

REVUE

DE LA

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

Rédacteur en Chef: SIR LESLIE MUNRO

PREMIER SEMESTRE 1962

TOME IV, No. 1

- | | |
|-------------------|--|
| Fritz GYGI | L'ÉTAT DE DROIT ET L'ORGANISATION
CONTEMPORAINE DE L'ÉCONOMIE ET
DES RAPPORTS SOCIAUX |
| SAO-TCHOUAN LENG | LE BARREAU DANS LA RÉPUBLIQUE
POPULAIRE DE CHINE |
| A. G. DAVIS | LE COMMISSAIRE PARLEMENTAIRE EN
NOUVELLE-ZÉLANDE |
| RUDOLF TOROVSKY | DU DROIT DE SE RENDRE À L'ÉTRANGER |
| PHILIPPE COMTE | L'APPLICATION DE LA CONVENTION
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE |
| WALTHER ROSENTHAL | LE POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA
ZONE SOVIÉTIQUE D'ALLEMAGNE |

NOTES

- A. A. DE C. HUNTER UN «OMBUDSMAN» EN GRANDE-BRETAGNE?

DOCUMENT

LE PROJET DE CONVENTION PANAMÉRICAINE POUR LA
PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

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'Uni-
versité de Paris ;

ZELMAN COWEN, professeur de droit public et doyen
de la Faculté de droit de l'Université de Mel-
bourne ;

T. S. FERNANDO, juge à la Cour suprême de Ceylan ;

C. J. HAMSON, professeur de droit comparé à l'Uni-
versité de Cambridge ;

SEBASTIAN SOLER, professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Buenos Aires, ancien pro-
cureur général de la république Argentine ;

KENZO TAKAYANAGI, professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Tokyo et président du Conseil
constitutionnel ;

KONRAD ZWEIGERT, professeur de droit comparé à la
Faculté de droit de l'Université de Hambourg.

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)

VIVIAN BOSE
(Président)

PER T. FEDERSPIEL
(Vice-président)

JOSÉ T. NABUCO
(Vice-président)

SIR ADETOKUNBO ADEMOLA

ARTURO A. ALAFRIZ

GIUSEPPE BETTIOL

DUDLEY B. BONSAI

PHILIPPE N. BOULOS

U CHAN HTOON

A. J. M. VAN DAL

ELI WHITNEY DEBEVOISE

SIR OWEN DIXON

MANUEL G. ESCOBEDO

THUSEW S. FERNANDO

ISAAC FORSTER

FERNANDO FOURNIER

OSVALDO ILLANES BENITEZ

JEAN KRÉHER

AXEL HENRIK MUNKTELL

SIR LESLIE MUNRO

PAUL-MAURICE ORBAN

STEFAN OSUSKY

LORD SHAWCROSS

SEBASTIAN SOLER

PURSHOTTAM TRIKAMDAS

H. B. TYABJI

Président de la Cour de l'Echiquier du Canada, Ottawa

Ancien juge à la Cour suprême de l'Inde, New-Delhi

Président du Conseil de l'Europe, député au Parlement danois, avocat au barreau de Copenhague
Avocat au barreau de Rio de Janeiro, Brésil

Président (*Chief Justice*) de la Cour suprême du Nigéria, Lagos

Solicitor-General des Philippines, président de la Fédération des Associations d'avocats des Philippines, Manille

Député au Parlement italien, ancien ministre, professeur à la Faculté de droit de Padoue, Rome

Juge au Tribunal fédéral de New-York (district sud) ancien président de l'Association du barreau de la ville de New-York, Etats-Unis

Vice-président du Conseil des ministres du Liban, Beyrouth

Ancien juge à la Cour suprême de l'Union Birmane, Rangoun

Avocat à la Cour suprême des Pays-Bas, La Haye
Avocat au barreau de New-York, Etats-Unis

Président (*Chief Justice*) de la Cour suprême d'Australie, Melbourne

Professeur à la Faculté de droit de Mexico, avocat, ancien président de l'Ordre du barreau du Mexique

Juge à la Cour suprême de Ceylan, ancien *Attorney-General* et ancien *Solicitor-General* de Ceylan

Premier président de la Cour Suprême du Sénégal, Dakar

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

Juge à la Cour suprême du Chili, Santiago

Avocat à la Cour d'appel de Paris, France

Député au Parlement suédois, professeur à la Faculté de droit d'Upsala

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

Ancien sénateur, ancien Ministre, professeur à la Faculté de droit de Gand, Belgique

Ancien ministre de Tchécoslovaquie, Washington D.C., Etats-Unis

Ancien *Attorney-General* d'Angleterre, Londres

Avocat, professeur à la Faculté de droit de Buenos Aires, ancien procureur général de la république Argentine

Avocat à la Cour suprême de l'Inde, secrétaire de l'Association des avocats de l'Inde, New-Delhi

Avocat au barreau de Karachi, ancien juge à la Haute Cour de l'Etat du Sind, Pakistan

Secrétaire général: SIR LESLIE MUNRO, K.C.M.G., K.C.V.O.
Ancien président de l'Assemblée générale des Nations Unies

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: SIR LESLIE MUNRO

PREMIER SEMESTRE 1962

TOME IV, No. 1

FRITZ GYGI	L'ÉTAT DE DROIT ET L'ORGANISATION CONTEMPORAINE DE L'ÉCONOMIE ET DES RAPPORTS SOCIAUX	3
SAO-TCHOUAN LENG	LE BARREAU DANS LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE	36
A. G. DAVIS	LE COMMISSAIRE PARLEMENTAIRE EN NOUVELLE-ZÉLANDE	55
RUDOLF TOROVSKY	DU DROIT DE SE RENDRE À L'ÉTRANGER	68
PHILIPPE COMTE	L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE	102
WALTHER ROSENTHAL	LE POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA ZONE SOVIÉTIQUE D'ALLEMAGNE	143

NOTES

A. A. DE C. HUNTER	«OMBUDSMAN» EN GRANDE-BRETAGNE?	161
--------------------	---------------------------------	-----

DOCUMENT

LE PROJET DE CONVENTION PANAMÉRICAINE POUR LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME	172
---	-----

REVUE DES LIVRES

<i>Pedro Pablo Camargo</i>	La Proteccion juridica de los Derechos Humanos y de la Democracia en America. Las Derechos y el Derecho Internacional. (Horacio H. Godoy)	197
	Bibliothèque de Droit privé. (Philippe Comte)	199
<i>André Huguet</i>	L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. (Janos Toth)	200
<i>Victor Gasse</i>	Le régime foncier à Madagascar et en Afrique. (P. C.)	201
<i>Office de l'Aide Suisse aux Tibétains</i>	Die Leiden eines Volkes. Die Tragödie Tibets und der tibetischen Flüchtlinge. (Rudolf Torovsky)	202
<i>Secrétariat Général des Nations unies</i>	1961 Seminar on the Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice. (P. C.)	203
	Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme. (P. C.)	205

L'ÉTAT DE DROIT ET L'ORGANISATION CONTEMPORAINE DE L'ÉCONOMIE ET DES RAPPORTS SOCIAUX

I

L'Etat de droit, qui entend assurer un ordre social déterminé, doit dégager ou créer des normes répondant aux fonctions nouvelles qu'il assume aujourd'hui dans la direction de l'économie nationale et la prestation de services. Dans le système libéral classique, l'Etat, lorsqu'il a perçu l'existence de tels problèmes, s'est borné à renvoyer à la volonté des parties l'organisation des rapports de droit en cause. Or l'expérience a montré que cette abstention délibérée de l'Etat n'a pas favorisé l'établissement dans les rapports sociaux de ce régime idéal que l'on comptait voir s'instaurer. Lorsque l'Etat abandonne tel ou tel domaine à la volonté des particuliers, il doit nécessairement renoncer à y exercer son influence. L'esprit libéral, qui est l'une des caractéristiques de l'Etat de droit et fait confiance à l'éthique de la liberté contractuelle privée, tolère et sanctionne des rapports de droit nés au hasard de l'arbitraire des parties. Cela ne signifie aucunement que l'Etat fasse ainsi régner la justice. Chose curieuse, cet Etat libéral qui, selon le dogme de la séparation des pouvoirs, prend tant de précautions pour prévenir toute accumulation dangereuse de la puissance publique et à cette fin compartimente et répartit les compétences étatiques, reconnaît d'autre part aux particuliers des pouvoirs sans limites dans les domaines où ils sont autonomes.¹ Cette contradiction a conduit les pouvoirs publics à intervenir dans une mesure toujours plus large dans les rapports privés en édictant un droit administratif qui est venu encadrer le droit privé, et en donnant un caractère impératif à certaines normes du droit privé

¹ On trouvera une interprétation de l'autonomie de la volonté en tant que compétence de créer le droit dans W. Burckhardt, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, pp. 156 et 190 ss.; K. Oftringer, article publié en allemand intitulé « Die Vertragsfreiheit » (La liberté contractuelle) dans *La liberté du citoyen en droit suisse*, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les Facultés de droit des Universités suisses, p. 322; Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht*, p. 31, no. 7.

lui-même. En fait, l'Etat a donc repris peu à peu une part des compétences qu'il avait abandonnées avec une générosité exagérée.²

Afin de faire prévaloir la Primauté du Droit, on a tendu à recourir de plus en plus à l'autorité publique, la loi étant considérée comme la véritable gardienne et la protectrice de la liberté et de la dignité humaines. Le principe de la légalité tend à n'accorder à l'Etat et à son appareil administratif qu'un champ d'activité aussi étroit que possible, délimité avec précision et jalonné d'avance. La théorie des actes législatifs traite surtout, sinon exclusivement, de la notion, de la nature et du rôle des normes du droit public. Dans l'optique du libéralisme classique, la norme de droit avait pour objet unique d'assortir la liberté fondamentale de l'individu d'obligations sociales propres à assurer la liberté d'autrui tout en limitant la puissance publique. L'Etat, dans un tel système, ne pouvait intervenir que par un acte unilatéral et autoritaire; les personnes privées ne pouvaient logiquement ressentir aucun intérêt immédiat à se soumettre spontanément à des limitations de leur liberté, puisqu'elles ne recherchaient en principe que leur avantage personnel. D'où le recours aux moyens de la puissance publique et à l'acte administratif unilatéral. Comme en outre le libéralisme classique ne permettait à l'Etat ni de produire des biens ni de diriger l'activité économique, les lois l'autorisant à intervenir ne pouvaient tendre qu'à maintenir l'ordre. Le législateur estimait qu'il n'était ni nécessaire ni même possible d'imposer par voie de réglementation que les échanges entre individus se déroulent conformément à la justice. Il est vrai que l'Etat, même à l'époque où triomphait la doctrine libérale du droit, fournissait certaines prestations directes, mais les unes étaient de simples faveurs concédées, comme celles de l'assistance publique – et les autres découlaient d'un rapport de sujétion renforcée, et l'on en concluait que ces activités de l'Etat n'étaient soumises à aucune réglementation légale systématique. Cette échappatoire n'est plus admise aujourd'hui et l'on étend maintenant le principe de la légalité à toutes les branches de l'administration publique.

