *Giur. cost.* 1960, 1195 et, quant à la doctrine, Lucarini, *L'art. 98 c.p.c. e la Costituzione*, dans *Rivista di diritto processuale* 1958, 421; Bianchi d'Espinosa, *Illegittimità costituzionale della « cautio pro expensis »*, dans *Giustizia civile* 1960, III, 209; Satta, *Incostituzionalità della cautio pro expensis*, dans *Giur. cost.* 1960, 1197.

<sup>46</sup> Cette expression (à savoir « paie, puis fais-toi rembourser ») signifie que le contribuable, pour pouvoir formuler une réclamation en justice, doit tout d'abord avoir satisfait à l'obligation de verser la somme entière fixée à titre de contribution par l'administration publique.

L'alinéa 2 de l'art. 6 incriminé prévoyait en fait que « dans toute controverse relative aux impôts les actes d'opposition, pour être admis en justice, doivent être accompagnés de la preuve du paiement de l'impôt ».

<sup>47</sup> Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 21 du 31 mars 1961 dans *Giur. cost.* 1961, 138 et, quant à la doctrine, Treves, *Exit solve et repete*, dans *Giur.*

Notre Constitution – à l'égal de plusieurs chartes fondamentales mises en vigueur à des dates diverses – a affirmé comme un principe fondamental que les libertés individuelles doivent être reconnues et protégées. Mais pour que la Constitution soit autre chose qu'une série de têtes de chapitres encadrant des pages encore blan-

*cost.* 1961, 139; Esposito, *Considerazioni sulla morte del solve et repete*, dans *Giur. cost.* 1961, 142; Capaccioli, *La eliminazione del « solve et repete »* dans *La Provincia di Lucca*, 1961, n° 2.

A propos de l'art. 3 de la Constitution, il convient de signaler aussi les arrêts suivants de la Cour:

n° 22 du 5 mai 1959 (dans *Giur. cost.* 1959, 319), selon lequel il n'y a pas contradiction entre la Constitution et le troisième paragraphe de l'art. 313 du code pénal (autorisation à procéder pour les délits d'insulte aux institutions constitutionnelles), parce que cette disposition n'introduit aucune discrimination entre les citoyens qui, pour autant qu'ils se trouvent dans le situation prévue par cette norme, font tous indistinctement l'objet du même traitement; quant à la doctrine sur ce point, voir Casetta, *Legittimità costituzionale dell'istituto dell'autorizzazione a procedere*, dans *Giur. cost.* 1959, 320; Conso, *Illegittimo l'istituto dell'autorizzazione a procedere*, dans *Rivista italiana di diritto processuale penale* 1958, 877 ss.; Esposito, *Eguaglianza*, op. cit. p. 17 ss.;

n° 64 du 25 mai 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 713) au sujet de la régularité constitutionnelle de la loi n° 841 du 21 octobre 1950 et du décret n° 67 du président de la République du 7 février 1951, car le législateur a eu l'intention de procéder à une transformation partielle et graduelle du régime économique et juridique de la propriété terrienne, conformément au deuxième paragraphe de l'art. 3 de la Constitution;

n° 38 du 15 juin 1960 (dans *Giur. cost.* 1960, 628) déclarant constitutionnel le décret-loi n° 1222 du chef provisoire de l'Etat du 3 octobre 1947, concernant l'engagement obligatoire des mutilés et des invalides du travail dans les entreprises privées;

n° 3 du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 11) au sujet de la constitutionnalité de l'art. 52 du décret n° 1067 du président de la République du 27 octobre 1953, qui fait défense aux anciens experts-comptables déjà inscrits au registre des experts-comptables et au registre des conseillers en matière d'économie et de commerce, s'ils n'ont pas le titre de docteur ès-sciences commerciales, de s'inscrire dans le second registre sans avoir annulé au préalable leur inscription dans le premier.

n° 28 du 26 janvier 1957 (dans *Giur. cost.* 1957, 398) qui déclare constitutionnel l'art. 10 de la loi n° 253 du 23 mai 1950 instituant pour les baux d'immeubles affectés au logement des règles différentes de celles qui s'appliquent aux immeubles affectés à un autre usage.

n° 46 du 15 juillet 1959 (dans *Giur. cost.* 1959, 743) relatif à la constitutionnalité de la loi n° 74 du 15 février 1958, qui réglemente les redevances emphytéotiques en Vénétie en leur assignant comme limite le triple de la rente du fonds grevé par ces redevances;

n° 70 du 6 décembre 1960 (dans *Giur. cost.* 1960, 1209) constatant la régularité constitutionnelle de l'art. 4 de la loi n° 692 du 4 août 1955 relative à des remises sur le prix des médicaments en faveur de certaines institutions.

n° 42 du 11 juillet 1961 (dans *Giur. cost.* 1961, 951) affirmant la constitutionnalité des dispositions de l'art. 15 du texte codifié de la loi n° 570 du 16 mai 1960 relative à la composition et à l'élection des organes des administrations communales;

n° 64 du 28 novembre 1961 (dans *Giurisprudenza italiana* 1962, I, 1,

ches<sup>48</sup>, il faut qu'elle ait son prolongement dans des dispositions législatives et des institutions propres à mettre en œuvre ces droits et ces libertés. C'est de cette exigence, particulièrement urgente en vérité au moment actuel, qu'est né le souhait de faire connaître les problèmes que pose la défense de la liberté et des droits de l'homme, afin que soient apportées les améliorations nécessaires aux institutions. De telles améliorations apporteraient une contribution importante au rapprochement des divers pays, car la forme que prennent les rapports entre l'Etat et les citoyens est un facteur déterminant de confiance entre les Etats eux-mêmes<sup>49</sup>.

Le respect des droits de l'homme s'impose certes en premier lieu aux individus, mais aussi à l'Etat lui-même dans un régime d'Etat de droit. L'Etat doit garantir l'individu contre les empiètements de ses propres agents en s'interdisant, dans l'ensemble de ses activités et notamment dans son activité législative, de violer les droits du citoyen<sup>50</sup>. C'est surtout l'activité du législateur qui doit être suivie avec attention. Il serait souhaitable que le législateur ait une solide formation juridique, et qu'il sache interpréter avec sagesse et conscience de ses responsabilités les principes énoncés dans les normes constitutionnelles, ce qui lui évitera de prendre des mesures qui dépasseraient les limites tracées par la Constitution. On observera à ce propos que dans le système italien le domaine de la compétence du pouvoir législatif n'est pas défini sous une forme énumérative, et que la Constitution en fixe seulement les limites.

Le contrôle de la Cour constitutionnelle n'a, au fond, qu'une portée limitée. Il porte sur « la validité constitutionnelle des lois et des actes ayant force de loi » (article 134 de la Constitution). Ce contrôle de la validité constitutionnelle exclut en fait, aux termes mêmes de l'article 28 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 sur le fonctionnement de la Cour, « toute appréciation de nature politique et

---

357) qui a déclaré constitutionnel l'art. 559 du Code pénal relatif à l'adultère en faisant valoir que cette norme ne met pas la femme dans une situation d'infériorité, mais prend seulement acte d'une situation différente et en fait l'objet d'une réglementation également différente.

Dans les exposés des motifs de tous ces arrêts, la Cour a affirmé que le législateur peut édicter des dispositions différentes pour des situations que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, il estime également différentes, et qu'il adapte ce faisant les règles de droit aux aspects variables de la vie en société, s'il édicte des normes qui visent des catégories de sujets de droit et non des personnes individualisées, et bien entendu s'il observe les limites fixées par le premier paragraphe de l'art. 3 de la Constitution.

<sup>48</sup> Romano, *Le prime carte costituzionali*, dans *Annali Università di Modena*, 1906-1907, p. 20 de l'extrait.

<sup>49</sup> Telle est la haute tâche que s'est assignée la Commission internationale de juristes, dont la section nationale italienne est l'*Associazione italiana de juristes*, fondée en 1956.

<sup>50</sup> Voir Carnelutti, *La missione del giurista*, p. 13, Padoue 1959.

tout contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire du Parlement ». Nous savons combien il serait délicat et même dangereux de modifier la portée de contrôle. Ne pourrait-on cependant envisager, avec beaucoup de prudence et de mesure, un certain contrôle du pouvoir discrétionnaire qui est à la base de l'activité législative ? Car un texte législatif peut très bien respecter la lettre de la Constitution tout en violant l'esprit, ce qui peut avoir les plus graves conséquences pour la liberté et l'égalité des citoyens.

ANNAROSA PIZZI

*Docteur en droit, chargée de recherches de droit administratif à la Faculté de droit de l'Université de Pise.*

# LE COMMISSAIRE PARLEMENTAIRE EN NOUVELLE-ZÉLANDE

(Deuxième partie) <sup>1</sup>

Devant l'intérêt qu'a suscité un article paru sur ce sujet dans le tome IV, n° 1 de la *Revue* (premier semestre 1962), nous croyons devoir tenir nos lecteurs au fait de la situation. Pour nous en tenir à l'essentiel, disons qu'en vertu de la loi à laquelle le gouverneur général a donné son assentiment le 7 septembre 1962, la Nouvelle-Zélande a un *Ombudsman* depuis le 1er octobre 1962. Ce qui est particulièrement intéressant, sans avoir peut-être une bien grande importance du point de vue constitutionnel, est que le titre mentionné dans la loi soit justement celui d'*Ombudsman*.

Ce mandat a été confié à Sir Guy Richardson Powles, K.B.E., C.M.G., ED., LL.B. Sir Guy, qui a 57 ans, a fait ses études en Nouvelle-Zélande où il a obtenu son baccalauréat en droit et où il a exercé la profession d'avocat. Pendant la seconde guerre mondiale, il a servi dans l'armée néo-zélandaise, où il fut promu au grade de colonel. Après la guerre, il fut pendant plusieurs années conseiller auprès de ce qui était alors la légation de Nouvelle-Zélande à Washington. Après avoir quitté ce poste, il exerça pendant assez longtemps les fonctions de haut commissaire au Samoa occidental, territoire sous tutelle alors placé sous l'administration de la Nouvelle-Zélande jusqu'à ce qu'il ait tout récemment accédé à l'indépendance. Ultérieurement, Sir Guy fut nommé haut commissaire pour la Nouvelle-Zélande en Inde et à Ceylan. Il a donc exercé tour à tour les carrières de juriste, de soldat, d'administrateur et de diplomate. Le succès qu'il a obtenu dans chacune d'elles le qualifie assurément pour exercer les importantes fonctions qui viennent de lui être confiées.

Après avoir présenté brièvement le premier *Ombudsman* néo-zélandais, rappelons que durant la session de 1961 du Parlement de Wellington le gouvernement soumit un projet de loi qui prévoyait la nomination d'un commissaire parlementaire aux enquêtes. Le mot « *Ombudsman* » n'avait pas encore d'existence officielle. Le programme particulièrement chargé de la session parlementaire ne permit pas de faire avancer l'examen du projet de loi, mais il fut entendu que celui-ci serait inscrit à l'ordre du jour de la session suivante.

<sup>1</sup> Cet article fait suite à celui qui a été publié sous le même titre dans le précédent numéro de la *Revue* (tome IV, n° 1), pages 55 et suiv.

Tout au début de la session de 1962, le projet de loi qui était dans l'ensemble identique à celui qui avait été soumis en 1961, sous réserve toutefois de quelques amendements dont nous ferons mention plus loin, fut présenté par le procureur général et discuté en première lecture. Après avoir donné lieu à d'assez longs débats en deuxième lecture, le projet de loi fut renvoyé à la commission de législation de la Chambre des représentants. Les débats de cette commission, comme ceux de la plupart des commissions de la Chambre, ne sont pas publiés. Nous ne connaissons donc pas la teneur des déclarations qui furent faites devant la commission, mais les amendements, peu nombreux d'ailleurs, que celle-ci recommanda furent tous adoptés par la Chambre lors de l'examen du rapport auquel le projet de loi donna lieu. Le projet de loi ainsi amendé passa en troisième lecture et, après avoir reçu l'assentiment du gouverneur général, entra dans la législation.

L'amendement le plus intéressant qu'ait proposé la commission de législation a trait au titre de la loi et à celui du commissaire. Le projet de loi fut présenté à la Chambre sous le nom de « projet de loi portant création de la fonction de commissaire parlementaire aux enquêtes », et le haut fonctionnaire en question y était désigné sous le nom de « commissaire parlementaire aux enquêtes ». La commission recommanda qu'une fois adopté, le projet de loi soit connu sous le nom de *loi portant création de la fonction de commissaire parlementaire (Ombudsman)*, et que la clause pertinente ait la teneur suivante: « Il sera nommé un commissaire aux enquêtes qui aura qualité de fonctionnaire du Parlement et sera désigné sous le nom d'*Ombudsman* ». Les membres de la Chambre furent appelés à se prononcer sur ces questions, et les recommandations de la commission furent adoptées à la suite d'un vote où la discipline des partis ne fut pas invoquée. Toutefois, étant donné que tout au long du texte de la loi le fonctionnaire en question est désigné sous le nom de « commissaire », on se demande qui lui donnera le nom d'« Ombudsman ».

Le nouveau texte de loi ne diffère du projet présenté en 1961 que sur quelques points, dont certains sont importants et d'autres le sont moins.

L'*Ombudsman* n'est plus tenu de prendre sa retraite à 72 ans, et l'âge de la retraite n'est plus spécifié.

Le traitement de l'*Ombudsman* n'est plus arrêté par la loi, mais par le procureur général dans un « ordre en conseil ». Cet « ordre en conseil » a d'ailleurs fixé la même somme que celle que prévoyait le projet de loi de 1961, à savoir 3.500 livres par an.

L'article 11 spécifie avec quelque détail la nature des fonctions du commissaire. Le projet de 1961 stipulait qu'il serait chargé d'enquêter sur certaines questions « soit à la suite d'une plainte qui lui aurait été adressée, soit de sa propre initiative ». La nouvelle loi

prévoit en outre que lorsqu'il y a plainte le commissaire peut entreprendre une enquête, étant entendu toutefois que la plainte ne doit être *a priori* dirigée contre aucune décision ou recommandation ou aucun acte émanant d'une personne ou d'un département administratif dont les activités sont visées par la loi.

Un autre amendement (contenu dans les paragraphes 4 et 5 de l'article 15) prévoit une procédure de consultations entre le commissaire et les ministres de la Couronne. Le paragraphe 4 stipule que le commissaire peut à son gré et à tout moment, en cours d'enquête ou ultérieurement, consulter tout ministre compétent en la matière qui fait l'objet de l'enquête. Aux termes du paragraphe 5, sur demande d'un ministre ayant trait à une enquête donnée, ou dans tous les cas où une enquête aura rapport à une recommandation faite à un ministre, le commissaire consultera le ministre après avoir terminé l'enquête et avant de formuler une opinion définitive sur les questions au sujet desquelles il est autorisé à faire rapport ou à adresser des recommandations au département intéressé.

L'amendement le plus important est sans doute celui qui figure au paragraphe 2 de l'article 17. Il vise à limiter le pouvoir qu'a la Couronne de refuser au commissaire l'accès à certains documents en vertu de ce qu'on désigne communément sous le nom de « privilège de la Couronne ». Dans le jugement récemment rendu par la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande dans l'affaire *Corbett* contre la *Commission de la Sécurité sociale* (1962, N.Z.L.R., 878), il est dit que la Cour est en droit de consulter les documents que la Couronne ou le ministre refuseraient de produire et de décider s'il y a lieu ou non de produire ces documents à titre de preuve, compte tenu de l'intérêt public. Ce jugement avait pour effet de limiter dans une certaine mesure le pouvoir de la Couronne tel que l'avait défini la Chambre des Lords dans l'affaire *Duncan* contre *Cammell Laird & Co. Ltd.*, (1942, A.C., 635). Le paragraphe 2 de l'article 17 va toutefois plus loin et dispose que, sous réserve des dispositions du paragraphe 1 dont nous ferons mention plus loin, le principe de droit en vertu duquel il est permis ou nécessaire de refuser l'accès à certains documents ou dossiers, ou de refuser de répondre à une question quelle qu'elle soit, sous prétexte que la production des documents ou des dossiers en question ou la réponse à la question posée serait contraire à l'intérêt public, ne pourra être invoqué dans le cas d'une enquête ou d'une affaire quelconque dont le commissaire sera saisi.

En revanche, le paragraphe 1 de l'article 17 énumère les conditions dans lesquelles la Couronne pourra faire valoir son privilège dans les affaires dont le commissaire est saisi. Il dispose en effet que lorsque le procureur général certifie que la publication de tout renseignement, la réponse à toute question ou la production de tout document, dossier ou objet:

- a) pourraient porter préjudice à la sécurité, à la défense ou aux relations internationales de la Nouvelle-Zélande (y compris ses relations avec le gouvernement de tout autre pays ou avec une organisation internationale), ou encore à la recherche ou à la détection de délits,
- b) pourraient entraîner la publication des débats du Cabinet,
- c) pourraient entraîner la publication des débats de toute commission interministérielle sur des questions secrètes ou confidentielles, et seraient contraires à l'intérêt public,

le commissaire ne demandera pas que ces renseignements lui soient communiqués, ou que cette réponse lui soit donnée, ou éventuellement que le document, dossier ou objet en cause soit produit.

Deux points qui avaient été l'objet de critiques lors de la présentation du projet de loi de 1961 ont été retenus dans la loi de 1961. Ils ont trait à la durée du mandat de l'*Ombudsman*, et à l'interdiction qui lui est faite d'exercer un droit de regard sur les actes des autorités locales.

Au cours des débats en deuxième lecture, le procureur général a qualifié de « dénuée de tout fondement » l'opinion selon laquelle il faudrait nommer le commissaire pour un nombre d'années déterminé afin de lui assurer une certaine sécurité, et pour qu'il soit ainsi plus facile de trouver un bon candidat. Le procureur général a cherché à justifier la procédure qui revient en fait à remettre en question le mandat de l'*Ombudsman* tous les trois ans – dans l'hypothèse où la Nouvelle-Zélande continuera à avoir des élections tous les trois ans – en arguant du fait que l'*Ombudsman* est l'agent du Parlement et que ce dernier doit avoir confiance en lui. Chaque Parlement doit donc pouvoir intervenir dans sa nomination. Opposant la position de l'*Ombudsman* à celle du directeur général du Budget et de la Comptabilité publique, le procureur général a fait observer que ce dernier ne pouvait être destitué de ses fonctions que pour incompétence ou manquement grave à ses obligations, tandis que l'*Ombudsman* pourrait être compétent, capable et travailleur sans toutefois avoir la confiance du Parlement en fonctions. La loi permet donc de le remplacer du simple fait que son mandat n'a pas été renouvelé. Il s'agit-là d'un procédé beaucoup plus élégant que celui qui obligerait à trouver une raison de se débarrasser de lui. Le procureur ajouta encore ce qui suit: « S'il avait un mandat plus long, il serait difficilement supportable pour le Parlement de devoir le maintenir dans ses fonctions sans plus avoir confiance en lui. Il est indispensable qu'il jouisse de la confiance du gouvernement ». Un député objecta qu'il était également indispensable qu'il jouît de la confiance du peuple. Sans vouloir en disconvenir, le procureur général fit observer que si l'*Ombudsman* n'avait pas la confiance du gouvernement, sa position politique pourrait devenir l'une des plus précaires que l'on pût imaginer. Quelle serait en effet la situation si un jour un parti politique quelconque désignait un commissaire parlementaire à seule fin de placer le gouvernement suivant



dans une situation délicate? Le procureur général déclara que ce qui lui paraissait être l'argument le plus solide en faveur de la disposition prévue était qu'en remettant en question le mandat de l'*Ombudsman* tous les trois ans, on donnait à l'opposition la possibilité de se prononcer sur l'opportunité de maintenir ce haut fonctionnaire en activité.

Bien que le procureur général ait représenté l'*Ombudsman* comme étant l'agent du Parlement, il sera en fait celui du gouvernement. Cela ressort clairement des paroles du procureur général selon lesquelles l'*Ombudsman* doit nécessairement jouir de la confiance du gouvernement. Il est de fait que la nomination de Sir Guy Powles a été chaleureusement appuyée par les deux partis, et on peut dire qu'il jouit jusqu'ici non seulement de la confiance du gouvernement, mais de celle du Parlement. Saura-t-il conserver cette confiance, et il s'y efforcera sans aucun doute, seul l'avenir le dira. L'hypothèse émise par le procureur général, et selon laquelle un parti politique quelconque pourrait un jour désigner un commissaire parlementaire à seule fin de placer le gouvernement suivant dans une situation délicate, ne résiste guère à l'examen. Il semble assez exceptionnel en effet qu'un gouvernement affronte des élections générales ou, avant même de telles élections, se livre à des manœuvres politiques, en prévoyant à coup sûr qu'il sera renversé. En revanche, une objection qui serait beaucoup plus pertinente est que les rapports de l'*Ombudsman* pourraient fort bien placer le gouvernement au pouvoir dans une situation délicate, et ainsi, presque automatiquement, fournir des armes à l'opposition. Si celle-ci revenait au pouvoir il y aurait de fortes chances pour qu'elle renouvelle le mandat de l'*Ombudsman*, mais en serait-il de même si le gouvernement restait au pouvoir? Nous partons donc du principe que la liberté de pensée et d'action devrait être une caractéristique *sine qua non* du mandat de l'*Ombudsman*, et que ce principe se trouvera vraisemblablement vérifié, même si le Parlement dresse le bilan de son action tous les trois ans. Il est toutefois probable que son indépendance serait moins menacée si son mandat était fixé par la loi au lieu de dépendre du résultat d'élections générales.

Le procureur général a également fait ressortir que le directeur général du Budget et de la Comptabilité publique est chargé de l'exécution des lois de finance, tandis que la tâche de l'*Ombudsman* consiste à formuler des opinions sur des questions administratives qui, a-t-il affirmé, relèvent d'un tout autre domaine. Or, il se peut fort bien qu'une question administrative exige un examen aussi minutieux des intérêts en jeu qu'une question purement juridique. A la suite de l'expérience acquise tant au Danemark qu'en Nouvelle-Zélande, les fonctions de l'*Ombudsman* perdront peut-être un peu du caractère purement politique que la loi actuelle pourrait leur donner.

Passant à la critique selon laquelle la compétence de l'*Ombudsman* devrait s'étendre aux actes des autorités locales, le procureur général a reconnu que celles-ci pouvaient en effet abuser de leurs pouvoirs tout autant que les départements ministériels, mais qu'il serait néanmoins malavisé de les faire ressortir dès à présent de la compétence de l'*Ombudsman*. Il faudra prévoir d'autres dispositions, les autorités locales n'ayant pas à répondre de leurs actes devant le Parlement de la même manière que le Cabinet. Le procureur général n'a cependant pas exclu l'éventualité où la compétence de l'*Ombudsman* s'étendrait aux autorités locales, mais jusque là, a-t-il déclaré, les effets de la loi se limiteront aux actes ou aux décisions des autorités du gouvernement central.

L'éventualité ainsi évoquée par le procureur général est particulièrement intéressante du fait qu'au cours des débats, l'un des rares exemples que le procureur général ait cités des cas dont l'*Ombudsman* pourrait être saisi était celui d'une enquête entreprise sur le bien-fondé d'une expropriation prononcée en vertu de la loi sur les travaux publics. Bien que l'on ne dispose d'aucune statistique, on estime que les autorités locales procèdent à plus d'expropriations que les départements ministériels. Le droit de l'*Ombudsman* à faire rapport sur les questions d'acquisitions de terrains par mesure d'autorité aurait certes plus de portée si les autorités locales étaient comprises dans les institutions relevant de sa compétence. Il y a lieu de signaler qu'au Danemark, depuis le 1er avril 1962, le contrôle de l'*Ombudsman* a été étendue aux actes des autorités locales dans des domaines d'activité pour lesquels il est possible d'avoir un recours devant un organe du gouvernement central.

Il faut admettre que l'une des faiblesses des discussions qui ont porté sur la loi a été la difficulté de citer des cas pratiques dans lesquels l'*Ombudsman* pourrait valablement intervenir. Un membre du gouvernement a mentionné la question du contrôle des importations, lorsque l'octroi d'une licence d'importation à une personne donne inévitablement à une autre le sentiment d'avoir été lésée. Le vice-président du Conseil a cité l'exemple du ministre des Chemins de fer du gouvernement précédent, lequel n'avait pas réussi à obtenir une gare pour certains de ses électeurs qui, alors que la ligne passait devant leur porte, devaient faire à pied un kilomètre et demi pour aller jusqu'à la gare la plus proche. Dans l'ensemble toutefois, les orateurs n'ont pas cité beaucoup d'exemples concrets de cas dans lesquels l'*Ombudsman* serait appelé à enquêter sur une imputation d'injustice.

Entre-temps l'*Ombudsman* a présenté son premier rapport au Parlement. L'article 19 de la loi stipule que l'*Ombudsman* doit soumettre un rapport annuel au Parlement sur l'exercice de ses fonctions, mais déclare expressément que cela n'exclut pas pour lui la possibilité de faire rapport à d'autres moments. Le premier rapport de

*Ombudsman* couvre la courte période de cinq semaines comprise entre la date de sa nomination et le 5 novembre 1962.

Lorsqu'il entra en fonction, l'*Ombudsman* constata qu'un grand nombre de plaintes avaient déjà été déposées. Au 5 novembre 1962, 142 plaintes avaient été reçues, et de nouvelles plaintes continuaient à arriver à raison de deux par jour en moyenne. Quinze d'entre elles étaient dirigées contre le fisc, et neuf contre chacun des départements de la Sécurité sociale, de l'Éducation et de la Santé. Sur l'ensemble des 142 plaintes, 19 étaient dirigées contre des organismes sur le fonctionnement desquels l'*Ombudsman* n'est pas habilité à enquêter, et 18 ont été qualifiées d'« obscures ».

L'*Ombudsman* a débouté quarante-quatre plaignants après une première enquête, la principale raison de son refus étant que l'examen de ces plaintes ne relevait pas de son mandat tel que le définit l'article 11, principal article de la loi qui l'habilite à agir. Aux termes de cet article, l'*Ombudsman* ne peut enquêter sur aucune décision qui soit susceptible de recours auprès d'une cour de justice ou d'un tribunal, sur aucune décision émanant d'une personne agissant en qualité de fidéicommissaire dans le sens où l'entend la loi de 1946 sur les fidéicommissaires, ni sur aucune décision émanant d'une personne ayant la qualité de conseiller juridique auprès de la Couronne ou assistant la Couronne en justice dans une procédure quelconque. En vertu du même article, le commissaire n'est pas habilité à enquêter sur une affaire mettant en jeu un membre des forces armées, si une telle affaire a trait aux conditions générales ou particulières de son service, à un ordre ou à un commandement qui lui ont été donnés, ou encore à une décision, à une sanction ou à une punition dont il a fait l'objet.

L'*Ombudsman* n'a mené son enquête jusqu'au bout que dans quatre cas seulement. Dans aucun de ces cas il ne lui a paru que la décision ayant fait l'objet de la plainte était visée par le paragraphe 1 de l'article 19; en d'autres termes, il n'a pas estimé qu'au sens de ce paragraphe, la décision, la recommandation, l'acte ou l'omission ayant fait l'objet de son enquête

- a) semblait avoir été contraire à la loi, ou
- b) était déraisonnable, injuste, avait un caractère abusif ou indûment discriminatoire, ou était conforme à une règle de droit, à une décision législative ou à une pratique qui est, ou qui peut se révéler, déraisonnable, injuste, abusive ou indûment discriminatoire, ou
- c) était fondé entièrement ou partiellement sur une erreur de droit ou de fait ou
- d) constituait en soi une injustice.

Si la liste de plaintes annexée au rapport de l'*Ombudsman* indique que les plaintes étaient dirigées contre 28 départements ministériels, il n'est fait nulle part mention dans le rapport de la nature de ces plaintes. Il se peut que dans ses prochains rapports l'*Ombudsman*

donne des détails sur certaines de ses enquêtes. Non seulement de tels détails présenteraient de l'intérêt pour le public, mais ils lui permettraient également de juger de la mesure dans laquelle l'*Ombudsman* est en mesure de redresser des torts réels. Le professeur Hurwitz, *Ombudsman* au Danemark, a donné, dans une brochure publiée en 1961 à Copenhague, des détails sur certaines de ses enquêtes qui revêtaient un intérêt particulier. Ils montrent combien il importe, dans le monde politique actuel, de disposer d'une personnalité remplissant les fonctions d'*Ombudsman*. Dans la plupart des questions qui intéressent le mandat du commissaire parlementaire, la Nouvelle-Zélande a suivi le chemin tracé par le Danemark. Il ne semble donc y avoir aucune raison pour que là encore, elle ne suive pas son exemple.

A. G. DAVIS

*Professeur à la Faculté de droit de  
l'Université d'Auckland.*

## JURISPRUDENCE

### LE CONTRÔLE DES LOIS ÉLECTORALES PAR LES TRIBUNAUX CONSTITUTIONNELS

La participation du citoyen à la formation de la volonté nationale, qui prend avant tout la forme de l'exercice du droit de vote, repose sur l'idée que le citoyen n'est libre que s'il participe activement à l'élaboration de l'ordre juridique auquel il est soumis. C'est pourquoi les constitutions de nombreux pays classent les droits électoraux parmi les droits fondamentaux. Rappelons que la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies leur consacre l'article 21, ainsi rédigé:

- (1) Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
- (2) Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.
- (3) La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.

Les modalités d'exercice du droit de vote, dont les principes sont énoncés dans l'alinéa 3 précité, comme d'ailleurs dans les constitutions de beaucoup de pays, sont fixées dans leur détails par les diverses lois électorales. Ces lois ne doivent pas aller à l'encontre des principes généraux ni les dénaturer ou les fausser. Certains autres droits fondamentaux, comme par exemple celui de l'égalité devant la loi, doivent d'autre part être pris en considération par les lois électorales. Dans les pays qui soumettent la législation au contrôle d'une juridiction gardienne de la constitution, cette juridiction peut être appelée à statuer sur la validité constitutionnelle des lois sur les élections. On trouvera ci-après l'analyse de trois arrêts rendus respectivement par la Cour suprême des Etats-Unis, par le Tribunal fédéral suisse et par la Cour suprême (*Staatsgerichtshof*) du Liechtenstein, et qui concernent tous trois le contrôle constitutionnel des lois électorales.

#### *Etats-Unis*

La Cour suprême des Etats-Unis a statué le 26 mars 1962 dans l'affaire *Baker c/ Carr*. Elle a décidé par six voix contre deux que le recours du demandeur était recevable au sens de la « protection judiciaire » prévue par le quatorzième amendement à la

Constitution fédérale des Etats-Unis, et que le tribunal fédéral de district de l'Etat du Tennessee, qui avait refusé de se saisir de l'affaire, devait l'entendre et statuer en la matière. Cette décision présente un très grand intérêt de principe.

Dans l'Etat du Tennessee, une loi électorale de 1901 fixe les bases de la répartition des sièges à la Chambre des représentants entre les 95 comtés. Elle prévoit que cette répartition sera faite en fonction du recensement qui avait été fait par l'autorité fédérale en 1900. Les élections au Sénat font l'objet d'une disposition identique. Or, aux termes de l'article II (alinéa 5) de la Constitution locale:

Le nombre des représentants, à la date de chaque recensement, est réparti entre les divers comtés ou districts en fonction du nombre d'électeurs inscrits dans chacun d'entre eux...

Pendant les soixante années écoulées depuis la promulgation de la loi sur les élections, toutes les propositions visant à modifier les bases de la répartition ont échoué, et on utilise encore aujourd'hui les chiffres du recensement de 1900 pour la répartition des sièges dans les deux chambres du Parlement. Il va sans dire qu'entre-temps la population de l'Etat s'est beaucoup accrue et que la proportion des habitants dans les divers comtés s'est sensiblement modifiée. Pour citer le juge Brennan, qui a exprimé l'opinion de la majorité de la Cour suprême:

La cause principale du litige actuel est le maintien de la loi électorale de 1901, alors que le nombre des électeurs a augmenté et que l'importance démographique respective des comtés a changé.

La situation actuelle au Tennessee a été ainsi décrite par le juge Clark, qui a opiné avec la majorité:

Les faits de la cause sont indiscutables. Il ressort des éléments présentés à la Cour que sur 33 sénateurs, 20 sont élus par 37 pour cent des électeurs, et que sur 99 représentants, 63 sont élus par 40 pour cent des électeurs.

Il existe à n'en pas douter de grandes disparités entre le nombre de voix dont disposent les grands et les petits comtés. Le comté de Moore dispose de deux sièges pour une population de 2.340 habitants; le comté de Rutherford, avec une population de 25.316 habitants, donc onze fois supérieure, n'a également que deux sièges. Le comté de Decatur, avec 5.563 habitants, a le même nombre de députés que le comté de Carter pour 23.303 habitants.

Telle est la situation. Les demandeurs, qui remplissaient les conditions exigées pour participer aux élections aux assemblées législatives du Tennessee, avaient fait valoir auprès du tribunal fédéral de district qu'ils étaient lésés dans les droits que leur reconnaît la Constitution fédérale, la loi de 1901 répartissant « de manière arbitraire et capricieuse » les sièges dans les Assemblées; ils soute-

naient aussi que le refus par l'Etat de procéder à une nouvelle répartition des sièges était contraire au principe de l'égalité dans la protection des lois garantie par le quatorzième amendement. Ils demandaient donc au tribunal de déclarer que la loi de 1901 était contraire à la *Constitution*, et d'interdire aux fonctionnaires compétents de l'Etat du Tennessee de faire application de cette loi dans l'organisation des consultations électorales.

Le tribunal de district refusa de se saisir de l'affaire, motif pris: 1) de ce qu'il n'était pas compétent, 2) de ce que le recours ne pouvait donner lieu à réparation.

Les demandeurs firent appel devant la Cour suprême. L'affaire fut débattue en audience publique en avril et octobre 1961. La Cour a rendu son arrêt le 26 mars 1962, et décidé en substance que:

1) le tribunal fédéral de district était compétent pour connaître de l'affaire, qui relève des autorités judiciaires fédérales définies par l'article III (alinéa 2) de la *Constitution fédérale*, ainsi que l'a d'ailleurs affirmé une jurisprudence constante;

2) les demandeurs étaient fondés à invoquer la protection prévue par le quatorzième amendement; sur ce point, le juge Brennan a rejeté l'argument du tribunal de district d'après lequel le recours soulevait une « question politique », et la Cour a examiné de très près l'argument d'après lequel l'affaire relevait de l'article IV (alinéa 4) de la *Constitution* qui garantit à chaque Etat une forme républicaine de gouvernement;

3) le demandeurs étaient donc recevables dans leur action.