En tant que postulat ou déclaration d'intention, c'est certainement une heureuse idée que de vouloir étendre le principe de la légalité à l'administration chargée de fournir des prestations ou d'aménager les relations économiques. Cependant, quels que soient les espoirs que l'on met dans le rôle de la légalité dans l'Etat de droit, on ne saurait oublier à quel point le rôle assigné à la loi, lorsque l'on lui demande d'aménager les rapports sociaux, diffère

² K. Spiro, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* – (Revue de la Société des juristes bernois) (RSJB), 88, p. 530 ss.; F. Gygis, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 74, ss.

dans son essence même de la fonction qu'elle remplit lorsqu'elle n'a pour objet que le maintien de l'ordre.⁴

Notons en passant que la conception libérale de la loi s'est trouvée défigurée du fait que l'on a recouru à la loi pour intervenir dans le domaine économique et social. La loi a cessé d'être claire, certaine, définie et durable depuis que le législateur a dû s'occuper de services sociaux et de relations économiques. Lorsque le législateur essaie de traduire en termes de droit les rapports de la vie sociale et la fourniture de prestations, il est forcé de se contenter de solutions empiriques, de définitions imprécises, de délégations de pouvoirs, de clauses générales, de formules ad hoc.⁵ Le législateur doit prendre des mesures de portée individuelle, ou bien il renonce à établir lui-même les normes et se borne à prévoir, par des délégations globales de compétence, que la réglementation sera arrêtée dans des textes d'un niveau inférieur à celui de la loi, par exemple dans des ordonnances. On a souvent dénoncé tous ces symptômes d'une dégénérescence de la loi interventionniste qui est l'expression de la volonté de l'Etat, et parfois on en a bien discerné les causes.⁶ Il est superflu d'énumérer celles-ci, car toutes les constatations confirment simplement que le législateur de l'époque libérale agissait dans le cadre d'une société toute différente. Si l'Etat interventionniste voulait exercer son action en respectant le principe de la légalité et faire des mesures administratives la conséquence de faits juridiques clairement définis, il lui faudrait tout d'abord créer un instrument législatif propre à une telle tâche. C'est par cette méthode, et non en dénonçant la dégénérescence de la technique législative libérale, que les théoriciens pourraient s'assurer le mérite d'avoir assis la structure contemporaine de la société sur les bases solides du respect du droit. Pour prendre un exemple concret dans l'écono-

⁴ Voir à ce propos F. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, pp. 33, ss. et 44 ss., ainsi que les références qui y sont données ; H. K. Kopp, *Inhalt und Form der Gesetze*, thèse Zürich 1958, pp. 591 ss., 596 ss., 719 ss. et surtout p. 607 ss., s'exprime dans le même sens. Cependant, une remarque critique, à la page 449, n'accorde pas au fondement philosophique de la notion de la loi du type libéral toute l'importance qu'il convient de lui reconnaître.

⁵ Voir à ce sujet K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit*, qui dit avec raison à la page 180 : « L'administration appelée à agir sur les rapports sociaux, et notamment à intervenir dans les relations économiques, recourt à une appréciation des circonstances qui obéit à des conceptions différentes de celles que suit l'administration traditionnelle. En effet, elle agit sur un autre plan, dans un domaine plus étendu ; elle doit faire preuve de plus de souplesse, de rapidité, avoir des perspectives plus larges ; elle traite de matières étrangères aux préoccupations de l'ancienne administration et qui influent sur la nature de ses fonctions ». Voir de même Arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 86 I 319, considérant 3 in fine. Voir aussi Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 59, au sujet de l'utilisation de dispositions autorisant une appréciation des circonstances.

⁶ H. W. Kopp, *op. cit.* pp. 572 ss., 596 ss., 660 ss. et 714 ss.

mie, il conviendrait d'établir le modèle d'un contingentement qui répondit aux exigences des principes classiques de la légalité, et en outre serait conforme à la notion d'égalité devant la loi et à l'esprit libéral qui anime tout le concept de l'Etat de droit. Mais en fait, comme permettent de le prévoir les premiers résultats pratiques de l'application en Suisse d'un statut du marché du fromage, on sera contraint d'y renoncer et de conclure avec résignation que la solution serait de n'établir jamais aucun contingentement. Or, on ne résout rien en contestant la nécessité d'une intervention de l'Etat: cette intervention est une donnée de fait qu'il faut intégrer à l'Etat de droit.

Une réglementation générale et abstraite ne pose pas de problème lorsqu'elle concerne une compétence dont l'exercice n'est frappé d'aucune limitation quantitative, comme c'est le cas des autorisations de police. En revanche, dans le domaine économique, on fixe des limites quantitatives à la production, à l'exportation et à l'importation. La nature même de l'objet de la réglementation interdit dans la pratique de traiter tous les intéressés dans des conditions d'égalité.⁷ Une égalité de traitement d'une portée très large et uniforme, s'étendant par principe à tous les sujets de droit, découlait normalement du système juridique libéral.⁸ L'Etat interventionniste se fonde pour sa part sur une égalité différente de celle que conçoit le libéralisme, et cette égalité semble réfractaire à une réglementation efficace. Celle-ci est plus proche de l'homme, de sa force et de sa faiblesse; elle tient compte des éléments particuliers à chaque cas, et on ne peut donc pas la soumettre à des dispositions de portée générale.⁹

On exige tout autre chose de la loi dans un Etat interventionniste. Dans l'Etat libéral le droit, garant de l'ordre, n'avait pas pour tâche d'aménager les relations sociales futures et de calculer d'avance

⁷ F. Gysi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 78 ss.

⁸ J. Darbellay, « L'action du pouvoir sur l'évolution du droit », *Revue de Droit suisse* (RDS) 1955, p. 144; M. Imboden, « Der Verwaltungsrechtliche Vertrag », *RDS* 1958, p. 82 a.

⁹ C'est ce que dit en termes éloquentes Gustav Radbruch, dans un exposé intitulé « Vom individualistischen Recht zum sozialen Recht » dans *Der Mensch im Recht*, p. 27 :

« Le droit social, quant à lui, répond à une nouvelle structure de toute la pensée juridique, à une nouvelle conception de l'homme : le droit social n'a pas pour objet des êtres humains privés de toute individualité, dépouillés de tout caractère personnel, considérés dans l'isolement, en dehors de toute connexion sociale; il est fait pour des êtres concrets vivant en société. Il faut que le droit s'adapte à cette nouvelle conception de l'homme pour acquérir la caractéristique du droit social, c'est-à-dire pour tenir compte des différences de situation sociale, de la puissance ou de l'impuissance de l'individu dans le cadre de la société.

En revanche, l'ordre juridique traditionnel, dit individualiste, ne se proposait pour objet que des êtres sans individualité et considérés dans l'abstrait ».

les effets de son intervention. De même il n'avait pas à se prononcer sur le caractère équitable des échanges, sur le juste prix, ni sur la juste répartition du produit social. Pas plus qu'aux autres êtres humains on ne lui demandait de prédire l'avenir. Or, on demande maintenant au législateur de faire des pronostics certains, d'édicter des normes qui indiqueront dans chaque cas aux agents de l'administration comment ils doivent se comporter et qui permettront aux fonctionnaires d'apporter des solutions identiques à tous les cas de même espèce. C'est en considérant tout cela que Ernst Forsthoff estime que le droit de la justice distributive et de l'action sociale ne saurait faire l'objet de normes. Cette conclusion pessimiste n'est certes pas sans fondement, quand bien même elle serait trop absolue.¹⁰ Certes la législation interventionniste libérale, tout autant que le dirigisme, emploie des notions vagues, confère aux agents d'exécution un large pouvoir discrétionnaire et s'abstient de résoudre par avance certains problèmes de caractère économique.¹¹ Or, il est frappant de constater que lorsque l'Etat intervient pour sauvegarder la liberté de la concurrence, il suit la même méthode que pour organiser les relations sociales. L'attitude de l'Etat à l'égard de l'individu est bien différente selon qu'il renonce à exercer une influence sur la concurrence ou qu'il intervient pour ménager aux particuliers une possibilité de concurrence. L'écart entre ces deux situations montre combien dans ce dernier cas on s'éloigne de la conception que l'Etat de droit libéral avait des compétences garanties par la constitution. Il y a en effet, il faut le répéter, une différence très sensible entre l'idée d'après laquelle le respect de la liberté et des droits fondamentaux interdirait à l'Etat toute immixtion dans le jeu de la concurrence, et l'idée d'après laquelle l'Etat doit assainir les conditions de la concurrence.¹²

La garantie de la liberté du commerce qui, dans le système libéral, devait contraindre l'Etat à demeurer à l'écart du jeu des forces économiques, est très différente de la protection que fournit l'interventionnisme. Lorsqu'on demande que la collectivité, en agissant sur les rapports sociaux, assure le fonctionnement de la con-

¹⁰ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 7ème éd. p. 65 ss. et 69 s.; de même Max Weber, *Rechtssoziologie*, p. 81; J. Darbellay, *RDS* 1955, p. 125 ss.; H. W. Kopp, *op. cit.* p. 572 ss.; F. Gygi, *op. cit.* p. 31 ss. et 43 ss. 48 s.; en outre « Aufgaben und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut », *Wirtschaft und Recht*, 1956, p. 136 s.; H. Barth « Normen als Ordnungsformen der Weltorientierung » dans *Kultur und Norm*, p. 19 ss.

¹¹ E. Hirsch, *Kontrolle wirtschaftlicher Macht*, p. 67; H. Huber, « Gewerbe-freiheit und Eigentums-garantie » dans *Jus et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiler*, publication de la Faculté de droit de Fribourg, p. 553 s.; H. Merz, « Der schweizerische Entwurf zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1960, p. 14 et 22.