La Cour a donc renvoyé l'affaire devant le tribunal de district du Tennessee, sans d'ailleurs préciser le sens dans lequel il aurait à statuer.

Deux membres de la Cour suprême, les juges Frankfurter et Harlan, ont émis une opinion divergente. Un commentateur écrit à ce sujet:

... De l'avis de la minorité, cette affaire met en jeu la garantie de l'article IV sous le couvert du droit de vote prévu par le quatorzième amendement. Selon le juge Frankfurter, on demande au tribunal de choisir entre des principes de représentation différents, ou de théories de philosophie politique différentes, afin de fixer quelle est la forme de gouvernement qui convient au Tennessee et donc à tous les Etats de l'Union. D'après lui, pour qu'un tribunal puisse déterminer le contenu du principe de la protection égale pour tous, il lui faut d'abord résoudre le problème de la forme républicaine, en d'autres termes se prononcer sur la forme du gouvernement. On ne peut donc séparer le principe de la protection égale pour tous de la forme républicaine de gouvernement, et lorsqu'il s'agit d'examiner en droit les méthodes de répartition des sièges, on ne peut pas plus s'appuyer sur le principe de la protection égale pour tous que sur la garantie de la forme républicaine de gouvernement...

De l'avis de la minorité, l'étude des systèmes de représentation appliqués en Angleterre et en Amérique montre qu'il n'est absolument pas vrai qu'une représentation strictement proportionnelle à la répartition

géographique de la population soit universellement considérée comme un élément essentiel de l'égalité entre les hommes, ni qu'elle soit un critère de cette égalité politique que garantit le quatorzième amendement. Pour souhaitable qu'il soit, ce genre d'égalité n'est pas pratiqué dans tous les cas, et en raison des nombreux éléments sociaux, économiques et politiques dont il y a lieu de tenir compte lorsqu'on détermine le genre de représentation et la répartition des sièges, en raison aussi des conflits qui naissent entre les partis à ce sujet, la minorité estime que le pouvoir judiciaire fédéral doit se garder de prendre parti. Selon la minorité, ce cas ne relève pas de la compétence des juridictions fédérales.

La Cour suprême ne s'est pas prononcée sur le fond du recours, mais elle a décidé sans équivoque que le tribunal était bien l'organe compétent pour en connaître, et aussi que les affaires de répartition des sièges n'étaient pas de problèmes « politiques » échappant à la compétence des tribunaux. Jusque là les tribunaux fédéraux avaient toujours statué différemment selon qu'il s'agissait de violations du droit de vote pour des raisons de race ou de couleur, donc relevant du quinzième amendement, ou de violations consistant dans une disproportion entre le nombre des électeurs et celui des représentants; ils considéraient ce dernier genre d'affaires comme étant de nature « politique » et ne relevant pas du pouvoir judiciaire.

Le dilemme dans lequel se trouvaient les électeurs du Tennessee a été très bien exposé par le juge Clark dans les termes suivants :

Bien qu'à mon avis la loi sur la répartition des sièges du Tennessee viole la clause de la protection égale pour tous, je ne serais pas d'avis que la Cour intervienne dans un domaine aussi délicat si la population du Tennessee disposait d'un autre moyen d'obtenir justice. Mais la majorité de la population n'a pas la possibilité pratique de faire entendre sa voix aux élections afin de remédier à l'injuste discrimination actuelle. Le droit d'initiative ou de référendum ne figure pas dans la Constitution de cet Etat. J'ai longuement cherché si la législation actuelle fournissait aux électeurs une autre possibilité pratique. Je n'en trouve pas d'autre que le recours aux tribunaux fédéraux. La majorité des électeurs est enfermée dans une camisole de force législative...

Il est certain que si la Cour n'était pas intervenue, on voit mal comment l'injustice dont souffrent les électeurs aurait été redressée.

L'arrêt *Baker c/Carr* a eu des répercussions considérables. L'auteur d'un article publié en mai 1962 dans le *Harvard Law Review* signalait que des recours concernant la répartition des sièges étaient à l'instruction dans vingt-deux Etats. Dans l'Alabama par exemple, le tribunal fédéral de district a fixé à l'organe législatif un délai dans lequel il doit procéder à une nouvelle répartition des sièges. Un tribunal fédéral en Floride a déclaré les lois sur la répartition viciées de nullité, et annoncé qu'il imposerait une nouvelle répartition par ordonnance judiciaire si l'organe législatif n'en prenait pas l'initiative à bref délai. Un tribunal de l'Etat du Kansas a



déclaré en juillet 1962 que la répartition des sièges dans les deux Chambres était inacceptable du point de vue de la Constitution de l'Etat et de celle de l'Union. La Cour suprême de l'Etat de Rhode Island a estimé que la répartition actuelle des sièges au Parlement violait les dispositions du quatorzième amendement; elle n'a pas ordonné une nouvelle répartition, mais elle a déclaré que si l'Assemblée législative ne changeait pas la répartition actuelle un tribunal fédéral le ferait probablement à sa place.

On peut conclure de tout ceci que l'arrêt rendu dans l'affaire *Baker c/ Carr* laisse présager le rétablissement de l'égalité des droits électoraux pour tous les citoyens des Etats-Unis. Il en résultera peut-être des répercussions particulièrement profondes dans les Etats du Sud. L'arrêt présente en outre un intérêt certain du point de vue du Principe de la légalité, qui exige que toute Assemblée législative soit une représentation aussi fidèle que possible du corps électoral.

#### *Suisse*

Dans l'arrêt rendu le 28 mars 1962 dans l'affaire *Geissbühler et consorts c/ Grand Conseil du canton de Fribourg*, la Chambre de droit public du Tribunal fédéral suisse a déclaré inconstitutionnel l'alinéa 3 de l'article 20 de la loi sur l'élection des députés au Grand Conseil du canton de Fribourg. Aux termes de l'article 36 de la Constitution de ce canton, les députés au Grand Conseil (c'est-à-dire au Parlement cantonal) doivent être élus selon le système de la représentation proportionnelle. Les modalités en sont fixées par l'article 20 de la loi électorale du canton. La somme de tous les suffrages recueillis dans chaque circonscription est divisée par le nombre de représentants à élire. Cette opération arithmétique donne le « quotient électoral », qui est la clef de la répartition des sièges. Chaque parti obtient autant de représentants que le nombre total des suffrages qu'il a obtenu comprend de fois le quotient. Les partis qui ont obtenu moins de quinze pour cent des suffrages valables sont exclus de la répartition des mandats: c'est la clause d'élimination ou de quorum. Les voix qui avaient été données à ces partis sont réputées non exprimées, et ne sont pas comptées dans le calcul du quotient électoral. Cette clause d'élimination avait eu pour effet de priver de représentants le parti socialiste dans la circonscription de la Sarine, et le parti des ouvriers et employés dans la circonscription du Lac. Le parti socialiste avait obtenu 6,6 pour cent des suffrages exprimés, et le parti des ouvriers et employés 12,4 pour cent. Si la clause d'élimination n'avait pas été appliquée, le parti socialiste aurait obtenu un des 20 sièges et celui des ouvriers et employés deux des 15 sièges des circonscriptions en cause.

Des membres des deux partis ainsi privés de représentation saisirent le Tribunal fédéral d'un recours de droit public contre

l'application de cette clause d'élimination. Ils firent valoir que la clause d'élimination prévue par l'alinéa 3 de l'article 20 de la loi électorale ne respecte, ni le principe de la représentation proportionnelle formulé dans l'article 36 de la Constitution cantonale, ni le droit fondamental de l'égalité devant la loi garanti par l'article 4 de la Constitution fédérale.

Dans l'exposé des motifs du Tribunal fédéral, on relèvera en particulier les passages suivants.

L'art. 36 Cst.frib. pose le principe que le Grand Conseil est élu « selon le système de la représentation proportionnelle ». Le sens de cette disposition serait clair à condition que toutes les règles régissant la représentation proportionnelle soient précises et immuables et qu'il n'y ait qu'un seul type de représentation proportionnelle. Tel n'est cependant pas le cas. Il existe plusieurs variétés de ce régime électoral. Entre elles le législateur cantonal, auquel la constitution impose d'une façon toute générale la représentation proportionnelle, peut choisir librement celle qui lui paraît correspondre le mieux à la volonté du constituant et aux moeurs du canton.

Toutefois lorsque, comme dans le canton de Fribourg, la constitution cantonale se borne à énoncer le principe de la représentation proportionnelle, le législateur ne saurait assortir le régime qu'il adopte de règles qui en changeraient la nature au point qu'on ne pourrait plus le définir comme un système proportionnaliste. Il convient de rechercher si le quorum constitue une telle règle.

L'élection proportionnelle est le mode électoral qui assure aux groupes politiques, économiques ou sociaux, aux coalitions d'intérêts, aux associations d'un caractère plus neutre... existant dans un collège électoral déterminé une quote-part de représentation proportionnée à leur importance et indépendante de la volonté de la majorité. C'est un fait d'expérience qu'elle favorise la multiplication de groupes divers et peu importants, qui cherchent à faire entendre à l'assemblée législative le courant d'opinion qu'ils représentent, même si celui-ci n'émane que d'une petite minorité de citoyens. On a fait valoir que pareil éparpillement des forces, et l'émiettement des partis qui souvent l'accompagne, peuvent constituer un obstacle à une conduite efficace des affaires publiques; ils risquent en effet d'empêcher la constitution d'une majorité stable et assumant pleinement la responsabilité du pouvoir.

Après avoir affirmé qu'une clause d'élimination est en soi constitutionnelle, le Tribunal fédéral examine si la manière dont cette clause se concrétise dans la loi électorale fribourgeoise – sous la forme d'un quorum de quinze pour cent – peut conduire à mettre en doute sa constitutionnalité. A ce propos, le Tribunal déclare:

S'agissant d'élections au Grand Conseil, l'importance des groupements que le quorum a pour but d'éliminer doit être appréciée au regard, non seulement d'un arrondissement déterminé, mais du canton dans son ensemble. En effet, les effectifs d'un parti politique varient parfois beaucoup d'une région à l'autre du canton. De ce point de vue, un quorum de 15 % est excessif. Il risque de priver un groupe des mandats isolés qu'il aurait pu obtenir dans une ou plusieurs circonscriptions et qui, ajoutés aux sièges plus nombreux conquis dans d'autres cercles, eussent permis de constituer en définitive au sein de l'assemblée légis-

lative une députation suffisante pour jouer un rôle dans la conduite des affaires. Du même coup, l'électeur dont les convictions politiques sont peu répandues dans une région déterminée est empêché de donner son appui au parti de son choix, lors même que, dans l'ensemble du canton, ce dernier représente un courant d'opinions non négligeable et utile.

Le quorum de 15 % pourrait aboutir à exclusion du Grand Conseil un groupement représentant de 14 à 15 % des électeurs, et réunissant ainsi une minorité déjà appréciable. Pour peu que deux partis de cette force soient éliminés de la répartition des sièges, l'assemblée législative ne saurait plus prétendre être une représentation proportionnelle du corps électoral, puisque 29 % environ des citoyens seraient empêchés de participer à ses travaux.

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a considéré que le quorum de quinze pour cent prévu à l'article 20 (alinéa 3) de la loi électorale fribourgeoise violait l'article 36 de la Constitution de ce même canton, qui énonce le principe de la représentation proportionnelle. Il a annulé la répartition des mandats dans la circonscription du Lac parce que, dans cette circonscription, 12,4 pour cent des suffrages s'étaient exprimés en faveur du parti des ouvriers et employés, car il a considéré que les arguments qui s'appliquent à un quorum de 15 pour cent restaient valables si ce quorum n'était que de 12,4 pour cent. Sa décision à propos des élections dans la circonscription de la Sarine a été différente; le parti socialiste n'ayant obtenu dans cette circonscription que 6,6 pour cent des voix, le Tribunal a considéré que le chiffre du quorum était justifié.

### *Principauté du Liechtenstein*

Des circonstances semblables à celles qui avaient été soumises au Tribunal fédéral suisse ont fait l'objet de l'arrêt rendu le 1 mai 1962 par la Cour suprême (*Staatsgerichtshof*) de la Principauté du Liechtenstein sur le recours du parti chrétien-social contre une décision du gouvernement de la Principauté.

Le jugement porte sur les élections à la Diète du 25 mars 1962. La Diète est le parlement de la Principauté. Elle se compose de 15 députés, dont 9 sont élus dans la circonscription de l'Oberland et 6 dans celle de l'Unterland.

L'article 46 de la Constitution du Liechtenstein prescrit, pour les élections à la Diète, un droit de vote égal pour tous et un système de représentation proportionnelle pure. Selon l'article 22 de la loi électorale du 18 janvier 1939, la somme des suffrages exprimés dans une circonscription est divisée par le nombre, majoré d'une unité, des représentants à élire dans cette circonscription; le résultat exprime le quotient électoral. Aux termes de l'article 22, après calcul du quotient les mandats sont attribués comme suit. Chaque liste (c'est-à-dire chaque parti) a droit à autant de représentants que le quotient électoral est contenu de fois dans le nombre des suffrages

qu'elle a recueillis. Au cas où tous les mandats n'ont pas été ainsi répartis, les sièges restants doivent être attribués aux partis qui ont le solde de voix le plus élevé. D'après l'alinéa 3 du même article 22, les partis dont les listes n'ont pas recueilli 18 pour cent des voix des électeurs sont complètement exclus de cette répartition, et les voix données à ces partis ne sont pas prises en considération lors de la détermination du quotient électoral.

Le parti chrétien-social obtint, lors des élections à la Diète de 1962, environ 9 pour cent des voix dans la circonscription de l'Oberland, et 10,5 pour cent dans celle de l'Unterland. Il n'obtint de ce fait aucun mandat, et interjeta appel devant la Cour suprême contre la répartition des mandats faite selon les prescriptions de la loi électorale. Il demanda d'une part que soit déclaré inconstitutionnel l'article 22 (alinéa 3) de cette loi, selon lequel les listes qui n'obtiennent par 18 pour cent des voix d'une circonscription ne sont pas prises en considération lors de la répartition des mandats, et d'autre part que la proportionnalité pure soit rétablie sans aucune restriction comme le prévoit l'article 46 de la Constitution. A l'appui de sa requête, le parti chrétien-social fit valoir que le principe de l'égalité contenu dans l'article 31 de la Constitution (« tous les ressortissants du pays sont égaux devant la loi ») avait été violé, et que de ce fait il y avait eu acte arbitraire. Le parti ajouta que de l'article 46 de la Constitution, aux termes duquel chacun a un droit égal de participer aux élections et celles-ci doivent assurer une représentation proportionnelle pure, il découle très clairement que chacune des voix exprimées doit avoir non seulement la même valeur, mais encore la même effet, et que chaque voix qui n'a pas été prise en considération dans la première répartition des sièges doit l'être lors de la répartition des voix restantes.

La Cour suprême a déclaré anticonstitutionnel l'alinéa 3 de l'article 22 de la loi électorale sur le quorum de 18 pour cent, et ordonné que le quotient électoral soit déterminé en prenant en considération le nombre de suffrages recueillis par le parti chrétien-social. D'ailleurs, si ce nombre est inférieur au quotient électoral, le parti ne pourra pas bénéficier de la répartition des voix restantes. Un parti qui obtient un nombre de voix inférieur au quotient électoral n'a droit à aucun mandat, même lorsque le nombre des suffrages qu'il a recueillis est supérieur au solde des voix dont disposent les autres partis après la première répartition. La Cour suprême a donc admis la force éliminatoire du quotient électoral.

Les passages suivants des motifs de l'arrêt méritent d'être cités:

Selon la doctrine et la pratique généralement admises, il faut entendre en tout premier lieu par suffrage universel que chaque citoyen possédant le droit de vote dispose d'une voix égale à celle des autres et cela sans considération de race, de religion, de profession, de fortune, d'instruction ou d'opinions politiques, donc qu'un citoyen ne peut, pour de telles

considérations, être écarté des opérations électorales. Quoique l'on défende souvent en doctrine le principe de l'effet égal des suffrages, celui-ci n'est pas intégralement appliqué dans la pratique.

Si l'on étendait le principe de l'égalité à l'effet des suffrages, tous les partis qui prennent part à des élections et qui obtiennent des voix devraient être pris en considération lors de la répartition des sièges. Cela conduirait nécessairement à un émiettement de la représentation populaire rendant impossible la formation d'une majorité qui puisse assurer une gestion sérieuse des affaires publiques, pour laquelle une certaine stabilité est nécessaire; le régime démocratique en serait condamné à l'inefficacité. C'est pourquoi les Etats qui ont adopté la représentation proportionnelle doivent tempérer le principe de l'égalité d'effet des voix afin d'éviter cet émiettement. Ils le feront, par exemple, en combinant le système de la représentation proportionnelle avec le système majoritaire. C'est ainsi qu'en Allemagne, en plus des représentants élus dans chaque circonscription selon le système majoritaire, d'autres sont élus selon la représentation proportionnelle pour l'ensemble du *Land*. L'article 38 de la loi fondamentale allemande laisse la législation fédérale entièrement libre de déterminer de façon plus détaillée le système des élections au Parlement fédéral... La Constitution fédérale de l'Autriche prévoit que le droit de vote s'exerce de façon égale, directe, secrète et personnelle, selon le système de la représentation proportionnelle (là aussi sans correctif), que le territoire fédéral doit être divisé en circonscriptions électorales, et qu'une loi fédérale doit déterminer les modalités pratiques des élections. La loi électorale promulguée en application de cette prescription constitutionnelle prévoit qu'un parti doit obtenir au moins un mandat de base dans une circonscription pour avoir le droit de participer à la répartition des sièges. Un mandat de base ne peut être attribué qu'à un parti qui a obtenu un nombre de voix au moins égal à celui du quotient électoral, ce dernier étant déterminé, en Autriche aussi en divisant les suffrages exprimés dans une circonscription par le nombre, majoré d'une unité, des sièges prévus pour cette circonscription (système Hagenbach-Bischoff). Le quotient électoral est donc le facteur déterminant, et on ne peut répartir les mandats sans le calculer en vue de l'utiliser comme diviseur. Il est de ce fait le critère objectif du système de la représentation proportionnelle; il varie selon le nombre des suffrages valables, et dépend donc de la participation aux élections.

Comme on l'a déjà indiqué, il est important dans le système de la représentation proportionnelle d'éviter l'émiettement des partis. Le quotient électoral fournit un moyen approprié et objectif de déterminer si un parti qui brigue les suffrages a une importance suffisante. En vertu de l'article 22 (alinéa 3) de la loi du 18 janvier 1939, le quotient électoral est calculé en divisant le nombre des voix valables exprimées dans une circonscription par le nombre des représentants majoré d'une unité. Cette majoration favorise les petits partis, car le quotient électoral s'en trouve réduit dans l'Oberland à 10 pour cent et dans l'Unterland à 14,3 pour cent des suffrages de listes valables, tandis que, si l'on avait employé comme diviseur le nombre réel des représentants, le quotient serait 11,11 pour cent pour l'Oberland et de 16,66 pour cent pour l'Unterland. Le quotient électoral a donc automatiquement l'effet d'un quorum.

Le principe de l'égalité exige que les choses égales soient traitées avec égalité, et les choses inégales avec inégalité, étant entendu que, en cas de traitement inégal, seuls des facteurs objectifs peuvent être pris en considération. Le principe de l'égalité de vote ne doit pas seulement s'appliquer aux électeurs individuels, mais aussi aux partis politiques

en tant que groupements d'électeurs. On ne saurait nier qu'il n'existe aucun système électoral qui ne désavantage certains partis - car il faut bien prendre en considération l'autre principe selon lequel l'émiettement des partis est peu souhaitable. Cependant, toute inégalité de traitement qui n'est pas justifiée par une raison impérative ou par une considération objective est anticonstitutionnelle. Le quotient électoral fournit précisément un tel facteur purement objectif qui découle de la nature même de la représentation proportionnelle, tandis qu'une clause éliminatoire exprimée en un pourcentage ou un quorum s'inspire plutôt de considérations subjectives. A cela s'ajoute que l'article 11 (alinéa 1) de la loi du 18 janvier 1939 fonde le calcul de ces 18 pour cent sur le nombre des personnes ayant le droit de vote. Or on n'obtient jamais une participation de 100 pour cent aux élections, même si le vote est obligatoire. Toute réduction de la participation aux élections accentue l'effet du 18 pour cent éliminatoire; c'est ainsi que le quorum est effectivement de 20 pour cent si la participation aux élections n'est que de 90 pour cent, et de 24 si elle baisse à 75 pour cent. Une augmentation à dix-huit pour cent du quorum qui, par exemple dans le district de l'Unterland, serait de 14,3 pour cent sur la base du nombre des personnes qui ont participé à l'élection, ne saurait être fondée en droit, et c'est ce dernier pourcentage qui est objectivement conforme au système de la représentation proportionnelle tel qu'il est établi au Liechtenstein. La Constitution de la Principauté ne contient aucune disposition qui justifierait l'inscription, dans la loi sur la représentation proportionnelle, d'un quorum de 18 pour cent des personnes ayant le droit de vote. Un tel quorum ne peut pas davantage être justifié en invoquant les principes et les nécessités de la représentation proportionnelle, tandis que le quotient électoral est une caractéristique essentielle de ce système. Le quorum de dix-huit pour cent inscrit à l'article 22, et en particulier le calcul de ce quorum sur la base des personnes ayant le droit de vote, est donc contraire à l'égalité proclamée par l'article 31 de la Constitution ainsi qu'au principe du suffrage universel égal affirmé par l'article 46. L'alinéa 3 de l'article 22 de la loi du 18 janvier 1939 doit donc être abrogé comme contraire à la Constitution.

## DOCUMENT

### RAPPORT SUR LE COLLOQUE TENU A BANGALORE (INDE) DU 6 AU 8 JUILLET 1962, SOUS LES AUSPICES DE LA COMMISSION DE JURISTES DE L'INDE ET DE LA COMMISSION DE JURISTES DE L'ÉTAT DE MYSORE

#### SOMMAIRE

I.	Allocution prononcée par Shri M. C. Setalvad, <i>Attorney-Général</i> de l'Inde, à l'ouverture de la réunion . . . . .	346
II.	Allocution du président Shri Nittoor Sreenivasa Rau, président de la Cour suprême du Mysore . . . . .	350
III.	Rapport du premier comité . . . . .	353
IV.	Rapport du deuxième comité . . . . .	357

En septembre 1961, la Commission de juristes de l'Etat de Mysore a fait connaître à la Commission de juristes de l'Inde son vif désir d'organiser à Bangalore un colloque où seraient passés en revue les progrès de la Primauté du droit, considérée sous ses divers aspects, en Inde, au cours des dix dernières années.

La Commission de juristes de l'Inde a examiné cette proposition à son assemblée annuelle, le 8 octobre 1961, et a décidé d'organiser un colloque en collaboration avec la Commission de juristes de l'Etat de Mysore. Elle a aussi décidé d'en limiter l'objet aux deux questions suivantes:

- 1) l'enquête en matière pénale et les causes de retard dans la mise en jugement des inculpés;
- 2) la loi électorale indienne.

Le document de travail relatif à la première question a été rédigé par Shri N. S. Narayana Rao et le document de travail concernant la seconde par Shri G. S. Ullal. Le colloque s'est tenu du 6 au 8 juillet 1962 à Bangalore.

Il a été ouvert le 6 juillet par une allocution de Shri M. C. Setalvad, président de la Commission de juristes de l'Inde, alors *Attorney-Général* de l'Inde, sous la présidence de Shri Nittoor Sreenivasa Rau, président de la Cour suprême de Mysore.

Le 7 juillet 1962, les participants se séparèrent en deux comités, chargés chacun de l'une des deux questions des colloques. Ils tinrent une séance plénière le 8 juillet.

Parmi les personnalités de l'Etat de Mysore qui ont pris part au colloque, citons le juge Shri A. R. Somnath Iyer, le juge Shri

M. Sadasivayya, le juge Shri K. Sadananda Hegde et Shri G. R. Ethirajulu Naidu, procureur général de Mysore; parmi les personnalités étrangères à Mysore, le juge Shri S. K. Das, juge à la Cour suprême de l'Inde, Shri K. V. K. Sundaram, commissaire-en-chef aux élections, Shri B. N. Gohkale, ancien juge à la haute cour de Bombay, Shri K. Rajah Iyer, Shri Purshottam Trikamdas et Shri S. D. Vimadalal.

## I

### **Allocution prononcé par Shri M. C. Setalvad, Attorney-Général de l'Inde, à l'ouverture du colloque**

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi de féliciter, au nom de tous ceux qui sont ici présents, la Commission de juristes de Mysore de l'initiative dont elle a fait preuve et des efforts qu'elle a déployés pour organiser le présent colloque à Bangalore. Permettez-moi d'y voir une preuve caractéristique de l'intérêt que le Sud a toujours porté à tout ce qui concerne le droit et les matières apparentées. Son intérêt pour les questions qui touchent à la Primauté du droit s'est manifesté dans les nombreuses réunions qu'il a accueillies et qui en ont souligné l'importance.

Il est difficile d'exagérer l'importance de colloques tels que celui qui s'ouvre aujourd'hui. Nous ne nous proposons ni de tenir des discussions purement académiques, ni de soutenir des propositions théoriques entre juristes, ou entre gens qui s'intéressent au droit. Le véritable but d'un colloque comme celui-ci est, je crois, de réunir dans une discussion serrée des personnes qui s'intéressent non seulement à la théorie et à la philosophie d'où découlent les problèmes, mais aussi aux aspects pratiques de ceux-ci par exemple le droit pénal. Nous examinerons non seulement les dispositions de la loi et leur interprétation, mais aussi son application par l'Exécutif, par la police etc. De même, au sujet des élections, nous étudierons non seulement les réglemens électoraux mais encore l'aspect pratique des élections avec les personnes chargées de les organiser et avec les candidats qui les disputent. Ces débats, où seront évoqués ensemble les aspects théoriques et pratiques des problèmes, doivent permettre de formuler des conclusions que les autorités pourraient bien prendre en considération et peut-être accepter. En outre nos débats seront, si je puis dire, tout-à-fait privés. La presse n'y sera point admise. Les avantages de cette procédure sont manifestes. Les membres de l'Exécutif et les fonctionnaires chargés de l'administration courante pourront y prendre part et exprimer leurs vues librement et sans réticence, car ce qui se trouvera en fin de compte résumé dans les conclusions du colloque sera non pas les



opinions exprimées par tel ou tel des participants, mais la conclusion générale qui se sera dégagée du débat, ou l'opinion de la majorité, de la minorité ou d'un nombre considérable de participants.

Le président de la Commission de juristes de l'état de Mysore a évoqué l'importance de la Primauté du droit. Cette expression a été définie de nombreuses façons. En vérité, le sens qu'on lui a donné récemment a complètement détrôné l'acception étroite que lui reconnaissait Dicey. Il est difficile d'entendre l'expression d'une façon qui convienne à tous les contextes et à toutes les tribunes. On a dit que « l'essence de la Primauté du droit ne réside pas tant dans la légalité technique que dans la suprématie de certaines convictions d'éthique, de certaines normes admises de conduite normale, et dans le fait psychologique que ceux qui exercent le pouvoir partagent ces convictions et ces normes avec le reste de la collectivité, et se sentent obligés de s'y conformer ». Il se peut qu'une conception aussi large de la Primauté du droit ne doive pas ici retenir notre attention. Nos débats auront pour objet de trouver un moyen d'assurer l'application non seulement de la lettre mais aussi de l'esprit de la loi.

C'est une grande satisfaction que d'avoir réussi à obtenir pour ce colloque la collaboration de personnalités éminentes, et notamment du président de la Cour suprême de Mysore, d'un juge à la Cour suprême, de juges au tribunal et de beaucoup d'autres savants juristes que nous voyons sur l'estrade ou devant nous.

Deux sujets d'une grande importance ont été retenus comme thèmes de discussion. Le premier, l'enquête dans les procès criminels et les causes de retard dans la mise en jugement de l'accusé, est une vaste question qui touche à la vie quotidienne des citoyens et exige le respect de certains principes fondamentaux. Le second, la loi électorale indienne, a trait à l'efficacité et à la pureté des procédures d'une importance capitale qui président à la formation des législatures, nationales et régionales. Il est heureux que nous ayons pu nous assurer le concours d'hommes expérimentés pour diriger les débats de nos deux comités sur ces sujets.

Le manque d'efficacité de l'enquête dans les procès criminels ralentit l'instruction, ce qui explique le retard avec lequel s'ouvre le procès de l'accusé. Si ma mémoire est exacte, certains fonctionnaires de la police eux-mêmes ont déclaré devant la Commission du droit que tout ce qui concernait l'instruction criminelle avait énormément perdu de sa qualité. La cause en serait dans l'insuffisance du personnel. Les effectifs de la police n'ont pas suivi l'augmentation de la population. On peut comparer les forces de police de l'Uttar Pradesh à celles de l'Angleterre, qui sont deux fois plus nombreuses pour une population bien moindre. Une autre raison est le manque de formation systématique aux méthodes d'enquête modernes et scientifiques qui ont fait de grands progrès dans les autres

pays, alors que la police indienne s'en tient encore à ses vieilles méthodes. Il faut dire aussi que les fonctionnaires supérieurs ne suivent pas l'instruction d'assez près. Pour que les fonctionnaires chargés des enquêtes puissent accomplir efficacement leur tâche, ils doivent bénéficier du soutien de la loi à toutes les phases de l'enquête. Bien souvent, une enquête défectueuse provoque dans l'administration de la preuve des lacunes qui obligent le tribunal à prononcer le non-lieu ou l'acquittement de l'accusé. Comme l'a recommandé la Commission du droit, il faudrait nommer, au niveau du district et de la subdivision, des chefs de parquet qui pourraient non seulement diriger et surveiller les mises en accusation, mais au besoin guider l'enquête criminelle. On constate aussi un manque de collaboration du public avec la police et cette attitude persiste en partie parce que la police n'a pas changé de méthodes. Le public doit apprendre à avoir confiance en la police avant de pouvoir lui offrir sa collaboration. La manière dont les témoins sont traités, aussi bien par la police que par les tribunaux inférieurs, doit aussi être modifiée si on veut que les gens viennent spontanément offrir leur aide au cours de l'instruction criminelle et faciliter la découverte des coupables.

Notre constitution n'a établi que des dispositions très générales concernant les élections législatives. Sous réserve de ces dispositions, contenues dans les articles 80 et 81, 170 et 171, 324 à 329, le Parlement a été habilité à établir le système d'élection des assemblées législatives. En promulguant la loi sur la représentation des peuples, le Parlement a délégué une partie de ses pouvoirs à diverses autorités, de sorte que la plus grande part des opérations électorales est régie par des règlements.

Le droit à des organes élus librement, et véritablement représentatifs, est un droit imprescriptible de chaque citoyen d'une démocratie. S'il est restreint, ou entravé, ou détruit, la démocratie elle-même trouvera minée et c'en sera fait de la Primauté du droit.

Comment les gouvernements démocratiques se forment-ils dans notre pays? Les élections prescrites par le Législatif entraînent de très grosses dépenses. Même le montant des dépenses que les règlements permettent aux candidats d'engager est, à mon avis, fantastiquement exagéré si on tient compte de la pauvreté du pays et du revenu moyen du citoyen de l'Inde. Qui plus est, le maximum prescrit est toujours largement dépassé par le biais de divers subterfuges que la loi ne saurait interdire. La conséquence en est qu'aucun citoyen ne peut se permettre d'assumer à lui seul les frais d'une élection. S'il veut être élu, il doit essayer de se faire adopter comme candidat d'un parti. Comment faut-il faire? Le candidat devra présenter sa candidature en demandant que ses titres soient examinés par toute une hiérarchie d'organes du parti. C'est une procédure à

laquelle il semble que peu de personnes dotées d'amour-propre accepteraient de se soumettre.

Il y a ensuite le comité directeur du parti, qui en fait le dirige à son gré. Lorsqu'on parle de « diriger le parti » on fait allusion à sa direction exercée par un petit nombre de membres qui en occupent les postes-clés et qui le dominant. Dans la pratique le système tend à devenir, non pas la règle de la majorité des citoyens, mais celle des quelques individus qui se trouvent dominer le parti.

Comment les partis obtiennent-ils des fonds? Des milliards de roupies leur sont versés par des sociétés et par de grandes entreprises économiques. Le parti dirigeant, quel qu'il soit, peut-il éviter d'être influencé par ces donateurs qui lui ont permis de triompher dans la lutte électorale? N'entendons-nous pas dire fréquemment que telle ou telle personne a barre sur le gouvernement dans une certaine affaire, parce qu'elle a généralement aidé le parti? Sur ce point nous semblons être allés encore plus loin que ce que les autres pays démocratiques permettent. Nous avons promulgué des lois autorisant les sociétés à donner de l'argent aux partis politiques.

Ce sont là des questions d'une importance capitale pour la pureté de nos élections et pour le caractère représentatif de ceux que nous élisons. Tant que nous n'aurons pas institué des méthodes qui permettent aux citoyens de présenter leur candidature aux organes représentatifs sans difficulté ni dépenses excessives, il sera oiseux de parler de socialisme et d'avantages pour l'homme du commun, et la démocratie s'étiolera.

A mon avis, les principaux points qui devraient être examinés sont les suivants:

- 1) les méthodes d'élection qui empêcheraient la domination des comités directeurs des partis et laisseraient les coudées franches à chaque citoyen,
- 2) la réduction draconienne des dépenses électorales, effectives ou dissimulées,
- 3) l'interdiction faite aux partis de recevoir des dons du monde des affaires,
- 4) en tout état de cause, la vérification obligatoire des comptes de tous les partis et la publication de tous les dons qu'ils ont reçus, selon l'origine, ainsi que de toutes les dépenses électorales qu'ils ont encourues,
- 5) l'octroi de pouvoirs beaucoup plus grands à la commission électorale ou à un tribunal permanent indépendant pour enquêter sur les fraudes électorales, en particulier sur celles qui sont reprochées au parti au pouvoir.

En concluant, je ne voudrais pas manquer de mentionner les documents de travail très utiles qui ont été rédigés pour faciliter les débats du colloque, et en particulier le document de travail présenté par M. Ullal.

Je suis certain que les débats du colloque qui s'ouvre aujourd'hui aboutiront à d'utiles résultats.