¹² ATF 80 II 42; J. Darbellay, *RDS* 1955 p. 134 s. et 137.

currence entre les particuliers ou garantisse le caractère équitable des échanges, on réclame en fait une prestation de l'Etat. Les économistes distinguent entre les interventions des pouvoirs publics selon qu'elles sont conformes ou non au régime de l'économie de marché; cette distinction a fait oublier aux juristes qu'aux yeux des économistes les dispositions que l'Etat prend pour maintenir la concurrence constituent indiscutablement une *politique* économique et qu'il s'agit donc d'une intervention véritable des pouvoirs publics tendant à susciter la concurrence, à diriger l'activité économique. Les réglementations qui ont été adoptées dans cette intention pour combattre les cartels et les monopoles présentent donc toutes les caractéristiques d'une législation interventionniste. Comme elles ne sont pas fondées sur des notions strictes elles n'ont qu'un caractère normatif peu prononcé. C'est pour cette raison que leur finalité économique suscite la méfiance du juge. A propos du droit visant à aménager les relations sociales, on peut dire que la collectivité reprend partiellement l'exercice de la liberté accordée aux particuliers parce que ceux-ci ne savaient pas gérer conformément à ses fins l'autonomie individuelle qui leur a été concédée. Le moins qu'on puisse dire est que l'Etat reçoit dans ce domaine des compétences étendues, indéterminées et mouvantes.¹³ Une législation de ce genre apparaît essentiellement contraire aux principes constitutionnels de l'Etat libéral. On y restreint le domaine de l'autonomie individuelle par des règles impératives, on y combine le droit privé et le droit public. On abandonne toute séparation nette entre les rapports juridiques horizontaux et verticaux. La discipline imposée aux relations économiques par la législation relative aux cartels prouve que l'exercice de la liberté de contracter et de la liberté d'association ne peut plus être considéré comme relevant uniquement du domaine privé.

Cette évolution de l'interventionnisme trouve son parallèle dans le droit constitutionnel. Pour expliquer la nature de l'Etat interventionniste respectueux de la primauté du droit, il faut dire qu'il ne protège plus seulement les libertés traditionnelles de l'individu, mais qu'en plus il assume la mission d'assurer sa sécurité sociale et économique. La recherche de la sécurité conduit à protéger la liberté économique contre les atteintes insidieuses de forces extra-étatiques. Mieux encore, la liberté individuelle n'acquiert sa pleine ampleur que si elle peut s'appuyer sur un ensemble très varié de soutiens fournis par la collectivité, mais au maintien desquels l'individu doit contribuer à son tour. L'édifice qui doit assurer à chacun une pleine possibilité d'épanouissement économique est assis non plus sur une

¹³ K. Spiro, *RSJB* 88, p. 529 ss.; E. Hirsch, *Kontrolle wirtschaftlicher Macht*, p. 57.

philosophie libérale, mais sur un système de normes interventionnistes.¹⁴

Cette évolution a même pour conséquence d'ajouter aux droits fondamentaux traditionnels des droits sociaux garantis par la Constitution¹⁵ qui doivent non seulement protéger l'individu contre les pouvoirs publics, mais encore le soutenir dans sa résistance aux formes sociales qui le menacent. C'est ce que nous venons de donner à entendre à propos de la liberté de concurrence. L'adjonction de considérations sociales aux motifs libéraux se manifeste clairement, dans le domaine des droits constitutionnels, à propos de l'égalité devant la loi. Claude du Pasquier¹⁶, Georges Ripert¹⁷ et Otto Bachhof¹⁸ ont montré comment, en dernière analyse, la législation sociale édictée en faveur des personnes économiquement faibles tend à créer par l'intervention de l'autorité publique des inégalités destinées à restaurer l'égalité réelle. Ainsi est pratiquée une justice commutative, dont l'objet est d'émousser les aspérités sociales en corrigeant ce qu'il y a d'abstrait et de trop uniforme dans le concept de l'égalité.¹⁹ En édictant une législation sociale en faveur des travailleurs, des locataires, des fermiers ou de l'ensemble des agriculteurs, le législateur pratique une justice commutative afin d'améliorer le sort et les chances des personnes moins favorisées par la vie économique.²⁰ Telle est précisément l'essence des droits sociaux constitutionnels.²¹ Il ne suffit plus que les droits constitutionnels se bornent à délimiter les domaines de l'Etat et de l'individu.²² Selon une théorie longtemps indiscutée, les droits constitutionnels tels l'égalité devant la loi et la liberté personnelle ne protégeaient l'individu que dans ses rapports avec les pouvoirs publics.²³ Désormais valables aussi à l'égard des tiers, ces droits doivent s'imposer également à tous les particuliers dans leurs rapports réciproques.²⁴ Cepen-

¹⁴ Voir plus loin ce qui concerne les normes propres à maintenir la capacité de concurrence.

¹⁵ Voir également à ce sujet J. Darbellay, *RDS* p. 128 s. et 145 s.

¹⁶ Claude du Pasquier, « La notion de justice sociale », *RDS* 1952, p. 93 s.

¹⁷ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 265 ; voir en outre J. Darbellay, *RDS* 1955, p. 144 ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ème éd., p. 286.

¹⁸ Otto Bachof, *Der Begriff und das Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)* p. 12, p. 41.

¹⁹ Gustav Rarbruch, *op. cit.* p. 39 ; voir également F. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 65, ainsi que *Verwaltungsrecht und Privatrecht*, p. 12 ss.

²⁰ J. Darbellay, *RDS* 1955 p. 134 s. ainsi 137 s. et 144 s.

²¹ Georges Ripert, *op. cit.* p. 291 s.

²² Voir à ce sujet H. Huber, « Die Koalitionsfreiheit », *RSJB* 83 p. 11 ss.

²³ Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des Rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 3 s. no. 8.

²⁴ ATF 86 II 376, 82 II 302, 81 II 127.

dant, alertée par les risques qu'une telle conception présente pour la liberté personnelle et aussi pour la liberté contractuelle qui est une institution fondamentale du droit privé, la doctrine commence à combattre cette évolution en soulignant qu'elle porte atteinte aux bases mêmes du droit privé.²⁵

La répartition des règles de droit entre le droit public et le droit privé est considérée comme une des caractéristiques fondamentales de l'Etat libéral. La transformation de toute la systématique du droit se manifeste ici en ce qu'on ne peut plus procéder à cette distinction qu'en invoquant une pluralité de critères profondément différents les uns des autres. Il n'est plus possible de tracer un parallèle rigoureux et de dire à coup sûr que les actes administratifs relèvent du droit public, et le contrat du droit privé.

Deux théories principales, celle de la jurisprudence des intérêts et celle du rapport de sujétion ont été invoquées pour tenter de délimiter ces deux domaines. Or, il est indéniable que ces théories sont inspirées l'une et l'autre par les raisonnements juridiques découlant de la notion de l'Etat de droit constitutionnel et libéral. Dans la théorie de la jurisprudence des *intérêts* l'utilité publique s'oppose à l'utilité privée. De son côté la théorie du rapport de sujétion repose sur l'idée que l'Etat, doté de cet ensemble de prérogatives qu'on désigne sous le nom de puissance publique, agit par décision unilatérale à l'égard des particuliers, tandis que ceux-ci se trouvent tous au même niveau et se lient par des conventions résultant de l'accord de leurs volontés.²⁶ Or l'Etat, lorsqu'il fournit des prestations ou qu'il accorde ou refuse des autorisations dont il reste véritablement le maître grâce à son pouvoir discrétionnaire n'a plus guère besoin actuellement de recourir à la puissance publique comme l'action administrative; il en est de même pour la collectivité devenue la source la plus importante de commandes à l'économie privée. Il arrive d'ailleurs souvent que les formules et les institutions du droit public ne se prêtent pas du tout à l'exercice des fonctions que l'Etat remplit dans la distribution des biens. L'échange ou la distribution de biens économiques font normalement l'objet d'actes juridiques, car les deux parties souhaitent l'une et l'autre que l'opération se réalise; il n'est donc pas nécessaire que l'une des deux ait le droit

²⁵ Z. Giacometti, *op. cit.* p. 3 s. no. 8; W. Burckhardt, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, p. 19 s.; id., *Methode und System des Rechts*, p. 202 ss.; voir également les réserves que H. Huber exprime précisément au sujet de l'invocation des droits fondamentaux à l'égard des tiers dans la réglementation économique, *RDS* 1955 p. 182 ss. et 205; voir de même Mallmann et Zeidler, *VVDStRL* 19 p. 202 et 288; enfin Deschenaux H.: *Wirtschaft und Recht* 1961 qui, aux p. 137 ss. et 143 s. parle du fondement en droit privé de la libre concurrence.

²⁶ Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 97 ss. et 105.

d'imposer sa volonté, même si la partie qui se trouve dans une situation sociale supérieure est peut-être en mesure d'exercer une influence prépondérante sur la teneur du contrat. Il était donc tout naturel que l'administration se mit à utiliser, pour l'exécution des tâches de caractère économique assumées par l'Etat, les institutions qui jusqu'alors avaient donné leur aspect juridique aux opérations d'échange entre particuliers. L'administration, lorsqu'elle organise la répartition des biens, dirige l'économie ou passe des commandes, n'en reste pas moins un organe de l'autorité, et sa volonté domine, quelle que soit la forme juridique qu'elle donne à ses actes. Les apparences juridiques ne permettent donc plus de dire quelle est la nature réelle d'un processus. Il en résulte que la théorie du rapport de sujétion ne suffit absolument plus à reconnaître et à délimiter le domaine de l'action publique qui, selon les conceptions de l'Etat de droit, devrait être régi par des règles de droit précises.²⁷

L'Etat n'est pas seul à profiter des formes du droit civil pour dissimuler une prépondérance de fait. Le droit économique connaît de nombreuses situations de prépondérance ou de monopole dans lesquelles une partie de droit privé dicte les dispositions du contrat et impose sa volonté.²⁸ Bien qu'ils continuent à être qualifiés de contrats selon la terminologie traditionnelle, les contrats-types établis dans de telles circonstances et les conditions générales qui les accompagnent se présentent comme des règlements uniformes, plus inflexibles souvent que les ordonnances des pouvoirs publics. Des relations contractuelles privées, dans lesquelles des données sociales affectent les rapports de forces des parties au point que l'une est effectivement subordonnée à l'autre, sont fréquemment soumises à des règles impératives de droit privé, à moins que l'Etat ne protège par des dispositions de droit public qui s'imposent aux rapports privés, et prenne des mesures pour protéger les intérêts soit de la collectivité, soit de la partie la plus faible.²⁹

L'Etat, lorsqu'il recourt à des formules de droit privé pour fournir des prestations ou diriger les prestations d'autrui, se trouve dans une situation mixte: il ne peut pas se réclamer entièrement de la libre volonté des parties, mais il doit conformer son action à

²⁷ Voir également à ce sujet H. Zwahlen, *RDS* 1959 p. 477a s., 508a s., ainsi que Lerche, « Rechtsformen der wirtschaftslenkenden Verwaltung » dans *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV) 1961 p. 486.