## II

**Allocution du président Shri Nittoor Sreenivasa Rau,  
président de la Cour suprême du Mysore**

Monsieur l'Attorney-Général, Monsieur le Président de la Commission de juristes de l'Etat de Mysore, mes amis,

Lorsqu'il y a deux mois les organisateurs de ce colloque m'ont informé qu'il allait prochainement se réunir, j'en été très heureux, car je suis de ceux qui pensent que de tels échanges d'idées sont essentiels pour notre pays, non seulement pour assurer l'évolution scientifique de la jurisprudence, mais aussi dans l'intérêt public au sens le plus large. Nous connaissons tous les buts et les objectifs de la Commission internationale de juristes, la grande œuvre qu'elle a accomplie et aussi l'œuvre de la Commission de juristes de l'Inde. La Commission de l'Etat de Mysore a aussi été active depuis sa création il y a trois ans, et le présent colloque marquera une étape importante dans sa carrière. Il y a un mois, un colloque s'est réuni ici sous les auspices de l'*Indian School of International Studies* (Ecole indienne d'Etudes internationales) pour étudier des sujets touchant au droit international. Il a été ouvert par l'Attorney-Général, et je peux parler en connaissance de cause de l'excellent travail qui s'y est fait et des résultats fructueux qu'ont produit les débats. Vous savez aussi qu'une section de l'Institut de droit de l'Inde a été créée récemment dans notre Etat et s'efforce de promouvoir l'étude et la discussion scientifique des questions juridiques. Je suis certain que le présent colloque, outre la contribution utile qu'il apportera à la solution pratique des problèmes relevant des thèmes choisis, fera naître un intérêt actif pour l'examen et l'étude des problèmes juridiques.

J'ai eu l'avantage de pouvoir lire les deux documents de travail qui, je dois le dire, représentent un effort considérable tant par la matière qu'ils ont réunie que par la pensée originale dont ils éclairent les problèmes en cause. Ils formeront la base de nos débats dont il ne m'appartient pas d'anticiper le déroulement. Je me bornerai à quelques observations générales sur ces deux sujets importants que sont, vous le savez, la loi électorale et l'enquête criminelle.

Le succès avec lequel trois élections générales, qui faisaient appel à un corps électoral d'une ampleur sans précédent, ont été organisées et menées à bien dans notre pays, semble avoir non seulement causé une satisfaction générale en Inde, mais recueilli les félicitations chaleureuses d'observateurs avisés dans d'autres pays. Néanmoins, la procédure électorale étant le fondement même de l'édifice démocratique, le mode de fonctionnement du mécanisme

électoral doit être l'objet d'une vigilance et d'une surveillance constantes. La lecture de la loi sur la représentation du peuple et des réglemens en la matière montre que cette idée en a inspiré les auteurs; les rapports périodiques de la commission électorale et les directives prodiguées par ceux qui ont la charge du mécanisme des élections, ainsi que par le commissaire aux élections qui la dirige, montre qu'ils sont tous conscients de la nécessité de cette vigilance. En fait, les rapports de la commission sont une source de documentation fort précieuse. Il faut aussi relever que la loi et les réglemens ont été amendés périodiquement pour remédier aux déficiences constatées et pour apporter les améliorations suggérées. C'est pour nous une vive satisfaction de voir que le commissaire aux élections, avec son abondante expérience en la matière, a accepté de présider la réunion consacrée à cette question.

Puis-je me permettre de mentionner un aspect de la procédure électorale qui cause de sérieuses inquiétudes à tous ceux qui réfléchissent, bien qu'il s'agisse d'une question qu'il n'est peut-être pas possible de résoudre entièrement par des lois et des réglemens? Je veux parler de la profonde transformation du comportement humain et des valeurs morales qui accompagne la psychologie de l'élection. On peut presque dire que ceux qui se lancent dans la compétition électorale se sentent obligés d'adopter un code de conduite à rebours. Ni les anciennes traditions de notre pays, ni les valeurs acceptées ailleurs, ne permettent à un homme de brûler ce qu'il a adoré. Cependant c'est ce que l'on attend, entre autres choses, d'un candidat aux élections. Puisque le secret du succès réside dans la magie des chiffres, le désir de trouver des appuis, c'est-à-dire de réunir des suffrages, a amené la mise au point de techniques difficilement compatibles avec le maintien de la dignité humaine. Le sentiment de la rivalité est généralement si profond qu'il faut assurer par les armes la protection des candidats. Les plus hauts dirigeants sont sans doute capables de maintenir une apparence de courtoisie dans leurs rapports mutuels et de se comporter avec civilité à l'égard les uns des autres, mais à mesure qu'on descend dans la hiérarchie la rivalité dégénère en animosité et nous sommes témoins de ce phénomène regrettable que sont les luttes factieuses provoquées par les élections. Une des plus graves conséquences de cette dégradation des valeurs morales associées que provoquent les élections, c'est que les gens de mérite sont en fait découragés de briguer un mandat aux assemblées élues. Je reconnais qu'il n'y a pas de solution toute faite à proposer, et que la seule issue réelle réside dans une amélioration graduelle de l'éthique individuelle et de la moralité publique. Cet espoir paraîtra peut-être chimérique, mais nous avons l'exemple de la Grande-Bretagne et, dans une certaine mesure, des Etats-Unis, où il s'est produit un changement très sensible dans le code moral des élections. Autrefois, la période

électorale se caractérisait par toutes sortes d'actes de grossièreté et de corruption. Aujourd'hui, un code de conduite correcte est non seulement admis, mais mis en pratique dans ces pays. Preuve en est que l'on y voit rarement un candidat demander l'annulation d'une élection, alors qu'une épidémie de protestations suit dans notre pays les élections à tous les niveaux, des Panchayat jusqu'aux plus hautes instances. Il est aussi fâcheux de constater que l'atmosphère des élections a contaminé même des institutions consacrées à la science, l'art et la culture, où l'antique coutume imposait jusqu'ici d'élire les comités à l'unanimité, après que les membres eurent procédé aux consultations et négociations nécessaires.

L'autre thème de nos débats, à savoir, l'enquête criminelle et l'ouverture des procès, et la nécessité d'éviter des retards, n'a pas une importance moins grande, car le fonctionnement de tout le système a des répercussions sur les droits de l'homme et sur les libertés fondamentales. En considérant les problèmes qui se posent dans ce domaine, on ne peut oublier l'histoire de notre pays. On n'a pas tardé à reconnaître ici qu'en raison du taux de la criminalité, les libertés individuelles devraient être plus strictement limitées qu'en Angleterre par exemple, et qu'en même temps il était impossible de faire aussi largement confiance à la police pour mener l'enquête. Nous constatons ainsi, d'une part que les pouvoirs en matière d'arrestation sont plus larges dans notre pays; l'arrestation en effet a lieu sur la base d'une suspicion raisonnable, alors que dans le Royaume Uni et aux Etats-Unis d'Amérique, elle ne peut avoir lieu que lorsque l'autorité compétente a décidé de poursuivre. D'autre part, les dispositions du code de procédure pénale interdisant l'usage des déclarations de membres de la police est un aveu de la faiblesse relative de celle-ci, car cette interdiction n'existe pas dans la législation des pays que j'ai mentionnés. Mais la situation est plus ou moins la même en ce qui concerne les aveux pour lesquels la règle observée est ce que l'on appelle « la règle des juges ». Il faut reconnaître que même avant que les libertés fondamentales ne soient inscrites dans notre Constitution, l'importance de la liberté du citoyen avait depuis longtemps été reconnue, et que les lois relatives à la procédure pénale limitaient strictement les pouvoirs dont disposait la police pour restreindre la liberté du citoyen, par exemple en l'obligeant à mettre la personne arrêtée en présence d'un magistrat dans les 24 heures et en ne permettant à la police d'obtenir le renvoi devant une autre instance qu'après examen approfondi de l'affaire par le magistrat chargé de l'instruction. En ce moment où l'on célèbre le centenaire des trois premières cours d'appel de notre pays, nous devons aussi nous souvenir avec gratitude qu'elles ont établi et maintenu, comme celles qui ont été créées par la suite, de hautes traditions pour la sauvegarde des libertés des citoyens. Le pouvoir d'accorder la liberté provisoire a

été libéralement exercé pendant toutes ces années. Même dans ce domaine je ne peux m'empêcher d'observer que l'efficacité avec laquelle la police et les tribunaux peuvent fonctionner dépend directement du niveau de la moralité publique. Le sens du devoir et de la responsabilité civiques n'est pas encore arrivé à sa pleine maturité dans notre pays, de sorte que les autorités chargées des enquêtes réunissent à grand'peine les renseignements nécessaires, et que la communication volontaire des renseignements pertinents est un phénomène virtuellement inconnu dans ce pays. Il est à espérer que ce regrettable état de choses se modifiera rapidement et que le public prendra toujours plus pleinement conscience de ses responsabilités et de ses devoirs civiques.

Nous avons la chance inespérée de pouvoir confier à l'honorable juge S. K. Das la présidence du comité qui étudiera cette question.

Je remercie les organisateurs de m'avoir ainsi permis de participer au colloque, et comme vous tous je forme des vœux pour le succès de nos travaux.

### III

#### **Rapport du premier comité: les retards dans les enquêtes pénales et dans la mise en jugement des inculpés**

Dans les remarques qu'il a faites à l'ouverture de la séance M. S. K. Das, président, a proposé que le comité étudie les points suivants en plus de ceux qui sont traités dans le document de travail:

1. l'influence des tribunaux de panchayat sur l'enquête criminelle et sur la mise en jugement de l'accusé;
2. la séparation complète entre le Judiciaire et l'Exécutif;
3. les retards apportés à l'application de la procédure de sauvegarde;
4. la nécessité de modifier les dispositions du code relatives à la mise en liberté sous caution;
5. la constitution de tribunaux régionaux exerçant leur juridiction dans des limites territoriales commodes;
6. le moyen de s'assurer la coopération du public pendant l'enquête et le procès par la création d'une atmosphère appropriée.

Le président a consacré un examen détaillé aux questions énumérées ci-dessus. Il a ensuite expliqué l'économie du document de travail, que les participants étaient censés avoir lu. La première partie du document traitait de la nécessité d'organiser un colloque sur ce sujet, la deuxième partie des causes de retard, et la troisième des remèdes suggérés. Il a été souligné que la question des tribunaux de panchayat n'avait pas été étudiée dans le document, car cette institution n'existe pas uniformément dans l'Inde toute entière.

Quant à la séparation du Judiciaire et de l'Exécutif, elle est effective dans de nombreuses parties du pays et notamment dans l'Etat de Mysore, et n'a donc pas été analysée dans le document.

### **Les causes de retard dans les enquêtes pénales**

En ce qui concerne les causes de retard dans les enquêtes pénales, les participants se sont accordés à déplorer:

1. la corruption, souvent doublée d'inefficacité, du fonctionnaire chargé de l'instruction;
2. les diverses pressions qui s'exercent sur ce fonctionnaire;
3. a) le manque de matériel et de moyens suffisants;  
b) le manque de temps résultant de l'insuffisance de personnel qualifié;  
c) l'étendue du ressort des postes de police;
4. l'absence de surveillance et de directives efficaces et opportunes pendant l'enquête.

### **Les causes de retard dans la mise en jugement**

Les participants ont été également unanimes à attribuer les retards dans la mise en jugement principalement aux causes suivantes:

1. la dépendance du Judiciaire vis-à-vis de l'Exécutif;
2. le surmenage excessif des magistrats;
3. la défaillance, dûe à des raisons variées, de beaucoup de témoins.

### **Les remèdes suggérés**

#### ***1. Création d'un service chargé de la direction des poursuites***

Après avoir examiné les systèmes qui existent dans le Royaume Uni et aux Etats-Unis et avoir pris en considération les recommandations de la commission du droit à ce sujet, la majorité des participants a été d'avis qu'il y avait lieu de créer un service du même genre qui se composerait d'un chef du parquet général dans chaque Etat et d'un chef du parquet dans chaque district. En ce qui concerne les attributions de ces hauts fonctionnaires, l'opinion a été émise que le chef du parquet général (pour l'Etat) et le chef du parquet (pour le district) devraient avoir pour seule fonction de décider si, au vu des matériaux réunis par le magistrat chargé de l'instruction, il y avait ou non lieu à poursuites. L'opinion de la majorité a cependant été que le parquet général devrait également pouvoir aider de ses conseils le magistrat chargé de l'instruction, et surveiller le déroulement de celle-ci. L'objection qu'il pourrait en résulter des conflits d'autorité entre l'Exécutif et le ministère public n'a pas été retenue par la majorité. Les participants ont esti-



mé que le chef du parquet général pour l'Etat et le chef du parquet pour le district devraient avoir le pouvoir de se faire présenter des rapports sur l'état de l'instruction, soit au reçu d'une plainte, soit de leur propre initiative, lorsqu'ils ont connaissance d'une circonstance anormale. En outre, chacun d'eux devrait s'assurer que le fonctionnaire chargé de l'instruction n'abuse pas des pouvoirs dont il est investi.

Sur la question de savoir à quelle autorité supérieure le chef du parquet général devrait être rattaché, l'opinion généralement exprimée a été que ce haut fonctionnaire ne devrait être subordonné ni au ministre de l'Intérieur, ni à l'inspecteur général de la Police d'Etat. Un participant a opiné que le chef du parquet général devrait être responsable devant le procureur général de l'Etat, mais cet avis n'a pas rencontré une large adhésion parmi les membres du colloque.

En ce qui concerne les conditions de service du chef du parquet général, les participants ont considéré qu'il n'y avait pas d'objection à ce que le gouvernement de l'Etat nomme le premier titulaire du poste. En revanche sa promotion et ses autres conditions d'emploi devraient être du ressort de la Haute Cour de l'Etat.

Le l'avis unanime des participants, le chef du parquet général devrait avoir dans ses attributions la surveillance et le contrôle de tous les chefs de parquet de district, ainsi que le pouvoir de leur donner des avis et des directives chaque fois qu'ils viendraient à le consulter sur des cas particuliers.

De même, il a paru que le chef du parquet de district devrait être recruté parmi des juristes ayant le rang et le statut de magistrat suppléant de district, et entouré du nombre de collaborateurs nécessaire à l'accomplissement effectif de sa tâche.

Outre les pouvoirs de surveillance mentionnés ci-dessus, le chef du parquet général devrait s'acquitter des fonctions suivantes:

- a) diriger l'appareil des poursuites criminelles dans le district et être le chef administratif de tous les procureurs des cours d'assises et des tribunaux d'instance du district;
- b) recevoir copie de tous les rapports d'enquête préliminaire établis pour toutes les infractions qui justifient l'arrestation sans mandat, et constituer rapidement les dossiers de ces affaires;
- c) conseiller la police sur les aspects juridiques des affaires à toutes les phases de la procédure pénale, notamment pendant l'enquête;

## 2. Conclusions adoptées au sujet des enquêtes

a) *Dossier*. Des copies de tous les documents du dossier qui peuvent intéresser le déroulement de l'enquête seront immédiatement adressées au magistrat saisi de l'affaire;

b) (i) *Matériel et personnel*. Le service disposera d'un nombre suffisant de gradés et de subalternes dans chaque poste de police.

Une formation systématique sera donnée dans les écoles spécialisées de la police; non seulement elle portera sur les méthodes d'enquête modernes, mais elle comportera aussi un enseignement juridique qui pourra être fourni par des magistrats expérimentés ou des praticiens du droit. Dans chaque poste, les enquêtes seront confiées à un groupe distinct d'agents qui n'auront pas à s'acquitter d'autres fonctions;

(ii) Chaque poste sera équipé de moyens de communication et de transport modernes;

(iii) Chaque Etat devra posséder en suffisance des installations de laboratoire et d'autres équipements;

(iv) Les officiers et les hommes du service recevront une rémunération suffisante, qui sera à la mesure de leurs attributions et de leurs responsabilités;

(v) Il faudra mettre fin à la pratique suivie dans certaines parties du pays, qui consiste à charger des fonctionnaires du service de la police d'exercer les poursuites, et apporter le cas échéant, les modifications nécessaires au code de procédure pénale.

c) Il y aura lieu de fixer le délai dans lequel, lorsqu'un inculpé, est appréhendé, le réquisitoire doit être présenté. En cas de retard le magistrat recommandera à l'instance de recours de suspendre l'enquête, à moins que par décision motivée il ne déclare le retard justifié. Le code de procédure pénale (articles 167 à 173) devra être modifié en conséquence.

d) Toute violation par le fonctionnaire chargé de l'enquête des dispositions du code de procédure pénale, des règlements de police ou de toute autre loi sera sévèrement réprimée dès que les tribunaux ou le chef du parquet général en auront été informés.

### *3. Recommandations visant à éviter des retard dans la mise en jugement de l'inculpé*

a) L'excès de besogne qui accable les instances judiciaires peut être allégé si l'on encourage les Nyaya Panchayatas qui fonctionnent dans les villages ou groupes de villages à connaître des infractions mineures (qui devraient être classifiées). Dans les cas où ce système fait défaut, des Nyaya Panchayatas devraient être établis. Il a semblé que le personnel des Nyaya Panchayatas devrait travailler par rotation, de façon que les opinions partisans ne se reflètent pas dans l'administration de la justice.

b) Il pourra être créé des tribunaux régionaux en aussi grand nombre qu'il semblera nécessaire, chacun exerçant sa juridiction dans des limites territoriales commodes. Des dispositions analogues à celles de l'article 497(3A) devront aussi être introduites au bénéfice de l'accusé qui comparait devant une cour d'assises.

c) Tous les encouragements appropriés seront donnés aux

témoins pour les aider à vaincre les réticences qu'ils peuvent éprouver à se présenter devant un tribunal.

d) Des dispositions seront prises pour que les affaires complètement instruites soient présentées au tribunal *de die in diem*.

e) Procédures de sauvegarde prévues par les articles 107 à 110 du code de procédure pénale. La cruauté dont on fait preuve en faisant traîner en longueur ces procédures a été dénoncée par la plupart des participants. De l'avis général, il ne faudrait pas que ces procédures deviennent un instrument de torture morale à la disposition de la police. La suggestion selon laquelle il conviendrait de fixer un délai pour l'accomplissement de ces procédures a été acceptée à l'unanimité. De l'avis général aussi, il est souhaitable que ces procédures soient d'abord instituées, puis que les magistrats de l'ordre judiciaire se prononcent à leur égard.