²⁸ En ce sens Georges Ripert dans *Les forces créatrices du droit*, p. 271 ss., qualifie les contrats d'adhésion de « contrats forcés ou imposés ».

²⁹ J. Darbellay, *RDS* 1955, p. 122 et 130 s.; Gustav Radbruch, *op. cit.* p. 39; F. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung* p. 75 s.; *Privatrecht und Verwaltungsrecht* p. 12 ss.

certaines principes de droit.³⁰ C'est pourquoi on a donné à ce domaine du droit le nom de *droit administratif privé*.³¹

En conclusion, les anciennes délimitations claires et nettes des rapports juridiques suivant les critères de la subordination et de la coordination et de leur aménagement, d'une part par la loi et l'acte administratif, d'autre part par le contrat, ne permettent plus de qualifier avec certitude les rapports de droit que tendent à perdre toute nature précise.³²

La théorie de la jurisprudence des intérêts, pour sa part, prête à la critique en ce qu'elle oppose trop systématiquement l'intérêt public à l'intérêt privé, ce qui ne lui permet pas de tenir compte de toute la variété des situations de fait. Elle croit pouvoir établir une séparation stricte entre les intérêts légitimes de l'individu et les besoins de la collectivité, et elle tient pour acquis que ses critères permettent une telle classification. Or souvent l'intérêt privé et le bien public sont intimement liés et confondus dans une symbiose dont l'image nous est donnée également par le rôle social de chaque membre de la collectivité, par « sa destinée à la fois individuelle et sociale ».³³

C'est précisément dans l'Etat de droit libéral que l'intérêt individuel de chaque être humain doit s'intégrer au bien commun.³⁴ C'est pourquoi l'éthique sociale, adoptant une optique différente de celle de la pensée juridique, ne met pas en contraste le bien de l'individu et celui de la collectivité; chaque être humain est un membre du corps social; elle insère donc l'intérêt de l'individu comme un rouage dans le mécanisme de l'intérêt général.³⁵ Mais il faut un grand discernement et une profonde réflexion pour saisir des correspondances aussi subtiles. Il en va de même de beaucoup d'autres notions ou institutions juridiques, notamment pour toutes celles qui ont pour objet d'assurer la justice et l'égalité pour chacun, en tenant compte des éléments propres à chaque personne. L'esprit humain éprouve un penchant pour les formules arithmétiques, qui ont le mérite d'être uniformes, et se méfie de tout critère subjectif. En outre, il est extrêmement difficile de prendre en considération,

³⁰ Voir à ce propos H. Huber, *RDS* 1955 p. 181 s.; Otto Bachhof, *VVDStRL* 12, p. 61 s.; *Deutsches Verwaltungsblatt* (DWB1) 1959, p. 268; H. U. Evers, « Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungen- und Verwaltungstätigkeit », *Neue juristische Wochenschrift* (NJW) 1960 p. 2073 ss.; Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts* p. 107 no. 23.

³¹ H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 3ème éd., p. 84 s.

³² P. Lerche, « Rechtsprobleme der leistenden Verwaltung », *DÖV* 1961, p. 486 ss. et notamment 491.

³³ L'Bagi, *La garantie constitutionnelle de la propriété* p. 9.

³⁴ Z. Giacometti, *op. cit.* p. 100; H. Huber, *Staat und Privateigentum* p. 82; G. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 63.

³⁵ F. Utz, *Sozialethik I* p. 129 ss., 144 ss., 150 ss., ainsi que 168 ss. et 289.

dans les normes et institutions du droit, toute la richesse et la diversité de l'être humain et de les faire entrer dans des catégories rationnelles pour légiférer à leur sujet. En formulant ces remarques nous effleurons à peine un problème fondamental du droit auquel les notions de « justice » et de « sécurité juridique » ne donnent qu'une expression imparfaite.

Nous sommes donc partis de la distinction entre le droit public et le droit privé, à laquelle il était possible de procéder de façon satisfaisante à l'époque libérale, en appliquant la théorie du rapport de sujétion et en utilisant des critères faciles à identifier. Aujourd'hui, il convient de rechercher une délimitation différente, en rapport avec la nature de l'objet des droits et non avec leur forme. En effet, l'opposition qu'on avait signalée n'est pas devenue caduque. Dans un Etat interventionniste, les qualifications juridiques sont devenues moins sûres, et il n'est pas possible de tirer de conclusions certaines de la seule forme d'un acte. Des difficultés analogues surgissent quand il s'agit d'interpréter des lois interventionnistes, on veut s'efforcer de déterminer la situation de droit,³⁶ cela est dû pour une part à la résistance que l'aménagement des relations économiques oppose à toute réglementation, mais cela tient également au fait qu'il s'agit d'un domaine particulier du droit, d'apparition récente, dont on n'a pas encore acquis une expérience suffisante.

La conception de l'Etat interventionniste moderne est liée à l'idée que c'est la collectivité elle-même, sans intermédiaire, qui fournit des biens et services d'importance vitale. Cette idée apparaît déjà dans la distinction que la doctrine du droit administratif établit entre l'administration comme source de prestations et l'administration comme gardienne de l'ordre. Mais cette vue est erronée, ou du moins elle n'embrasse pas toute la réalité. Les activités de l'Etat dans le domaine économique et social ne peuvent pas être cataloguées avec une précision absolue. Les prestations ne sont pas toujours fournies ni réparties directement par l'Etat; souvent, celui-ci se borne à *ordonner* des prestations, ce qui le dispense de les financer lui-même.³⁷ Ainsi les locataires ou les fermiers sont mis au bénéfice d'un traitement de faveur dont d'autres couches de la société font les frais. Dans la législation relative à l'économie de guerre, le système du contrôle des prix a également créé de nombreuses situations de ce genre. La législation sur les cartels peut conduire à obliger les entrepreneurs à accorder à tous les clients des prix et des conditions semblables.³⁸ Suivant Hans Merz et Max Kummer,

³⁶ Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 203 s.

³⁷ K. Spiro, *RSJB* 88 p. 530 s.; Dr. M. Petermann, *Die Grenzen der Mitwirkung der privaten Verbände bei der Durchführung Öffentlicher Aufgaben*, p. 99 s.

³⁸ E. Hirsch, *Kontrolle wirtschaftlicher Macht*, p. 44 s.

la libre accession à la concurrence doit être considérée comme un des droits inhérents à la personnalité, au sens de l'article 26 du code civil suisse. Ils ont cependant sagement renoncé à invoquer une obligation d'entrer en rapport contractuel avec tous les concurrents, car l'affirmation d'un tel droit aurait pour conséquence paradoxale de sacrifier la liberté de contracter des uns à celle des autres. Mais d'autres, par la suite, n'ont pas reculé devant cette conséquence.³⁹ Le dirigisme économique impose fréquemment l'obligation de prendre en charge certains produits du pays à des prix fixés par l'autorité, et renforce cette obligation par une limitation des importations. L'Etat, pour remplir ses tâches d'organisation des rapports sociaux, intervient dans les relations privées en ordonnant positivement certains actes et non plus seulement en les prohibant comme l'y autorisaient les conceptions libérales classiques.⁴⁰ De la sorte, si du moins nous nous en tenons aux idées qui nous sont familières, les situations juridiques privées peuvent s'en trouver modifiées.

II

Exiger que l'administration observe la légalité équivaut à soumettre l'Etat au respect des principes fondamentaux de l'Etat libéral, car le principe de la légalité suivant l'acception courante, englobe la plupart de ces principes.⁴² La loi appelée à garantir la légalité de l'activité administrative s'inspire dans une mesure variable, soit d'une conception démocratique reconnaissant la primauté du Législatif, soit d'une philosophie essentiellement libérale.⁴³

La notion même de légalité rend pour beaucoup un son si solennel que tout examen critique de l'origine et de la valeur pratique qu'elle garde dans le monde d'aujourd'hui expose son auteur au soupçon de n'être pas un défenseur assez ferme de l'Etat de droit.

³⁹ H. Merz, *Revue suisse de jurisprudence*, 1956, p. 322; M. Kummer, *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb* p. 88 et 121; l'idée est poussée encore plus loin dans ATF 86 II 373, cons. 3, et par H. Deschenaux, *Wirtschaft und Recht*, 1961 p. 161 ss.

⁴⁰ K. Spiro, *op. cit.* p. 530 s.; M. Petermann, *op. cit.* p. 99 s.

⁴² Voir à ce sujet Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 226 ss.; G. Roos, « Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts », dans *Recueil d'études de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Berne*, publié à l'occasion de l'assemblée générale de la Société suisse des juristes, RSJB 1955, vol. 91 bis, p. 117 ss.; Werner Kaegi, *Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848*, RDS 1912, p. 173 ss.

⁴³ Voir à ce sujet E. Höhn, *Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht* p. 19 ss.

Or, si on ne remonte pas aux sources, il sera probablement impossible de remédier à la discordance que l'on doit bien constater entre l'activité administrative et le droit. Si on ne tente pas au moins de rechercher les causes de cette discordance, la doctrine et la pratique du droit public et administratif ne pourront dissiper l'insécurité dangereuse qui règne au sujet d'une question décisive, à savoir la portée du principe de la légalité. En effet, pour les uns, l'administration ne se borne pas à assurer l'exécution de la loi prise dans son sens le plus large, mais elle applique le droit, même si souvent elle n'en est pas consciente. Cela vaudrait même pour toutes les dispositions prises par des entreprises publiques de transport et d'approvisionnement.⁴⁴ Pour d'autres, ce n'est que dans des cas limités très rares que l'action des agents de l'administration accède au plan supérieur de l'application du droit.⁴⁵ On voit tout le champ qui est ouvert, entre ces deux conceptions, aux idées les plus variées.⁴⁶

Dans le présent contexte et au risque d'être à nouveau attaqués, nous limiterons ce champ en posant une question qui paraîtra peut-être insidieuse: est-ce vraiment et uniquement parce que le législateur a failli à sa tâche que les principes de l'Etat de droit se reflètent si mal dans l'activité interventionniste de l'Etat? Est-ce uniquement parce que nous ne serions plus capables de créer du droit que les institutions fondées sur le principe de la légalité refusent de fonctionner ?

Ne peut-on pas faire une autre hypothèse, à savoir que la législation et tout ce qui en dépend ne peut avoir son plein effet que lorsque la situation de la société et l'effet que l'on attend des normes de droit restent conformes aux circonstances qui avaient donné vie à des lois idéales? Il est en effet certain que le libéralisme à son début a fourni un terrain favorable à la création du droit, tout comme ensuite une nécessité inéluctable a ordonné de substituer un régime d'intervention à la pratique du « laissez faire, laissez passer » dans les mécanismes sociaux.

Quel aspect prend le principe de la légalité dans cette situation nouvelle? La règle de droit a pour objet de régler un ensemble de situations et de relations sociales. Des mesures visant une telle réglementation doivent être prises par le moyen de dispositions législatives et non de simples actes administratifs. C'est en cela que

⁴⁴ Z. Giacometti, *op. cit.* p. 46 ss. et 53 ss.

⁴⁵ Horst Ehmke, « Ermessen » und « unbestimmter Rechtsbegriff » dans *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, p. 40 ss. et notamment 45 ss. Voir également K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, p. 179 s.

⁴⁶ On trouvera des remarques d'un grand intérêt chez K. Eichenberger, *op. cit.* p. 174 s.

réside la signification de la légalité selon la conception libérale.⁴⁷ Or, les processus sociaux que la loi entreprend de régler déterminent nécessairement à leur tour l'apparence et la teneur des normes; la fin et les moyens se conditionnent réciproquement. La loi, pour établir un ordre valable, doit s'adapter à son objet. La règle de droit ne saurait en aucun cas être un concept théorique, dont la structure et la nature seraient susceptibles d'être déterminées à priori par les sciences sociales. La forme et le contenu de la loi doivent nécessairement varier.⁴⁸ Il peut même devenir nécessaire d'accomplir des tâches qui ne se prêtent à aucun ordonnancement juridique, de sorte que l'Etat, s'il s'obstine à légiférer, ne pourra édicter qu'une réglementation de pure apparence. Par définition, l'ordre juridique libéral se fondait sur la conviction que la société trouverait sa forme idéale si l'Etat se bornait à étendre une main tutélaire sur les rapports de droit des particuliers; aujourd'hui, en revanche, on attend de l'administration qu'elle corrige les processus sociaux jugés critiquables. C'est pourquoi on a l'impression – malheureusement justifiée – que le législateur contemporain, dans les textes qu'il édicte, ne réussit pas à maîtriser l'action interventionniste de l'administration, ce qui ressort des notions prétentieuses, mais vides, auxquelles il a recours.⁴⁹

Cependant, l'empire de la règle de droit – dans les conditions qui nous sont familières – doit pouvoir reposer sur l'efficacité de la loi.

Fritz Fleiner a dit en termes frappants que la légalité exige que l'administration agisse « sous l'impulsion et dans les limites de la loi ». Le principe de la primauté du Législatif fournit un fondement démocratique à l'administration dans un Etat de droit, et du même coup lui ouvre un champ plus vaste qu'aux interventions du régime libéral. Or, l'institution de la loi tire sa signification de la distinction entre l'établissement des normes et leur application concrète aux cas d'espèce.⁵⁰ Il n'y a pas lieu pour l'instant de rechercher si l'application des dispositions abstraites de la loi à des situations de fait peut être guidée par un simple mécanisme logique, ou si l'exécution de la tâche ordonnée par la loi réserve à une administration libérée du fétichisme de la loi une large part d'appréciation. En revanche, il ne suffit pas que l'administration prenne des décisions en applica-

⁴⁷ ATF 86 I 136; Z. Giacometti, *op. cit.* p. 5 ss.; Ch. F. Menger, *Verwaltungsarchiv*, 1961, p. 197.

⁴⁸ H. W. Kopp, *op. cit.* p. 660 ss.

⁴⁹ Voir à ce sujet K. Eichenberger, *op. cit.* p. 176 ss.

⁵⁰ F. Gysi, « Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut », *Wirtschaft und Recht* 1956 p. 134 ss., avec diverses références; D. Jesch, « Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 82, p. 240 ss.; Z. Giacometti, *op. cit.* p. 5 ss.; ATF 86 I 316.

tion des lois, il faut encore que ces décisions soient susceptibles d'un contrôle juridictionnel.⁵¹ L'institution d'une juridiction administrative, responsable du contrôle de l'application du droit, est une pièce essentielle de l'Etat de droit.⁵² L'application du principe de la légalité – symbolisée par la juridiction administrative – signifie un contrôle par le juge de la régularité des procédures administratives.⁵³

C'est parce que les lois interventionnistes ne se prêtent que dans certains de leurs aspects ou même pas du tout au contrôle judiciaire que les juristes dogmatiques sont devenus conscients du caractère particulier de ce droit nouveau et en ont conçu des doutes quant à l'efficacité des techniques traditionnelles de l'Etat de droit. Mais ils n'ont étudié tout d'abord qu'en lui-même ce symptôme d'une crise, pour ne rechercher qu'ensuite les causes de cette situation critiquable.

Une norme de droit énoncée dans une loi doit répondre à certaines conditions de fond pour pouvoir être invoquée en justice. Il y a liaison logique entre le principe de la légalité, la notion et le contenu de la loi et le recours à une juridiction administrative. La voie judiciaire ne peut être suivie que si le législateur édicte une norme susceptible d'être appliquée par les instances judiciaires. Il faut que le texte législatif ait une précision suffisante pour que les tribunaux puissent l'appliquer, ce qui ne veut pas dire que l'activité du juge doive s'épuiser dans un raisonnement purement déductif.⁵⁴ et ⁵⁵ Il faut tout au moins que le législateur fournisse une ébauche de la solution que le juge doit appliquer dans chaque cas d'espèce, ou alors qu'il renonce dès l'abord à intervenir, comme dans le système libéral classique. Hans Huber a formulé cette connection entre la perfection du texte de la loi et l'efficacité du contrôle judiciaire lorsqu'il a déclaré:⁵⁶ « Le législateur ne peut se contenter de formuler un principe et laisser au juge le soin d'en dégager

⁵¹ On sait que Walther Burckhardt a une autre conception plus conforme à la thèse inconditionnelle de l'application du droit. A ses yeux, les prononcés judiciaires et les actes administratifs sont deux modalités de l'application du droit ; les uns et les autres doivent assurer une exécution correcte de la loi de sorte que, au moins sur un plan dialectique, la juridiction administrative lui paraît être une institution superflue.

⁵² Z. Giacometti, *op. cit.* p. 461 ; Fritz Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8ème éd., p. 247.

⁵³ E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* II p. 663 ; Z. Giacometti, *op. cit.* p. 21 et 274 s.

⁵⁴ F. A. Freiherr von der Heydte, « Richterfunktion und Richtergesetz », *Gedächtnisschrift Jellinek*, p. 498.

⁵⁵ K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, p. 178 ss., 183 ss., 204 ss.

⁵⁶ H. Huber, « Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie » dans *Festgabe Gutzwiller*, *op. cit.*, p. 552 ; K. Eichenberger, *op. cit.* p. 179 ss.

la portée; il faut que ce principe soit énoncé avec une précision suffisante pour que le juge puisse l'appliquer par une simple interprétation déductive. »

La différence entre des règles de droit susceptibles d'être invoquées en justice et des formules législatives ne se prêtant pas à un contrôle judiciaire s'explique par la différence entre la fonction législative et la fonction judiciaire. Pour ce qui est des lois interventionnistes, cette différence semble bien se manifester de la façon suivante: le législateur s'attaque à la mise en œuvre d'un programme politique tandis que le juge écarte systématiquement toute considération politique de ses raisonnements.⁵⁷ La norme de droit doit transformer une aspiration politique en une règle de comportement concrète et claire.⁵⁸ Faute d'une telle conversion, la loi reste une forme vide qui ne réalise pas l'intention politique qui était à son origine. C'est imposer à la justice une tâche étrangère à sa fonction que de lui demander d'assurer la réalisation d'une aspiration politique. Il s'agit souvent de postulats de politique économique auxquels on a donné la forme de lois, mais que le législateur n'a pas rédigés avec une précision qui permette de les invoquer en justice.⁵⁹ Le juge ne saurait s'attacher à dégager la portée de telles lois qui ne définissent, ni dans ses buts, ni dans ses moyens, le comportement précis qui doit être observé.⁶⁰ C'est ainsi qu'en Suisse, dans plusieurs cas où il a été consulté sur des projets de lois économiques, le Tribunal Fédéral a demandé, sans d'ailleurs toujours l'obtenir, à être déchargé de la responsabilité du contrôle juridictionnel de ces textes.⁶¹

Ces considérations nous permettent d'examiner de plus près la structure de la prescription économique. Comme exemples concrets, nous allons citer quelques dispositions tirées de lois ou de projets de lois.

Certains de ces exemples conduisent à une constatation surprenante: l'intervention dont l'administration est chargée tend à un résultat qui, selon la conception admise de l'automatisme libéral, aurait dû se produire de lui-même.

⁵⁷ H. Huber, *op. cit.* p. 552 s.

⁵⁸ F. A. Freiherr von der Heydte, *Gedächtnisschrift Jellinek* p. 498 s.; H. Huber, « Das Staatsrecht des Interventionismus » *RDS* 1951 p. 192 ss.

⁵⁹ F. Gysi, « Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut », *Wirtschaft und Recht* 1956, p. 134 s.; K. Eichenberger : *op. cit.* p. 179 ss. et 184 s.

⁶⁰ Voir à ce propos K. Eichenberger, *op. cit.* p. 93 ss., 123 ss. et 129 ss.

⁶¹ Voir W. Schaumann, *RDS* 1957 p. 456 s.; Confédération suisse, *Feuille fédérale* (FF) 1950 III p. 100-101 s.; Rapport de la commission d'experts au sujet de la loi sur les cartels p. 32 ss.; voir de même F. A. Freiherr von der Heydte qui, dans la *Gedächtnisschrift Jellinek* p. 504 s. remarque que les hommes politiques, lorsqu'ils ne parviennent pas à leur but par la législation, croient pouvoir utiliser le recours au tribunal comme frein de secours.