#### IV

#### Rapport du deuxième comité: la loi électorale Indienne

Bien que le document de travail lui ait servi de base de discussion, le comité présidé par Shri K. V K. Sundaran a examiné aussi quelques autres points concernant le déroulement des élections.

Le comité a d'abord étudié la question de savoir s'il ne conviendrait pas de réduire très sensiblement le montant maximum des frais que les candidats sont présentement autorisés à engager dans leur campagne électorale. On a fait valoir que les chiffres déclarés par les candidats dans leurs rapports sont souvent bien inférieurs au maximum prescrit, mais que les dépenses véritablement encourues par les principaux candidats en présence, en particulier lorsque la compétition est acharnée, ne sont pas nécessairement en deçà de cette limite. Le comité a estimé qu'il faudrait réunir des renseignements et des statistiques sûrs concernant les frais effectifs à inscrire sous diverses rubriques, telles que transport, impression, réunions agents etc., puis les analyser de façon que des montants maximum raisonnables puissent être fixés par la loi.

En l'absence de tels renseignements, le comité n'a pas pu conclure expressément que les montants maximums actuels sont élevés et pourraient être réduits. Les participants sont convenus que la question des élections libres et honnêtes étant d'une importance cruciale pour le pays, cet aspect particulier, et d'autres aussi, devraient être étudiés par un comité de la Commission indienne de juristes.

Devant l'impression très répandue que de nombreux candidats dépensent de fortes sommes d'argent pour leur élection, au mépris

des dispositions légales, certains ont douté qu'il fût utile de prescrire un plafond. La majorité des membres présents n'a cependant pas partagé cet avis.

Des participants ont fait valoir qu'une réduction substantielle des dépenses électorales des candidats et des frais occasionnés à l'Etat par les élections ne pouvait être obtenue qu'en remplaçant les élections directes actuelles par une forme d'élections indirectes. Après un long débat, le comité est convenu qu'il n'était ni opportun ni justifié de modifier le système actuel.

Au sujet des dépenses considérables consacrées par les partis politiques à leur propagande au moment des élections, le comité a reconnu qu'il convenait de les ajouter aux sommes dépensées à titre individuel par les candidats des divers partis pour déterminer si les montants maximums prescrits par la loi ont été ou non dépassés.

La majorité du comité a été d'avis qu'il devrait être interdit aux sociétés anonymes de verser des dons aux caisses des partis. Le comité a d'autre part estimé qu les comptes des partis politiques, faisant apparaître leurs sources de revenus et leurs dépenses électorales, devraient être soumis à une vérification extérieure et rendus publics.

Un participant s'est demandé si, en dehors des sociétés anonymes, les individus et les entreprises commerciales ne devraient pas se voir interdire d'une façon ou d'un autre, de dépenser de grosses sommes au bénéfice des candidats. Le comité a été d'avis que cette question devrait être envoyée au comité de la Commission indienne de juristes qu'il est envisagé de créer.

Le comité a examiné quelques suggestions tendant à réduire ou à contrôler les dépenses des candidats:

- 1) la suggestion d'avoir des isoloirs ambulants qui iraient recueillir les votes à domicile a été généralement considérée comme irréalisable;
- 2) le comité a admis que l'octroi de la franchise postale aux candidats pour l'envoi de leurs feuilles de propagande pourrait leur être d'un certain secours;
- 3) la distribution de cartes d'électeurs par l'administration pour remplacer le système actuel des « feuilles d'identité » distribuées par les candidats ne réduirait sans doute pas énormément les dépenses de ces derniers; en revanche les cartes d'électeurs délivrées par l'Etat faciliteraient les usurpations d'identité;
- 4) aux fins de contrôle des dépenses, il a été suggéré que les candidats et les partis devraient faire connaître leurs moyens de transports et indiquer les postes où ils s'approvisionnent en huile et en essence.

Le comité a reconnu la nécessité de réprimer le truquage des relevés de dépenses électorales en lui appliquant des sanctions pénales. Selon une autre suggestion, la commission électorale devrait être autorisée à enquêter sur les allégations des dépenses excessives formulées contre les candidats battus et à les déclarer inéligibles

pour corruption; le comité a toutefois décidé de réserver ce point pour un examen ultérieur.

Le comité s'est demandé si les autorités électorales pourraient mener des enquêtes efficaces et rapides sur les accusations de malversations commises pendant la période des élections, et prendre des mesures contre les personnes reconnues coupables. Il a aussi estimé que la réunion de preuves concernant ces pratiques au moment même où elles se produisent pourrait être utile par la suite. De l'avis général cette idée a paru irréalisable, car elle risquerait d'exposer les fonctionnaires chargés des élections à être accusés de partialité et d'offrir l'occasion de fabriquer des preuves pour les besoins de la cause.

Le comité a estimé que le dépôt de 2.000 roupies exigé de chaque candidat à titre de garantie de frais était trop élevé, et devrait être réduit de moitié, soit au montant de 1.000 roupies prescrit avant l'amendement de 1961. En même temps, la loi pourrait prévoir que l'auteur d'une requête jugée infondée ou abusive devrait être condamné aux frais de la cause.

Le comité a examiné certains aspects de la préparation et de la publication des listes électorales et estimé qu'ils n'étaient pas en tous points satisfaisants. Il a insisté sur la nécessité de demander aux principaux fonctionnaires chargés des élections d'exercer une surveillance plus grande et plus efficace lors de la préparation des élections. Les listes devraient pouvoir être contrôlées plus facilement et dans un plus grand nombre d'endroits. Cependant la suggestion tendrait à confier cette tâche à des magistrats de l'ordre judiciaire n'a pas paru acceptable au comité.

Le comité a examiné la suggestion selon laquelle les panchayats des villages seraient rendus responsables de l'établissement des listes électorales sous la surveillance du commissaire aux élections et de son personnel. De l'avis général du comité, la situation actuelle des panchayats risquerait de causer de plus graves inexactitudes encore dans les listes là où il y aurait des factions.

Il a été suggéré que les commissaires aux élections de chaque Etat devraient être des fonctionnaires du gouvernement central choisis et nommés par la commission des élections sans en référer aux gouvernements des Etats. Le comité a examiné cette suggestion, et s'est accordé à reconnaître qu'une telle modification n'était pas nécessaire. L'activité des commissaires aux élections n'a donné lieu à aucune plainte et il est souhaitable, du point de vue administratif comme du point de vue pratique, de leur donner un statut de secrétariat.

Le comité a estimé qu'il y aurait lieu de prendre des mesures pour instruire rapidement les plaintes en irrégularités dans des opérations électorales, par exemple en nommant un plus grand nombre de juges subalternes qui prendraient temporairement la place des

juges de district et des juges de district suppléants nommés membres des tribunaux électoraux.

Le comité a considéré que les dispositions en vigueur pour le second dénombrement des votes n'étaient pas toujours observées par les scrutateurs, ce qui amenait des mécontentements. Si des mesures appropriées étaient prises pour remédier à ce mal, le nombre des protestations en serait réduit d'autant.

## REVUE DES LIVRES

*Le droit en Europe de l'Est*, publications du Bureau de documentation sur le droit en Europe de l'Est de l'Université de Leyde, sous la direction de Z. Szirmai (Leyde, A. W. Sythoff). No 1 (1958), 83 pages, 9,50 florins; No 2 (1958), 132 pages, 15,50 fl.; No 3 (1959), 158 pages, 23,75 fl.; No 4 (1960), 52 pages, 16,50 fl.; No 5 (1961), 384 pages 36 fl.; No 6 (1962), 168 pages, 20 fl. (Tous reliés en toile).

Pendant les trente années où Staline a régné sur les destinées du communisme international et de l'Union soviétique, l'étude des divers problèmes culturels et scientifiques qui se posaient dans cette région aurait pu se limiter à l'interprétation de la volonté du dictateur, telle qu'elle s'exprimait dans la ligne politique générale du gouvernement et se symbolisait dans la démonologie compliquée des emplois subalternes du Kremlin. On se rappelle encore l'importance qu'il fallait attribuer à la manière dont se rangeaient autour du chef les membres de la hiérarchie admis sur le podium du mausolée de Lénine les jours de revues et de défilés. Il serait peut-être imprudent et prématuré, lorsque l'on étudie l'administration actuelle de l'Union soviétique, de ne plus accorder d'importance à ces signes extérieurs des caprices d'un dictateur; mais la nécessité d'analyser plus à fond l'histoire de l'Union soviétique depuis la mort de Staline s'impose de plus en plus.

Les peintres et écrivains soviétiques viennent d'apprendre que leur liberté d'expression telle qu'ils la conçoivent (et elle est encore bien étroite selon nos critères) n'est pas illimitée; néanmoins, le fait que les produits de leur art controversé aient pu recevoir assez de publicité pour s'attirer les critiques des milieux officiels est un phénomène nouveau dans la vie culturelle de l'Union soviétique. De même, depuis deux ans, des ferments nouveaux agitent les milieux juridiques. Par exemple, si la notion de la présomption d'innocence de l'accusé en procédure criminelle n'a pas été retenue dans la nouvelle législation soviétique et dans la pratique judiciaire, elle fait néanmoins l'objet de nombreuses discussions, au même titre que certaines autres notions que reconnaît le principe de la légalité tel que nous l'entendons dans les pays de l'Ouest. Ni en art ni en droit il n'y a eu encore d'autodafé matériel ou symbolique des hérétiques; il nous est donc encore loisible de nous demander si à l'avenir les artistes et les savants accepteront les édits par lesquels le pouvoir invite ceux qui se trompent à réviser « volontairement » leurs aberrations. Quiconque a goûté au fruit de la liberté en désire davantage. Depuis quelques années, la soif de contacts avec le

monde extérieur a réduit le rideau de fer à n'être plus qu'un filtre des idées de l'étranger qui ne leur oppose plus d'obstacle infranchissable. Le moment semble approcher où le monde occidental devra non seulement évaluer objectivement les mouvements nouveaux qui agitent le monde soviétique, mais aussi trouver quelques positions intellectuelles séduisantes et nouvelles qui pourraient servir de base à une discussion loyale.

Il est permis d'espérer que cette tendance s'affirmera dans l'Union soviétique et qu'elle permettra d'engager dans des conditions d'égalité suffisantes un dialogue qui ne cessera de s'élargir. Certes les autorités au pouvoir ne voient pas d'un bon œil ce libre échange d'idées, mais peut-être n'ont-elles pas le moyen de s'y opposer. Il y a en outre le sol culturel traditionnellement fertile des États de l'Europe de l'Est qui suivent à des degrés divers les directives de l'Union soviétique. Les Yougoslaves et les Polonais ont été très loin dans leurs efforts pour s'exprimer et échanger des idées avec le monde capitaliste. Dans les peuples de Tchécoslovaquie et de Roumanie on voit apparaître des tendances analogues, encore latentes dans la plupart des cas. Les intellectuels vivant en Pologne et leur collègues exilés à l'Ouest poursuivent depuis quelque temps un dialogue où ils soulèvent nombre de problèmes cruciaux; pour la première fois cette discussion — qui ne peut que profiter aux uns et aux autres — se déroule sans que de part et d'autre on se jette à la tête des accusations ou de violentes récriminations. C'est dans une large mesure sur la possibilité d'examiner sans passion les positions respectives des deux parties que repose l'espoir d'une coexistence culturelle où chacun s'efforce de faire mieux que l'autre; rares sont les personnes qui, doutant encore sans grande conviction de la supériorité de la liberté, préfèrent se retrancher dans leur isolement.

Il est inutile de souligner que les sujets culturels et scientifiques qui sont plus éloignés des grands problèmes de la politique sont plus susceptibles avec le temps de donner lieu à d'utiles confrontations que ceux qui sont considérés comme des instruments directs de l'État en matière d'affaires intérieures et extérieures. Les coups qui ont été portés à la conception monolithique des pays communistes ont visé le volume de la réglementation étatique plus que la qualité du régime totalitaire. Le gant de velours qui recouvre la main de fer est devenu plus doux et plus fin; le poing reste fermé, mais il pourra se desserrer sous la force croissante des idées nouvelles. Il serait exagéré de trouver une signification décisive au petit nombre de faits qui nous sont parvenus de la zone soviétique, mais on peut penser qu'une évolution dans l'autre sens irait à l'encontre des lois fondamentales du comportement humain qui, pour le non marxiste, restent le facteur déterminant de la politique.

Les juristes qui étudient le droit comparé ou défendent les droits de l'homme par des actes positifs ont sujet de regretter que



le droit reste jusqu'à présent, dans l'Union soviétique, un sujet essentiellement « politique » parmi tous ceux dont la discussion est autorisée. La légalité socialiste et le principe de la légalité (pour rester dans les généralités et ne pas aborder les faits eux-mêmes) restent éloignés l'un de l'autre parce que ces deux conceptions envisagent sous des angles totalement différents la justice égale pour tous en droit et l'indépendance réelle de la magistrature; mais cet éloignement tient aussi à ce que dans le monde soviétique on craint le renversement des principes socialistes que provoqueraient l'échelle occidentale des valeurs humaines et étatiques et la recherche individuelle et collective du bonheur. Il a donc été impossible jusqu'ici de discuter de problèmes juridiques sans que les partisans de la légalité socialiste se replient sur des positions défensives fondamentalement politiques et dénoncent les « conceptions bourgeoises » du droit naturel, les « tentatives cosmopolites » visant à limiter la souveraineté nationale, « l'impérialisme juridique » et autres expressions privées de sens hors de leur cadre dialectique, et qui empêchent toute étude comparée objective. Cela est d'autant plus regrettable que bien des aspects de la théorie et de la pratique de la légalité socialiste pourraient paraître sous un jour beaucoup plus favorable qu'aujourd'hui, où ils sont réduits à servir l'opportunisme politique. Tant que les dirigeants de l'Union soviétique, et aussi (par cette osmose efficace dont ils ont le secret) les dirigeants de tous les pays du bloc, ne changeront pas d'attitude sur ce point, les juristes communistes ne pourront guère contribuer à la recherche sincère d'un terrain d'entente.

Le libre courant des idées étant ainsi limité pour des raisons d'ordre politique (un exemple en est la suppression du cours de droit que le professeur Harold Berman devait donner à Moscou), les études objectives consacrées dans le monde occidental aux problèmes de la légalité socialiste prennent une importance particulière pour les juristes qui étudient le droit comparé en général et le droit communiste en particulier. L'une des contributions les plus utiles qui soient apportées aujourd'hui à ces études est la série de publications du Bureau de documentation sur le droit en Europe de l'Est, qui viennent d'être rédigées sous la direction de M. Z. Szirmai, directeur du Bureau. Depuis le premier recueil publié au début de 1958, six volumes ont paru; ces instruments de travail sont présentés sous une forme agréable et digne de la réputation des éditions A. W. Sythoff.

La décision de publier une série d'ouvrages consacrés au droit de l'Europe de l'Est n'est pas due au hasard. Depuis sa création en octobre 1953, le Bureau de documentation de Leyde s'oriente vers de nombreuses questions, mais ce sont les juristes hollandais qui ont surtout bénéficié de ces travaux publiés dans la célèbre *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*. C'est pour rendre ces solides pu-

blications du Bureau accessibles aux juristes de nombreux pays que le Bureau s'est risqué à les faire paraître en anglais.

Les lecteurs de la *Revue* savent que le nombre des périodiques juridiques est plus que suffisant, et que nombreux sont ceux qui disparaissent lorsque l'érudition et l'art de présenter font défaut. *Le droit en Europe de l'Est*, lui, s'est affirmé parce que chacune de ses six livraisons portait la marque de ces qualités.

Le rédacteur en chef, M. Z. Szirmai, a utilisé quatre méthodes. L'une consiste à consacrer une livraison à des articles sur divers sujets juridiques pour un seul pays (No 1, No 6); la deuxième, à présenter des articles séparés étudiant tel ou tel problème de droit dans divers pays (No 2). Dans deux livraisons, l'étude des divers codes de l'Union soviétique constitue un sujet unique (No 3, No 4). Enfin, on a expérimenté la présentation comparée d'un sujet unique, étudié du joint de vue de tous les pays de l'Europe de l'Est, plus la Chine (No 5).

Quels que soient les avantages que l'on reconnaisse à l'une ou l'autre de ces méthodes (l'auteur de cet article, pour sa part, penche en faveur de l'examen comparé d'un sujet de droit, tel qu'on l'a fait pour la loi sur les successions au No 5), il faut constater que le rédacteur en chef a pu s'assurer pendant ces cinq années la collaboration d'excellents auteurs et a réussi à faire des diverses études un ensemble harmonieux caractérisé par une recherche méticuleuse et une présentation objective.

La valeur des traductions de plusieurs langues d'Europe de l'Est et la reproduction absolument exacte des citations dans la langue originale montrent avec quel soin et quelle érudition ont été rédigés et collationnés les textes, notes et bibliographies.