C'est ainsi que la loi sur l'agriculture stipule ce que suit:⁶²

Art. 18: Les dispositions du présent chapitre (art. 19 à 31) doivent, compte tenu des conditions créées par la nature, être appliquées de manière que la production agricole satisfasse autant que possible à l'approvisionnement du pays, réponde au pouvoir d'absorption du marché indigène et aux possibilités d'exportation.

D'autres dispositions ont pour objet d'assurer l'équilibre entre la production nationale, l'offre de produits d'importation et la demande des consommateurs. C'est ce que prévoit aussi une disposition fondamentale de politique économique, formulée à l'al. 1 et à la première phrase de l'al. 2 de l'art. 23 de la même loi sur l'agriculture:

1) Si les importations compromettent le placement de produits agricoles à des prix équitables selon les principes de la présente loi, le Conseil Fédéral peut, en tenant compte des autres branches économiques :

- a. limiter le volume des importations de produits de même genre ;
- b. percevoir des droits de douane supplémentaires pour les importations de produits de même genre, si ces importations dépassent un volume déterminé ;
- c. obliger les importateurs à prendre en charge des produits de même genre, d'origine indigène et de qualité marchande, dans un proportion acceptable par rapport aux importations et, à cet effet, prendre les mesures nécessaires et arrêter des prescriptions.

2) Lorsque le placement d'un produit indigène est entravé de manière intolérable par l'importation d'un produit d'un autre genre, il peut être dérogé temporairement au principe énoncé au premier alinéa (produits de même genre),

Au fond, dans tous ces cas on charge l'administration d'établir un véritable *plan économique*. Cependant jusqu'à présent on n'a pas réussi à intégrer la planification économique dans l'édifice institutionnel de l'Etat de droit même quand, tentant d'analyser juridiquement la notion de planification, on a limité la tentative aux programmes les plus simples sans l'étendre aux réglementations économiques complexes dont il est question ici.⁶³ On a présentement tendance à voir dans la planification un essai de mise en ordre de l'économie par la coordination en vue d'une fin commune de diverses mesures et d'une multiplicité d'intérêts; une telle définition met en relief l'interdépendance toute particulière et la connexité étroite des divers éléments du plan. On ne peut rien donner à l'un des participants sans l'enlever à un autre, et le droit libéral ne connaît pas de telle interdépendance. On constate par voie de conséquence que la protection juridictionnelle devrait être assurée avant même que le plan ne soit mis au point, car l'enchevêtrement des intérêts des

⁶² Loi sur l'agriculture du 3 octobre 1951.

⁶³ Voir Imboden und K. Obermayer, « Der Plan als Verwaltungsrechtliches Institut » *VVDStRL* 18, p. 113 ss., ainsi que, parmi d'autres, les opinions exprimées par O. Bachhof (p. 192 s.) et J. Kaiser (p. 194 s.).

personnes touchées par le plan est si dense que toute modification ultérieure du système se heurterait à des obstacles insurmontables. Ainsi, la mise en œuvre du mandat d'intervention entraîne l'adoption de tout un système de plans et de prescriptions générales, par exemple pour fixer les prix. Or, du point de vue du droit, il s'agit de phénomènes juridiques que l'on ne peut qualifier ni de normes générales ni d'actes administratifs, car ils sont étrangers à toute la conception libérale de la création et de l'application du droit.⁶⁴ A cela, il faut ajouter que toute planification économique conduit sans cesse à de nouvelles interventions et tend à déborder du cercle des personnes et des choses visées à l'origine.

En dernière analyse, il n'est possible, dans la planification économique, de respecter la légalité au sens traditionnel de l'Etat de droit que si le législateur peut prévoir de façon certaine l'évolution prochaine d'une branche de l'économie et peut choisir les mesures et les doser de façon à faire naître et à maintenir la situation sociale qu'il avait jugée désirable. Il faut en outre que le législateur puisse escompter les perturbations probables et supputer les effets secondaires que les mesures considérées auront dans les divers milieux économiques afin de préparer les correctifs nécessaires. Du moins devra-t-il le faire s'il entend (comme c'est à coup sûr nécessaire) que les organes subordonnés de l'Etat puissent maintenir l'activité administrative dans le cadre de la légalité.

On voit donc que la légalité du dirigisme économique dépendra de la perfection avec laquelle, à la suite d'enquêtes économiques approfondies, l'autorité aura arrêté chaque détail du plan.⁶⁵ En même temps, on se rend compte que la loi du genre traditionnel était, tout comme la loi de planification, destinée à déployer ses effets dans l'avenir.⁶⁶ mais que l'on exigeait de ses effets sur les relations sociales un degré de prévisibilité beaucoup moins élevé. La législation libérale comptait que la justice se réaliserait dans une large mesure en vertu d'automatismes extra-juridiques. L'intervention sociale, obéissant à une conception matérialiste et mécaniste de l'histoire, prétend en revanche commander aux événements⁶⁷ ou régler dans leur totalité les processus économiques.⁶⁸ C'est précisément la raison pour laquelle la législation interventionniste ne répond pas et ne peut pas répondre aux critères traditionnels de la norme de droit. La divergence ne tient pas simplement au fait que, dans ce domaine, l'égalité de traitement est vraiment trop

⁶⁴ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* p. 60 s.; Z. Giacometti, *op. cit.* p. 343 no. 47.

⁶⁵ Voir F. Gysi « Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut » *Wirtschaft und Recht*, 1956, p. 134 s.; Friedrich Lenz, « Politische Ökonomie in unserer Zeit » dans *Recht und Staat*, 215/216 p. 17 ss.

⁶⁶ M. Imboden, *VVDStRL* 18 p. 116 s.; K. Obermayer, *VVDStRL* 18 p. 154.

⁶⁷ H. W. Kopp, *Inhalt und Form der Gesetze*, p. 578.

mal assurée, pour la raison même qu'il est tenu compte plus largement des inégalités réelles et que l'on va jusqu'à créer artificiellement des inégalités afin d'atténuer des différences sociales trop marquées.⁶⁹ Cette circonstance explique simplement pourquoi on a recouru, non pas à des règles d'application générale, mais à des dispositions qui visent particulièrement tel groupe de personnes ou tel objet. La situation, dans le domaine visé, peut se modifier de façon si imprévisible qu'il est exclu dès l'abord d'édicter des lois durables, à moins qu'on ne se contente de délégations imprécises de pouvoirs qui ne lient pas réellement l'administration.⁷⁰

D'autres dispositions économiques ont pour objet d'influencer directement la formation des prix (par des mesures de contrôle ou de soutien) ou de faire échec à une évolution anti-sociale de ces prix (en empêchant la spéculation). Voici deux exemples de mesures de ce genre tirés, le premier du projet de loi fédérale sur le contrôle des fermages agricoles (art. 3), et le second de l'ordonnance générale sur l'agriculture:

PROJET DE LOI FÉDÉRAL SUR LE CONTRÔLE DES FERMAGES AGRICOLES

Art. 3: Fixation du fermage

2) En règle générale, le fermage s'élèvera à 4½ pour cent de la valeur de rendement. Si les intérêts légitimes du bailleur ou d'autres motifs importants le justifient, le fermage pourra être majoré d'un supplément de 20 pour cent au maximum; à cet égard, on tiendra compte dans une mesure équitable des intérêts du fermier.

ORDONNANCE GÉNÉRALE SUR L'AGRICULTURE

Art. 45.

1) Les mesures prévues dans la présente ordonnance doivent être exécutées de manière que les producteurs puissent obtenir pour les denrées agricoles de bonne qualité des prix qui couvrent les frais de production moyens d'entreprises rationnellement gérées et reprises à des conditions normales, ces frais moyens étant calculés en général sur des périodes de trois ans.

2) Pour les producteurs qui, conformément aux articles 18 et 19 de la loi, tiennent compte des besoins du pays et des débouchés autant que le permettent les conditions naturelles, les principales productions et branches agricoles doivent avoir, dans la moyenne de plusieurs années et conformément au premier alinéa, une rentabilité à peu près pareille.

Il n'est pas possible cependant de calculer le juste prix avec assez de rigueur pour être stipulé dans une norme de droit. Max Weber a pu en faire la remarque sans craindre d'être démenti. La Commission fédérale pour la formation des prix a formulé une observa-

⁶⁸ K. Obermayer, *VVDStRL* 18 p. 148.

⁶⁹ H. W. Kopp, *op. cit.* p. 572 ss. et p. 611.

⁷⁰ H. W. Kopp, *op. cit.* p. 575 ss., 579 ss. et 583 ss.

tion pareille à propos du projet de loi sur les cartels.⁷¹ En particulier, on ne peut procéder qu'à une estimation subjective échappant à tout contrôle, pour fixer des rémunérations en se fondant sur une évolution hypothétique du marché, par exemple lorsque la concurrence a été frappée de restrictions.⁷²

La réglementation des prix fait donc ressortir avec une vigueur particulière tout ce qu'il y a de problématique dans une justice distributive. D'autre part la législation économique moderne, lorsqu'elle traite de la *spéculation*, renonce le plus souvent à formuler des définitions.⁷³ Cependant, il y a peu de temps, une commission d'experts du Conseil fédéral a été appelée à rechercher une définition de la spéculation foncière et à dire quels seraient les moyens propres à combattre cette spéculation. Les experts ont adopté la définition suivante:⁷⁴

Achat ou vente en vue d'un profit, de terrains et de droits à la propriété de terrains en vue de tirer avantage de l'augmentation des prix survenue entre l'acquisition et l'aliénation du terrain ou en vue de tirer un profit de son utilisation, dans la mesure où le profit excède la marge commerciale normale ou la compensation de la baisse du pouvoir d'achat de la monnaie.

Un arrêté récent a été rendu en la matière: le Tribunal suprême de la Confédération suisse a conclu que l'achat d'un terrain qui appartient encore à une exploitation agricole mais, en raison de certains aménagements, va devenir terrain à bâtir, constitue une opération spéculative évidente, même si le tribunal doit tenir pour acquis, en raison des sûretés offertes, que l'acheteur a l'intention de garder la propriété des maisons qu'il construira, et non de vendre ces maisons.⁷⁵ Cet exemple montre toute la marge d'appréciation dont les juges ou l'administration disposent lorsque les notions de droit sont imprécises.

Quant à faire obstacle à la spéculation, les experts ont dû se convaincre que les mesures qui seraient éventuellement applicables

⁷¹ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 384 s.; M. U. Rapold, *Demokratie und Wirtschaftsordnung*, p. 47, no. 102 et p. 150-159 no. 15.

⁷² EPK, p. 159; de même, c'est une opération très discutable que de calculer des contingents en supputant la façon dont le volume des affaires se répartirait si on supprimait toute restriction sur les importations ou les exportations. On ne peut demander à l'Etat à la fois de corriger le libre jeu des forces économiques et de calculer le correctif d'après les résultats que ce libre jeu aurait donnés.

⁷³ Art. 19 al. 1 lit. a de la loi fédérale de 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale (LPR); projet d'un arrêté fédéral instituant le régime de l'approbation pour le transfert de biens fonciers à des personnes à l'étranger, art. 6 al. 2 (FF 1960 II p. 1284).

⁷⁴ Hugo Sieber, « Die Diskussion über den Expertenbericht betreffend die Bekämpfung der Spekulation » dans *Wirtschaft und Recht* 1960, p. 267 ss.

⁷⁵ ATF 87 I 239, cons. 4.

ne pourraient avoir, dans les meilleures conditions, qu'une efficacité très restreinte. Ils proposent donc comme seule règle impérative une interdiction de revendre avant trois ans les terrains à bâtir sur lesquels des édifices n'ont pas encore été édifiés.⁷⁶ Chose caractéristique, ils ne proposent pas de procédure d'opposition destinée à empêcher l'acquisition spéculative de terrains agricoles. Cela confirme que les critères de la spéculation ne permettent pas dans la pratique de dire si une acquisition est faite ou non dans une intention spéculative; la conséquence en est qu'il est impossible d'empêcher l'achat et qu'il faut se borner à retarder la vente.⁷⁷ Dans un autre contexte, nous avons déjà exprimé l'avis qu'il n'est pas possible de soumettre à une appréciation juridique une attitude sociale critiquable, tant qu'il s'agit d'intentions.⁷⁸

A cette difficulté de définir la notion de l'interventionnisme en régime libéral s'ajoute la difficulté de déterminer exactement les faits sur lesquels l'intervention devra porter. C'est que, fréquemment, les mesures de direction de l'économie visent la situation d'ensemble de branches entières d'activité, tout en tenant compte des intérêts

⁷⁶ Il est frappant de constater que, sur tous les autres points – sauf pour ce qui est d'une limite générale d'endettement préconisée par une minorité d'entre eux – les experts se bornent à proposer que soient recommandées des mesures de correction facultatives et indirectes, que prennent les autorités (en suivant une politique foncière à longue échéance) ou des personnes privées dont les intérêts ne sont pas directement en jeu (par ex. les banques en n'accordant qu'avec prudence des crédits pour des opérations foncières).

⁷⁷ Voir également à ce sujet ATF 83 I 313.

⁷⁸ F. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 56 s. A proximité et même à une certaine distance des villes et des agglomérations secondaires, ainsi que dans les régions de tourisme et de cure, l'augmentation des prix des terrains et la pénétration des zones bâties dans les terres cultivées suivent un rythme irrésistible et si rapide que le système traditionnel de dévolution successorale applicable aux terrains agricoles devient discutable. En effet, l'héritier qui, en vertu d'une réglementation dictée par des considérations sociales, reprend les terres à l'exclusion des co-héritiers, les paie à un prix favorable correspondant à leur valeur de rendement; or, en peu d'années, son domaine, s'il s'est transformé en terrain à bâtir, a acquis une valeur vénale cent fois plus élevée peut-être. Les co-héritiers ne font aucun gain comparable car, même lorsque l'héritier privilégié revend ses terres dans le délai de 15 ans prévu à l'article 619 du Code civil suisse, les co-héritiers n'ont droit qu'à leur quote-part de la différence entre la valeur de rendement et la valeur vénale que les terres avaient lors du partage; le plus souvent, il ne s'agit que d'une marge de 30 pour cent de la valeur de rendement. On peut se demander de qui il est le plus justifié de dire que l'augmentation des prix de terrains lui assure un profit immérité, de l'acquéreur, qui a voulu faire une spéculation mais a couru du moins certains risques, ou de l'héritier, à qui le prix de faveur a conféré l'avantage supplémentaire d'une opération sans risque. En effet, la spéculation en soi n'est qu'une des causes du renchérissement des terres, elle n'en est même pas une cause décisive, comme l'a exposé la Commission d'études de la lutte contre la spéculation foncière dans son rapport du 11 décembre 1958 au Département fédéral de justice et police. Voir encore à ce sujet H. Sieber, *Wirtschaft und Recht* 1960 p. 269.

d'autres branches, comme de toute l'économie nationale. Le plus souvent, il est absolument impossible d'apprécier des données aussi complexes dans une action judiciaire.⁷⁹

Dès qu'une situation critique se dessine dans une branche de l'économie ou dans une profession, les intéressés réclament des pouvoirs publics une intervention d'un genre très défini dont on dit en langage économique qu'elle tend à maintenir la structure de cette branche ou profession. Il s'agit de protéger les entreprises de la catégorie en cause contre le risque d'élimination dont la concurrence les menace ou de freiner la concentration horizontale, c'est-à-dire l'absorption par de grandes sociétés d'entreprises indépendantes. Si la crise n'est pas due à un mouvement passager de la conjoncture économique et que ses effets menacent de se faire sentir de façon durable, il sera généralement évident dès l'abord qu'une législation interventionniste ne pourra que retarder l'issue fatale.

En Suisse, l'intervention de l'Etat en vue de maintenir les structures menacées est fréquemment requise. Cette tendance est due à des considérations très typiques qui relèvent de la défense économique du pays ou de préoccupations nationales, sociales ou démographiques. Ainsi, la loi sur le blé de 1959 stipule ce qui suit:

Art. 25.

1) La Confédération prend, conformément aux dispositions du présent article, les mesures nécessaires pour favoriser une répartition judicieuse des moulins à blé tendre sur l'ensemble du territoire de manière à assurer, en temps de guerre, l'approvisionnement en farine panifiable des diverses régions du pays.

2) Les petits et moyens moulins à blé tendre ont droit à des allocations graduées d'après leur débit de farine panifiable, compte tenu des différences existant entre les frais, selon l'importance de l'entreprise. Les frais entraînés par le versement des allocations précitées sont couverts à l'aide d'une taxe d'un taux uniforme. Cette taxe est calculée au prorata du débit de farine panifiable de chaque moulin; elle s'élève à un franc au maximum par quintal. Les moulins à blé tendre dont le débit de farine panifiable n'excède pas 500 tonnes par année peuvent en être dispensés en tout ou partie. Les mesures prises en vertu du présent article doivent être soumises à l'approbation de l'Assemblée fédérale.

Art. 27.

La Confédération soutient les efforts visant à maintenir un nombre suffisant de moulins à façon et à favoriser leur répartition judicieuse sur l'ensemble du pays. A cet effet, l'administration peut obliger les moulins de commerce à limiter leurs moutures à façon dans une mesure équitable.

Le même souci de maintenir les structures économiques se manifestent de façon moins patente, il est vrai, que dans la loi sur le

⁷⁹ F. Gysi, *op. cit.* p. 92; E. Steindorff, *Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht* p. 27 ss. et 47 ss.

blé, dans deux autres textes instaurant l'intervention de l'Etat: le statut de l'horlogerie⁸⁰ et la législation sur les terrains d'exploitations agricoles.⁸¹ Il est intéressant de relever que dans ces deux domaines se dessine un renversement de la tendance. Il apparaît en effet souvent, après quelques temps, qu'on avait tenté en vain de maintenir certaines situations en empêchant l'apparition de nouveaux concurrents et l'on s'efforce plutôt maintenant d'appliquer une autre méthode consistant à *renforcer l'efficacité et la capacité de concurrence*.⁸² Ainsi, dans le rapport du Conseil fédéral sur la situation de l'agriculture suisse, on ne préconise plus, contrairement au droit foncier en vigueur, de protéger les exploitations minuscules les moins rentables mais, au contraire, de favoriser la constitution d'entreprises familiales de grandeur moyenne;⁸³ de même, dans le nouveau statut de l'horlogerie, on remplace l'octroi de permis pour la création d'entreprises nouvelles par un contrôle de la qualité, auquel doit se soumettre tout producteur qui demande un permis d'exportation.⁸⁴

Considéré du point de vue de la théorie du droit, le point crucial de l'intervention de l'Etat, quand il s'agit de maintenir une structure économique est d'interdire l'accès de la branche d'activité intéressée à de nouvelles entreprises. Le contingentement ou l'octroi de permis ne procèdent jamais d'une stricte égalité mais créent au contraire des privilèges résultant soit de l'usage de pouvoirs discrétionnaires, soit du jeu de notions imprécises. Ces privilèges ne se distinguent pas de ceux que l'art. 4 de la Constitution fédérale voulait supprimer.⁸⁵ Comme seules les dispositions des lois conformes au principe égalitaire du pur libéralisme peuvent être invoquées en justice, les règles nouvelles s'écartent des principes fondamentaux de l'Etat de droit.

Signalons enfin les caractéristiques de l'intervention dite libérale qui se manifeste dans le projet de loi sur les cartels:⁸⁶

Art. 21.

1) Pour sauvegarder l'intérêt public, le département fédéral de l'économie publique peut, en se fondant sur une enquête spéciale, dans le

⁸⁰ ATF 86 II 204, 84 I 258; F. Gygi, *Wirtschaft und Recht* 1956, p. 118 ss. et 128 ss.; message du Conseil fédéral relatif au projet d'un nouveau statut de l'industrie horlogère, FF 1960 II p. 1489 ss.

⁸¹ ATF 81 I 107 et 80 I 95 et 412.

⁸² FF 1960 II 1516 s.

⁸³ FF 1960 I 185 s.

⁸⁴ FF 1960 II 1529 s.; on trouve également l'amorce d'un contrôle exercé sur la qualité des produits d'exportation dans la loi sur l'agriculture (art. 24, al. 3).

⁸⁵ L'art. 4 de la Constitution fédérale, s'inspirant de l'esprit libéral, parle avec raison de privilèges qui sont incompatibles avec l'égalité devant la loi du régime libéral.