On ne saurait surestimer l'importance que présentent les ouvrages sérieux consacrés à la compréhension de la théorie et de la pratique de la légalité socialiste. Les publications de Leyde s'attachent particulièrement à l'aspect pratique du problème, et elles apportent dans ce domaine une contribution importante et neuve. N'en prenons pour exemple que le No 4, qui présente un texte annoté du code de la marine marchande en URSS. Ne pas trop se limiter à la théorie du droit est déjà en soi une qualité; il existe de nombreuses revues spécialisées qui sont consacrées à cet aspect du droit, mais bien rares sont celles qui aident à mieux faire comprendre les répercussions pratiques de la légalité socialiste sur la vie et le sort des habitants des pays de l'Est. *Le droit en Europe de l'Est* a déjà apporté beaucoup de ce que le professeur R. P. Cleveringa appelle le « bienfait de la compréhension de ce qui est, que cela nous plaise ou non, le droit positif dans une grande partie du monde d'aujourd'hui ». Il faut espérer que cette revue continuera à le faire.

John N. Hazard et Isaac Shapiro, *The Soviet Legal System* (Le système juridique soviétique), publié sous le patronage de la *Parker School of Foreign and Comparison Law* de l'Université Columbia (Oceana Publications Inc. Dobbs Ferry, New-York, 1962), 595 pages.

Les juristes des pays occidentaux ont pu se faire une certaine image du droit soviétique lorsque pour la première fois certains auteurs ont tenté de faire connaître au delà des frontières ce qu'était ce système juridique. La seconde guerre mondiale a donné la première impulsion à cet effort.

L'Union soviétique, alliée du temps de guerre, se vit promue au rang de puissance mondiale dont la sphère d'influence fut étendue à de vastes parties de l'Europe de l'Est et de l'Europe centrale. Les pays de cette région furent contraints, malgré une forte résistance dans la plupart d'entre eux, d'adopter le système politique, social et juridique de l'Union soviétique, jusque là peu connu des juristes occidentaux qui le tenaient pour un « vide juridique ». Il suscita rapidement un intérêt croissant, et de nombreux ouvrages furent publiés, en anglais et en allemand surtout, et aussi en français, pour essayer de résoudre les problèmes que soulevait l'influence du système juridique soviétique dans le monde. La science juridique soviétique était alors dominée par Andreï Vychinsky, qui avait été procureur général au moment des grandes purges de Staline. Les travaux qu'il avait consacrés au droit soviétique, et d'autres documents relevant du même sujet, étaient encore inconnus à l'Ouest où personne ne les avait traduits, analysés ou étudiés.

Cette période que l'on pourrait qualifier de « période d'initiation au droit soviétique » eut pour couronnement la tentative faite pour présenter en un seul ouvrage, non seulement le système juridique de l'Union soviétique, mais aussi celui des démocraties populaires, qui est calqué sur le modèle soviétique. C'est en 1959 que parurent les deux volumes de l'ouvrage de MM. Vladimir Gsovski et Kazimierz Grzybowski sur *Le Gouvernement, le Droit et les Tribunaux en Union soviétique et en Europe orientale*. On trouvera l'analyse de cet ouvrage dans la *Revue de la Commission internationale des juristes*, Tome II, No 2, pages 221 et suivantes.

Nous disposons maintenant sur le système juridique soviétique d'un nouvel ouvrage dû aux professeurs Hazard et Shapiro, de New York, qui nous donne une image nouvelle du droit soviétique. Nous voudrions dans la présente analyse insister sur le moment historique où il est publié, sur la conception fondamentale dont il s'inspire, et sur la méthode utilisée pour broser un tableau d'ensemble du système juridique de l'Union soviétique d'aujourd'hui.

Il ne fait plus de doute que le système juridique soviétique est actuellement l'objet de modifications d'une grande portée. De-

puis la mort de Staline, survenue en 1953, des faits nouveaux se sont produits qui, ainsi que l'a justement remarqué le professeur allemand Maurach, justifient que les spécialistes tournent une nouvelle page de l'histoire juridique de l'URSS. On admet généralement aussi bien à l'Est qu'à l'Ouest que la mort du dictateur à la poigne de fer a marqué le début d'une ère nouvelle en droit soviétique. Les trois derniers Congrès du parti communiste de l'Union soviétique (PCUS), savoir le vingtième en 1956, le vingt-et-unième en 1959 et le vingt-deuxième en 1961, ont déclenché une activité législative qui a déjà abouti à la promulgation de quatre codes nouveaux. On a annoncé d'autres lois nouvelles, et notamment une constitution nouvelle pour l'URSS; il semble donc que tout le système juridique soviétique va être entièrement refondu. Les Congrès ont inspiré un flot toujours croissant d'articles juridiques dans les revues soviétiques où ces réformes sont commentées et étudiées. Un certain nombre de livres ont également été publiés dans l'Union soviétique pour évaluer les résultats et les objectifs des réformes actuelles en cette « période de pleine construction du Communisme », pour utiliser la désignation officielle de l'étape actuelle.

Les spécialistes du droit soviétique dans les pays de l'Ouest ont marqué un intérêt croissant pour cette évolution, et nombre d'ouvrages ont été consacrés à divers aspects de la réforme. A plusieurs reprises, dans le *Bulletin de la Commission internationale de juristes*, l'attention des juristes a été appelée sur ces faits nouveaux qui présentent un intérêt considérable (Voir les Bulletins No 5, 6, 9, 12, 13, 14).

Mais pour la première fois, les auteurs du livre que nous analysons ici ont tenté de présenter un tableau d'ensemble de la réforme, d'exposer le système juridique soviétique « tel qu'il existe actuellement ». C'est une « image nouvelle » du droit soviétique en pleine réforme qui nous est offerte.

Nul ne saurait contester l'opinion qu'expriment les auteurs dans leur préface: l'année culminante de leur étude, 1961, était très propice à une telle entreprise. Ce fut l'année du vingt-deuxième Congrès du parti, qui donna pour directives de construire « les fondations matérielles et techniques du communisme », et qui a proclamé que « l'épanouissement de la dictature de la classe ouvrière en un Etat où chacun est l'Etat » serait « une nouvelle étape dans la création de l'état socialiste ». Des projets de constitution nouvelle adaptée à cette nouvelle étape furent mis en circulation. Comme les auteurs le font observer, « la réforme du droit commencée peu après la mort de Staline était suffisamment avancée pour que la révision des codes fondamentaux pût être entamée ». Tout compte fait, les auteurs ont bien choisi leur moment pour se livrer aux recherches nécessaires à la rédaction du livre; la date de sa publi-

cation a été heureusement choisie, elle aussi. En effet, la réforme avait alors suffisamment progressé pour qu'on pût en distinguer les insuffisances, les mobiles, les facteurs de progrès et les aspects rétrogrades, sans qu'il fût possible pour autant de prédire le résultat de la lutte entre les forces opposées qui sont en jeu. Néanmoins, comme le prouve ce livre, l'image nouvelle du droit soviétique diffère sensiblement de l'ancienne, malgré la date relativement récente à laquelle le premier édifice juridique fut achevé.

La conception fondamentale dont s'inspire ce livre trouve sa meilleure expression dans une question posée dans l'avant-propos de la première partie qui, à notre avis, est un passage fondamental. Cette question est ainsi rédigée:

Les codificateurs se sont-ils lancés dans des directions nouvelles, assouplissant les normes juridiques qui ont jusqu'à présent régi l'organisation fondamentale de l'Etat soviétique et ses rapports avec les citoyens, ... les réformes juridiques soviétiques ont-elles donné une nouvelle dignité et une nouvelle liberté au citoyen soviétique?

La réponse est immédiate: « Il est encore trop tôt pour le dire ». Tous les textes que les auteurs ont choisis pour corroborer leur thèse sont groupés autour de cette question fondamentale.

La première partie est consacrée aux *problèmes de la légalité* et aux *droits de l'homme*. On y trouve les textes de base où sont exposés les efforts faits pour renforcer la « légalité socialiste ». Les auteurs examinent dans cette partie les conditions dans lesquelles la théorie du droit de Vychinsky a été rejetée, les expériences nouvelles en matière de contrôle social et la « participation des masses » à l'administration de la justice, telle qu'elle se traduit par la création des tribunaux de camarades et de la milice bénévole. Ils décrivent les instruments de l'ordre public en signalant les modifications que leur ont été apportées par les « lois fondamentales sur le système judiciaire » promulguées en 1958. Ils analysent la nouvelle réglementation protégeant les droits civils qui figure dans le code pénal de la RSFSR de 1961 et le rôle du procureur général en la matière, la procédure en matière criminelle et civile, et l'utilisation du droit pénal pour le maintien de l'ordre.

Sous le titre *L'administration du socialisme soviétique*, les auteurs ont entrepris, dans la deuxième partie, la tâche ingrate de fournir en 200 pages un aperçu des règles d'administration de l'économie soviétique. Or on peut dire que cette administration est constamment en train d'être réorganisée, la dernière modification ayant été annoncée en décembre 1962 encore. Les lois agraires et la législation du travail sont examinées dans cette partie, ainsi que les règles relatives à la direction, à la conception et à la gestion des organismes de l'Etat. Sous ce titre de « gestion des organismes de l'Etat » sont reproduits des documents qui traitent de la gestion

des entreprises industrielles et commerciales soviétiques. Des chapitres distincts sont consacrés aux contrats conclus entre entreprises socialistes, aux litiges auxquels ils donnent lieu, au règlement de ces litiges par arbitrage de l'Etat, aux coopératives en tant qu'organes économiques supplémentaires. Un chapitre sur « l'encouragement à la découverte » résume les mesures prises aujourd'hui en Union soviétique pour protéger les brevets et les droits d'auteur, telles qu'elles sont exposées dans les *Principes fondamentaux du droit civil de l'URSS et des Républiques de l'Union* promulgués en 1961.

La présentation des textes soviétiques pertinents est faite de manière à mettre le citoyen soviétique au premier plan; l'intérêt est centré sur le citoyen ordinaire, pris dans l'engrenage de cette économie centralisée. Les auteurs analysent avec un soin particulier les vestiges de l'entreprise privée.

La troisième partie, *Relations juridiques entre citoyens soviétiques*, traite de la partie du droit qui a gardé le plus de ressemblance avec son modèle romain. Pour user d'une terminologie occidentale, elle représente les vestiges du droit privé en Union soviétique. Les chapitres de la troisième partie sont consacrés à la propriété personnelle, aux contrats conclus entre citoyens, aux successions, aux dommages, aux assurances sociales et au droit familial.

Sur la base des textes soviétiques réunis dans ces trois parties, qui comptent vingt-et-un chapitres, le lecteur est invité à chercher les réponses possibles à la question fondamentale soulevée dans le livre, à savoir « Quelle est la tendance de la réforme? » Et ceci nous amène à examiner la méthode choisie par les auteurs pour présenter le problème.

C'est la méthode, traditionnelle dans le pays de *Common Law*, qui consiste à présenter des cas concrets plutôt que des considérations théoriques et des généralisations. Dans chaque chapitre les auteurs, au moyen d'un bref exposé historique, replacent le lecteur dans le contexte du problème étudié. Tous ces exposés sont brefs, et aucune de ces introductions, qui sont formulées avec clarté et précision, ne dépasse quatre pages. Ces exposés sont suivis d'un choix judicieux d'extraits de diverses sources: textes de lois, décrets, règlements et directives du parti communiste, comptes rendus d'audiences, décisions des tribunaux, et opinions de juristes soviétiques sur l'aspect théorique de la question. Au lecteur de tirer ensuite ses propres conclusions. S'il veut se renseigner plus complètement sur les éléments du problème, il trouve à la fin de chaque partie une liste d'ouvrages, soviétiques ou non. On peut s'interroger sur les avantages et les inconvénients de cette méthode. On pourrait soutenir que dans la présentation des lois qui ont mis la réforme en pratique, les auteurs n'accordent pas assez d'attention à la mainmise monolithique du parti sur tout le

maintien de l'ordre. Mais une chose néanmoins est certaine: cette méthode semble la meilleure pour présenter un système juridique en pleine évolution dans une société qui se transforme. Les auteurs se sont imposés de laisser pour une large part au lecteur le soin d'évaluer et de peser les documents qui lui sont soumis. Si ce livre doit servir de manuel dans les écoles de droit (et le professeur ne pourrait que s'en réjouir), il présente l'avantage d'éviter tout risque de pronostic hâtif, d'étudier le système juridique concrètement et sans idée préconçue, et il fournit au lecteur curieux un guide sûr et valable. Un guide de ce genre ne sera naturellement jamais complet, mais il peut, et c'est le cas ici, présenter tout ce qui importe. Il ne dispense pas le lecteur de l'analyse et de l'évaluation minutieuses des institutions juridiques qui se dégagent de la réforme. Les auteurs ont voulu délibérément en faire un ouvrage de référence, « une documentation post-stalinienne du droit soviétique » comme le dit le sous-titre de l'ouvrage. De ce point de vue il n'a pas de précédent, et il sera difficile à égaler.

Pour une large part les textes présentés ne tarderont pas à perdre de leur intérêt, car la machine législative soviétique est en pleine activité. Il n'a pas échappé aux auteurs que leur documentation vieillira rapidement; en fait, elle a déjà vieilli depuis que le manuscrit a été rédigé. Pour eux d'ailleurs, le livre n'est qu'un prologue à la réforme juridique en Union soviétique. On peut ajouter qu'un tel prologue ne peut que stimuler l'étude de cette réforme par le moyen du droit comparé. Il semble donc juste de conclure, en citant la seule prédiction que les auteurs se soient risqués à faire dans la préface:

Ce recueil de textes est aussi un prologue, car la chose publique soviétique semble à la veille de modifications d'une grande portée. Deux courants de pensée se dégagent des pages qui suivent. Si l'un d'eux l'emporte, on assistera peut-être à l'apparition d'attitudes et de formes qui rappelleront de plus en plus celles que connaissent les spécialistes des sciences politiques et les juristes du monde non soviétique. Si au contraire c'est l'autre courant de pensée qui prédomine, le système reviendra peut-être à cet esprit qui a inspiré ses premières années, c'est-à-dire le retour aux formes populaires et simples du droit. Peut-être ces deux tendances s'amalgameront-elles, chacune influant de manière très différente sur différents segments des rapports sociaux.

Quelque doive être le résultat, on peut affirmer avec certitude que l'ouvrage des professeurs Hazard et Shapiro confirme avec autorité la naissance d'une ère nouvelle du droit soviétique.

JÁNOS TÓTH

Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport au Conseil économique et social sur les travaux de la dix-huitième session de la Commission* (Publications des Nations Unies No. E/3616).

Lors de sa dix-huitième session, la Commission a repris l'examen d'un problème vieux de quelques seize ans: la création de comités consultatifs nationaux des droits de l'homme. A sa deuxième session déjà, en 1946, le Conseil économique et social, sur recommandation du groupe initial de la Commission des droits de l'homme, avait par sa résolution 9 (II) invité les Etats Membres des Nations Unies « à examiner l'opportunité de créer, dans le cadre de leurs pays respectifs, des groupes d'information ou comités locaux des droits de l'homme, qui collaboreraient avec eux au développement des activités de la Commission des droits de l'homme ». Cependant ce n'est qu'à sa seizième session, en 1960, que la Commission a examiné de nouveau la question de la création de ces comités. A la fin de la session, la Commission vota une recommandation qui par la suite devint la résolution 772 B (XXX) du Conseil économique et social du 25 juillet 1960. Par cette résolution le Conseil invitait les gouvernements, en vue de procéder à un échange d'informations et de données d'expériences concernant les fonctions des comités nationaux des droits de l'homme, à communiquer au secrétaire général tous les renseignements pertinents dont ils disposaient à ce sujet, de façon à ce que le secrétaire général puisse faire rapport à la Commission et aux divers gouvernements. Or la récolte fut maigre, et quelques membres de la Commission s'en sont plaints ouvertement lors de la dix-huitième session. Néanmoins la discussion des quelques réponses reçues permit une confrontation intéressante des différents points de vues. Certaines interventions furent nettement hostiles à la création de comités nationaux, prétendant que d'autres organismes de l'Etat, tel les tribunaux ou le Parlement, étaient bien mieux équipés pour défendre les droits de l'homme sur le plan national que des comités dont les fonctions seraient purement consultatives. D'autres interventions plaidèrent en faveur de la constitution de tels comités, disant que ces organismes auraient un rôle double à jouer: un rôle consultatif d'abord, en soumettant aux organes gouvernementaux compétents des avis et des propositions sur des questions intéressant les droits de l'homme, mais aussi un rôle plus général, en informant le public des problèmes ayant trait aux droits de l'homme. Finalement la Commission décida de recommander aux gouvernements l'établissement des organismes mentionnés dans la résolution 772 B (XXX) du Conseil économique et social, c'est à dire les comités nationaux des droits de l'homme. En même temps la Commission spécifia le rôle que ces comités sont appelés à jouer: « Ces organismes pourraient, par exemple, étudier les questions ayant trait



aux droits de l'homme, examiner la situation sur le plan national, donner des avis au gouvernement et aider à la formation d'une opinion publique favorable au respect des droits de l'homme ».

JEAN ZIEGLER

Manouchehr Ganji, *International Protection of Human Rights*, préface de Paul Guggenheim (éditions Droz, Paris-Genève, 1962) 317 pages.

La théorie de l'intervention humanitaire part du principe que les Etats ont l'obligation internationale de garantir à leurs citoyens un certain nombre de droits fondamentaux. La garantie de ces droits revêt une double importance: d'abord elle est nécessaire pour permettre aux citoyens une vie de liberté et de justice, d'autre part elle conditionne le maintien de relations amicales entre les Etats. La théorie de l'intervention humanitaire affirme en plus que l'existence de cette garantie des droits fondamentaux est d'une telle importance que sa violation par un Etat ne peut être ignorée par les autres Etats. Ainsi, au cas où un Etat refuserait d'accorder des droits fondamentaux à ses citoyens ou violerait la garantie déjà accordée de ces droits, les autres Etats seraient autorisés à intervenir sous condition que l'Etat en question ait agi d'une manière flagrante. Le livre de M. Ganji, écrit dans une langue précise et dépouillée, contribue substantiellement à clarifier la notion tant discutée de l'intervention humanitaire.

Sur le plan de la doctrine, M. Ganji se rallie en bonne partie aux vues de M. Rougier. Pour que l'intervention soit permise il faut que trois éléments soient réunis. M. Rougier, et après lui M. Ganji, les formulent ainsi:

1. Il faut que le fait qui motive l'intervention soit un fait de la puissance publique, et non le fait de particuliers.
2. Ce fait doit constituer une violation des principes fondamentaux du droit, et non une simple violation du droit national positif.
3. Il faut que l'intervention réunisse certaines conditions d'opportunité.

Après son exposé concernant les derniers développements de la doctrine de l'intervention humanitaire, M Ganji procède à l'examen de quelques cas concrets. Il présente ainsi d'intéressantes analyses de l'action entreprise par la France, l'Angleterre et la Russie contre les massacres turcs en Grèce et qui aboutit à l'indépendance grecque en 1830, de l'intervention de l'Autriche, la France, l'Angleterre, la Prusse et la Russie en Syrie de 1860, et de l'action de la Russie contre la Turquie à l'occasion de la persécution des chrétiens de l'Herzégovine et de Bulgarie en 1877-78.

La plupart de ces interventions de puissances étrangères dans

les affaires intérieures d'un Etat manquant au respect des droits fondamentaux de ses citoyens étaient motivées par la persécution d'une minorité religieuse. Peu à peu la conscience internationale évoluait. Après la première guerre mondiale, l'obligation de chaque Etat de garantir un certain nombre de droits fondamentaux à ses citoyens fut universellement reconnue. Une série de traités internationaux sanctionnèrent alors le principe. M. Ganji donne une analyse détaillée et impartiale des mesures prises par la Société des Nations en faveur des minorités ethniques et religieuses. Un chapitre extensif est consacré à l'examen de la Déclaration des droits de l'homme des Nations Unies, un autre à la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans ce dernier chapitre l'auteur s'est borné à analyser le mécanisme de la Convention, sans pour autant juger de l'efficacité ou de l'inefficacité de la Convention. Le mécanisme de protection fonctionne depuis septembre 1953. La Commission européenne des droits de l'homme a, à la date du 31 décembre 1960, traité plus de mille cas et rendu 715 décisions (voir l'excellent article de M. Philippe Comte sur *l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, dans la *Revue de la Commission internationale de Juristes*, Tome IV, No. 1). Si on peut regretter que M. Ganji n'ait pas consacré plus de place à l'analyse de la jurisprudence de la Commission européenne, on doit néanmoins reconnaître le très grand mérite de son livre, celui d'avoir donné une vue d'ensemble perspicace et bien ordonnée des diverses tentatives pour établir au moyen de garanties internationales la protection efficace des droits fondamentaux de l'individu.

J. Z.

Richard Baeumlin, *Staat, Recht und Geschichte* (EVZ-Verlag, Zurich 1962) 68 p.

L'analyse de M. Baeumlin des relations toujours changeantes entre les notions d'Etat, de Droit et d'Histoire constitue une excellente introduction à l'étude d'un problème central de toute philosophie du droit, celui du contenu moral de la norme juridique. L'auteur procède d'abord à l'examen de « l'Ordo » médiéval. Dans la philosophie scholastique, l'homme et les œuvres de l'homme, c'est-à-dire l'Etat et le Droit, font partie d'un ordre préétabli, voulu et instauré par Dieu. L'Etat et le Droit, comme toute autre création de l'homme d'ailleurs, ne constituent donc que des étapes sur la voie de la révélation progressive de cet « Ordo ».

Le rationalisme bouleversera radicalement cette conception de l'Etat et du Droit. Pour les juristes et les philosophes des 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles, l'Etat est une création *ex nihilo*, une œuvre de l'hom-

me et de l'homme seul. Alexandre Hamilton pourra écrire dans le *Fédéralist*: « What is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? » Autrement dit l'Etat, la société créée, structurée, ordonnée par le Droit, est due au génie propre de l'homme. Le bouleversement apporté par la philosophie rationaliste comporte une dimension historique. En effet la philosophie scholastique, qui affirmait l'existence d'un « Ordo » d'essence divin et reléguait l'Etat et le Droit au rang de révélations partielles de cet « Ordo », ne pouvait voir dans l'action de l'homme que l'effet d'un déterminisme. L'homme en créant l'Etat, en éditant des lois, en réfléchissant et en formulant le Droit, n'agissait pas en vertu de sa liberté, mais ne faisait que servir d'agent à un déterminisme historique qui se manifestait à travers lui. La situation est toute autre pour la philosophie rationaliste. Ici l'acte humain est conséquence directe du libre exercice de la liberté individuelle. La source du Droit réside dans la volonté des hommes.

C'est parce qu'une multitude l'aura voulu que l'Etat sera ce qu'il sera. M. Baeumlin franchit la troisième étape du développement historique en analysant avec une grande lucidité l'époque des codifications du « Rechtsstaat » bourgeois du 19ème siècle. Selon l'auteur, la grande force de cette époque résidait dans l'idée du « constitutionalisme ». Cette idée veut que le Droit évolue avec la nécessité toujours changeante de la vie sociale, mais que la constitution, norme fondamentale de l'Etat, ne change pas ou en tout cas n'évolue qu'avec une extrême prudence.

C'est dans cette idée du « constitutionalisme » que M. Baeumlin voit le remède contre ce qu'il appelle avec un terme très heureux le *Anpassungsrecht*, c'est-à-dire le Droit qui suit les changements sociaux sans se préoccuper de l'importance de la valeur morale de la norme juridique. M. Baeumlin est professeur de droit public à l'Université de Berne. Pour prouver sa thèse, il choisit ses exemples avant tout dans le droit public suisse. Ainsi il analyse l'évolution, critiquable selon lui, que subit le référendum populaire sur le plan fédéral. Des groupes de pressions se servent de plus en plus de la menace du référendum pour exercer une influence sur les discussions et décisions du Parlement. Le référendum, destiné par la volonté originaires du législateur à permettre au peuple souverain l'exercice d'un droit de veto sur les actes du Législatif, devient ainsi de plus en plus un simple moyen de lutte de politique intérieure.

Erhard Appell, *Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Bedeutung für das Deutsche und Strafverfahrensrecht* (La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; sa signification du point de vue du droit pénal et de la procédure pénale allemands) (Marburg, Gg. Nolto, 1961), 132 p.

La Convention européenne des droits de l'homme est le premier accord conclu en vue d'assurer une protection internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les Etats signataires, une fois qu'ils ont ratifié le Convention, sont tenus d'en appliquer les normes qui forment la base d'un droit international à portée géographique limitée. Ils sont également tenus de modifier les normes de droit interne qui pourraient contrevenir aux dispositions de la Convention. Un tel effort d'adaptation demandera évidemment beaucoup de temps, les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme auront une influence déterminante sur cette adaptation, et la jurisprudence interne relative à la Convention montrera plus clairement encore aux législateurs des divers Etats combien elle est nécessaire. Une efficace protection des droits de l'homme, qui est l'objet de cette Convention, exige qu'il n'y ait point de contradiction entre les normes juridiques des Etats parties à la Convention et celles de la Convention elle-même, ou que les contradictions éventuelles disparaissent rapidement. A cette fin il est nécessaire, entre autres choses, de procéder à une étude véritablement scientifique dans les divers pays pour faire apparaître les contradictions possibles entre la Convention et le droit de chaque pays. L'auteur de la thèse ci-dessus s'est donné pour tâche « de procéder à une comparaison des dispositions de la Convention européenne sur les droits de l'homme et des normes du droit pénal allemand, tant de fond que de procédure; de rechercher jusqu'à quel point il y a accord entre les deux systèmes; enfin, de signaler les conséquences d'un écart entre certaines normes de droit pénal et les dispositions de la Convention ».

Ce sujet de thèse a été particulièrement bien choisi; l'exposé des problèmes procède d'un plan clair et se fonde sur de nombreuses sources, et il fait de ce travail une contribution précieuse au débat actuel sur les effets de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats en cause (Signalons à ce propos l'excellent article de M. Philippe Comte paru dans le tome IV, No. 1 de la *Revue*, et intitulé *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne*).

M. Appell divise son exposé en trois parties; la première in-

dique les traits principaux de la Convention des droits de l'homme, la deuxième et troisième sont consacrées au sujet véritable de la thèse; la Convention y est mise en parallèle, tout d'abord avec les règles de la procédure pénale, puis avec les règles de fond du droit pénal. L'auteur examine en grand détail la mesure dans laquelle la procédure pénale des tribunaux et des autorités administratives d'Allemagne est conforme aux exigences de la Convention. Dans cet examen, les conditions que la Convention impose à la procédure pénale des Etats sont étudiées une à une en corrélation avec les dispositions allemandes correspondantes; l'auteur établit ensuite une sorte de bilan pour chacun des points principaux, tels le droit d'être entendu en justice, les droits de la défense, le caractère public des débats, etc. Bien que M. Appell procède à cet examen comparatif avec beaucoup de minutie et de sens critique, il aboutit à un résultat très favorable – comme on devait d'ailleurs s'y attendre – pour l'état du droit en République fédérale d'Allemagne. Ce n'est que dans très peu de cas d'importance secondaire, comme par exemple à propos de la désignation d'un défenseur d'office ou de l'internement avec obligation de travailler prévu par l'art. 20 de l'ordonnance sur les obligations alimentaires, que les règles de droit interne ne répondent pas aux exigences de la Convention. Il n'est cependant pas possible de parler ici avec plus de détail des divers points traités par l'auteur, ni du problème du droit pénal international esquissé dans ce mémoire.

RUDOLF TOROVSKY

T. Olawale Elias, *British Colonial Law: A Comparative Study of the Interaction between English and Local Laws in British Dependencies* (Le droit colonial britannique: étude comparée de l'influence réciproque, dans les dépendances britanniques, du droit anglais et des droits locaux) (Londres, Stevens and Sons, 1962), 323 p., £ 3.10.

Il n'est point besoin de présenter M. Elias aux lecteurs des publications de la Commission. Outre ses contributions à la *Revue*, il a présenté le rapport général à la Conférence africaine de Lagos en 1961. Il a également étudié divers aspects du droit africain dans un certain nombre de livres qui font autorité, et sa réputation de juriste ne cesse de croître. En 1960, M. Elias est devenu ministre de la Justice dans le gouvernement fédéral du Nigéria.

Le présent ouvrage est pour l'essentiel une étude de l'introduction du *Common Law* dans les dépendances de l'Empire britannique, de la Grenade aux îles Fidji, et de l'influence exercée par cette forme de droit sur le droit local. Dès le début, l'auteur nous prouve que l'étude du « droit colonial » est restée d'actualité. Par la force des choses, c'est sur le droit colonial que repose l'ordre juridique des

pays qui viennent d'accéder à l'indépendance. De ce fait les tribunaux de ces pays l'appliquent chaque jour, encore que bien des règlements et lois de l'époque coloniale aient été abrogés, amendés ou révisés.

Dans la première partie, l'auteur explique la nature et le domaine du droit administré dans les colonies britanniques, et examine la manière dont le système juridique est organisé et dont les lois sont faites dans les colonies. Cette partie contient ainsi un chapitre consacré à la magistrature. Dans la deuxième partie M. Elias analyse des questions de droit positif, et consacre notamment un long chapitre au droit pénal. A ce sujet il expose la célèbre affaire d'assassinat Kibi, qui se déroula il y a une vingtaine d'années en Côte de l'Or (ainsi qu'on appelait alors le pays). Dans la troisième partie M. Elias touche à un certain nombre de sujets, tels que la procédure, la codification, l'enseignement du droit et la recherche juridique. Il est intéressant de noter qu'il met en garde le lecteur contre une codification excessive du droit local, notamment du régime foncier et du droit familial; il fait valoir que cette codification pourrait aller à l'encontre du but cherché, « l'interprétation des lois et les finesses de la procédure pouvant poser des problèmes tels que seuls des avocats et des juges de carrière formés dans les universités occidentales pourraient les résoudre », et ceci au détriment des pratiques des tribunaux locaux. M. Elias souligne à juste titre « l'urgente nécessité d'enregistrer et de publier les jugements importants prononcés dans chaque colonie en application du droit coutumier local ». Il est évident que l'absence de telles archives rend plus difficile la recherche juridique qui pour ces pays revêt aujourd'hui une importance particulière.

Il est probable qu'un certain délai s'est écoulé entre la rédaction de cet ouvrage et sa publication. Il ne fait pas mention par exemple des travaux et du rapport du Comité Denning sur l'enseignement du droit qui ont été publiés en janvier 1961, et l'analyse du développement du droit indigène et du droit islamique en Nigéria septentrional passe sous silence le code pénal qui fut promulgué dans cette Région à la fin de septembre 1960 et révolutionna notamment la législation sur le meurtre.

Les vues de l'auteur sont bien exposées, ses observations et ses idées sont toujours constructives et modérées. L'ampleur de son érudition et l'intérêt qu'il porte à son sujet ne manqueront certainement pas d'inciter d'autres juristes à suivre la voie qu'il a si largement ouverte en matière de science et de recherche juridiques. Ajoutons que l'auteur est admirablement placé maintenant pour orienter et influencer le développement et l'application du droit dans le plus grand pays d'Afrique.

## **PUBLICATIONS RÉCENTES DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES**

### **Revue de la Commission internationale de Juristes**

Tome IV, No. 1 (été 1962). L'Etat de droit et l'organisation contemporaine de l'économie et des rapports sociaux, par Fritz Gygi. Le barreau dans la République populaire de Chine, par Sao-Tchouan Leng. Le Commissaire parlementaire en Nouvelle-Zélande, par A. G. Davis. Du droit de se rendre à l'étranger, par Rudolf Torovský. L'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne, par Philippe Comte. Le pouvoir judiciaire dans la zone soviétique d'Allemagne, par Walther Rosenthal. Un « Ombudsman » en Grande Bretagne, par A. A. de C. Hunter. Un document : Le projet de Convention Panaméricaine pour la Protection des Droits de l'Homme. Revue des Livres.

### **Bulletin de la Commission internationale de Juristes**

Numéro 14 (octobre 1962). Divers aspects de la légalité : Afrique du Sud, Afrique tropicale, Congo (Léopoldville), Israël, Kenya, République arabe unie, Turquie, Union Soviétique, Yougoslavie.

Numéro 15 (avril 1963). Divers aspects de la légalité : République fédérale d'Allemagne, Amérique latine, Birmanie, Bulgarie, Ceylan, France, Hongrie, Pologne, Portugal.

### **Nouvelles de la Commission internationale de Juristes**

Numéro 14 (avril 1963). Résolution de Rio; Conclusions, Travaux et liste des Participants, Congrès International de Juristes sur « Les actes de l'Exécutif et la Primauté du Droit », Rio de Janeiro, Brésil, Organisation Intérieure.

## **ETUDES SPÉCIALES**

**Le Principe de la Légalité dans une société libre (juillet 1960) :** Rapport sur les travaux du Congrès international de Juristes tenu à New Delhi (1959). Travaux préliminaires. Liste des participants et observateurs. Débats.

**Congrès africain sur la Primauté du Droit (juin 1961) :** Rapport sur les travaux du Congrès tenu à Lagos (Nigéria) du 3 au 7 janvier 1961. Première conférence africaine sur la Primauté du Droit.

**Le Mur de Berlin, un défi aux droits de l'homme (avril 1962) :** Le plébiscite par l'exode. Mesures prises par la République démocratique allemande pour empêcher la fuite de la population. L'évolution constitutionnelle du Grand-Berlin. L'isolement de Berlin-Est.

**Chronique de l'Afrique du Sud : l'affaire Ganyile (juin 1962).**

**L'Espagne et la Primauté du Droit (décembre 1962) :** Les bases historiques et doctrinales du régime. Le parti unique. La communauté nationale-syndicaliste. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Les libertés publiques. La défense du régime. La poursuite pénale des délits politiques. Neuf annexes.

**Cuba et la Primauté du Droit (édition française en cours d'impression) :** Chronologie sommaire de l'histoire de Cuba. Le pays, l'économie et la population. La législation constitutionnelle. Le droit pénal et la procédure pénale. Dépositions de témoins.

Les articles signés expriment les opinions personnelles de leurs auteurs. Leur publication dans la *Revue* signifie que la Commission internationale de Juristes les considère comme présentant un intérêt général. Elle n'entend pas pour autant faire nécessairement siennes les vues et conclusions de leurs auteurs. Sauf indication contraire les articles non signés sont préparés par le Secrétariat de la Commission.

Les manuscrits d'articles ayant trait à la primauté du droit et à ses aspects particuliers seront examinés en vue de leur publication éventuelle. Ils devront être dactylographiés et adressés en double exemplaire au Secrétaire général de la Commission à Genève.

La *Revue*, publiée deux fois l'an en français, anglais, allemand et espagnol, est éditée et distribuée par la COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES  
2, Quai du Cheval-Blanc, GENÈVE, SUISSE