⁸⁶ Dans la version du message du Conseil fédéral du 18 septembre 1961, FF 1961 II 611 ss. Voir également l'art. 11 du même projet.

délai d'une année à compter de la remise du rapport d'enquête, intenter action devant le Tribunal fédéral contre un cartel ou une organisation analogue qui empêche la concurrence ou l'entrave notablement dans une branche économique ou une profession, d'une manière incompatible avec l'intérêt général, notamment au détriment des consommateurs.

2) S'il admet l'action, le Tribunal Fédéral ordonne les mesures nécessaires ; en particulier, il peut annuler ou modifier des clauses à caractère de cartel ou interdire des mesures prises par des cartels ou des organisations analogues.

Il s'agit là, dit Ernst Hirsch avec raison, d'une intrusion du droit administratif dans le fondement même de la liberté de contracter.⁸⁷ Nous avons ici un exemple typique d'une intervention du pouvoir dans les relations privées contractuelles, qui vient confirmer ce qui a déjà été dit ailleurs de cette situation considérée du point de vue de la théorie du droit. Le libéralisme classique présumait que toutes les personnes intervenant sur le marché ont une influence à peu près égale et que de la sorte chacun des contractants est capable de défendre convenablement ses intérêts dans les échanges de biens et de services.⁸⁸ Cependant l'expérience a montré qu'il n'y a pas équilibre de forces entre les personnes qui participent à l'activité du marché et qu'au contraire des oppositions d'intérêts et des inégalités très marquées les séparent; la liberté de contracter et la concurrence ont contribué à aggraver plutôt qu'à atténuer ces inégalités.⁸⁹ D'autre part, la liberté individuelle de contracter est complètement défigurée lorsque les manifestations de volonté sont collectives ou sont le fait d'une association qui intervient de quelque autre manière.⁹⁰ L'institution même du contrat, objet de tant d'espoirs, est dénaturée et le régime juridique réagit comme nous l'avons déjà dit, c'est-à-dire le plus souvent en modifiant une situation de droit privé par le moyen de dispositions administratives. C'est en ce sens qu'on a parlé dans la doctrine d'une intrusion du droit administratif dans le principe de la liberté de contracter par l'institution de contrats soumis à la surveillance des pouvoirs publics,⁹¹ l'Etat, soucieux de protéger l'intérêt de la collectivité ou de la partie la plus faible, intervient dans la formation même de l'acte juridique.⁹² Cette constatation donne une explication purement phénoménologique de la nature du droit administratif privé, c'est-à-dire de cette variante du droit administratif dont la naissance a été suscitée par les excès de la liberté des parties; pour compléter le tableau de cette situation

⁸⁷ E. Hirsch, *Kontrolle wirtschaftlicher Macht* p. 46 s.

⁸⁸ EPK p. 27 ss.

⁸⁹ EPK p. 27 ss.

⁹⁰ E. Hirsch, *Kontrolle wirtschaftlicher Macht*, p. 48.

⁹¹ E. Hirsch, *op. cit.* p. 46 s.

⁹² J. Darbellay, « L'action du Pouvoir sur l'évolution du droit », *RDS 1955*, p. 122 ; F. Gysi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 75 s.

juridique nouvelle, il faut ajouter que la législation interventionniste – à la différence du droit public classique – s'attache beaucoup moins à réglementer les rapports verticaux entre l'Etat et les citoyens que les rapports horizontaux entre les particuliers. A cet égard aussi, il s'est établi des relations juridiques hybrides qui ne sont à proprement parler ni verticales, ni horizontales et ne relèvent exclusivement ni du droit public, ni du droit privé.

Toutefois, les normes tendant à déterminer le contenu des actes juridiques privés souffrent d'une contradiction interne plus profonde qui se relève précisément dans la disposition que nous avons citée du projet de loi sur les cartels. En vertu de cette disposition, le juge peut, non seulement annuler, mais encore *modifier* des accords conclus entre les membres d'un cartel; de même l'obligation de contracter peut contraindre des particuliers à conclure un contrat ou à donner un contenu déterminé à un acte juridique.⁹³ Si la liberté contractuelle menace certains intérêts quand elle est utilisée pour faire obstacle à la concurrence, l'ordre juridique réagit en la restreignant à son tour. Afin d'empêcher que certaines personnes ne soient écartées, même tacitement, d'un domaine quelconque des rapports sociaux, l'ordre juridique force les particuliers à entrer en transaction et crée ainsi une institution paradoxale, celle du contrat imposé; en d'autres cas, l'administration, invoquant des normes impératives et faisant fi de ce que les intéressés avaient convenu, décide quelles seront les obligations des parties.⁹⁴

Les mesures visant à maintenir la concurrence mettent ainsi en jeu, simultanément et au risque de provoquer des tensions, deux procédés antagonistes d'organisation des rapports de droit, l'un autoritaire et l'autre contractuel. Tout bien considéré, il s'agit de nouveau d'un problème qui se pose au législateur dans des termes totalement contraires aux conceptions du libéralisme primitif. Le jeu de la concurrence est sorti du domaine, indifférent à l'Etat, de la liberté des parties, et les dispositions du droit positif doivent assurer à chacun la possibilité de participer à la concurrence. Pour protéger la liberté de la concurrence contre des forces sociales non étatiques, des règles impératives de droit privé et de droit administratif doivent exercer une influence sur les rapports économiques.⁹⁵ Les mécanismes économiques et concurrentiels qui sont l'objet de

⁹³ E. Hirsch, *op. cit.* p. 45.

⁹⁴ Tel est le cas déjà mentionné dans les ATF 86 II 373 cons. 3, ainsi que 80 II 37; voir également M. Kummer, *op. cit.*, p. 129 s. et E. Hirsch, *op. cit.* p. 43 s.

⁹⁵ H. Merz, « Der schweizerische Entwurf zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen dans *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1960 p. 14; M. Kummer, *op. cit.* p. 121 s., 123 et 138 ss., H. Huber, « Gewerbebefreiheit und Eigentumsgarantie » *Festsache Gutzwiller* p. 552 s.

la législation ont exercé sur celle-ci une influence. La législation, non seulement s'accommode de textes imprécis et laisse une large place au pouvoir discrétionnaire, mais en outre exige du juge qu'il dise dans quelle mesure il reconnaît comme légitimes les atteintes à la concurrence; plus encore, le juge doit dire ce qui doit prévaloir, de l'intérêt général, de l'intérêt d'un groupe ou de celui des particuliers, sans qu'il puisse se fonder sur des normes explicites.⁹⁶

Pour bien juger d'un conflit résultant du jeu de la concurrence, il faut en outre estimer les possibilités de gain et de rentabilité de branches entières de l'économie nationale,⁹⁷ alors qu'il est bien difficile d'acquérir une connaissance ayant valeur probante d'une situation complexe qu'on ne peut délimiter ni dans son champ, ni dans sa durée. Enfin, l'obstacle à la concurrence ne réside pas nécessairement dans un refus concerté d'entrer en relations d'affaires avec un concurrent ou dans la rupture de ses relations;⁹⁸ il peut prendre la forme de prix ou de conditions d'achat nettement défavorables ou de mesures de dumping.⁹⁹

Le juge est donc contraint de s'occuper de questions de formation et de calcul des prix, ou plus généralement de se prononcer sur l'équité des prestations et contre-prestations dans les échanges de biens et de services entre particuliers. Peut-être aura-t-il même le privilège de rechercher si une baisse générale des prix est la conséquence heureuse d'une concurrence plus animée ou, au contraire, l'effet d'une machination dont le responsable veut s'assurer une position de monopole.¹⁰⁰ Le juge, du fait que le législateur n'a pas su lui fournir de règles catégoriques, se voit aussi imposer une tâche dont le régime juridique libéral le dispensait.¹⁰¹

En résumé, il nous paraît vain de demander que l'action attendue de l'administration dans l'aménagement de relations économiques et sociales soit régie par des normes et des notions du type libéral. Il nous faut abandonner l'espoir que les institutions et les raisonnements du libéralisme classique puissent servir de fondement juridique à une réalité qui s'écarte toujours plus du modèle libéral primitif. Rien ne sert de pleurer un passé qui ne reviendra plus; notre tâche est de trouver l'expression juridique qui convient à l'état de la société contemporaine.

⁹⁶ Voir à ce sujet M. Kummer, *op. cit.* p. 104, 110, 119 ss., 123 s., 126 s., 137 s. et 138 s. et 158 s.

⁹⁷ ATF 85 II 497 s., cons. 4.

⁹⁸ Au sujet de ce problème de définition, voir ATF 82 II 297 s., cons. 2.

⁹⁹ A ce propos, la Commission a exprimé l'avis qu'il n'est pas possible de réagir par une réglementation de la concurrence contre un gâchage des prix car une baisse des prix est, en soi, une manifestation normale de la supériorité d'un concurrent.

¹⁰⁰ EPK, p. 166 s.

¹⁰¹ W. Burckhardt, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, p. 230.

III

L'Etat, s'il intervient par son action administrative dans l'économie sans se conformer au principe et aux méthodes d'une légalité sans lacunes, remplit-il encore les conditions dictées par le respect de la primauté du droit? Ou est-il insensé et hérétique de poser simplement une telle question? Tout principe d'organisation sociale doit être assez solide pour supporter l'épreuve du doute et du scepticisme, faute de quoi il sera permis de le croire frappé de vices cachés. Les sciences sociales étudient des phénomènes qui évoluent, et elles doivent donc vérifier à chaque instant la validité de leurs constatations.¹⁰²

Administer les affaires publiques dans le respect de la primauté du droit serait très simple si l'on posait pour seule condition que chaque acte administratif doit être fondé plus ou moins directement sur un texte de loi, de sorte que le maître d'école, le balayeur municipal et le facteur, inconsciemment peut-être, contribueraient à réaliser le droit.¹⁰³ En revanche, dans une telle optique, la loi ne peut garantir que l'activité de l'administration soit réellement exemplaire. Or, en fin de compte, la légalité, telle qu'on la conçoit dans l'Etat de droit, ne tient pas simplement au fait que les actes de l'administration ont la loi pour fondement; ce qui importe, c'est que les normes imposées à l'administration disent de façon compréhensible, et autant que possible sans prêter à équivoque, ce que cette administration doit faire et de quelle manière, et dans quelles limites, elle doit déployer son action. Il suffisait, dans l'Etat libéral, que les interventions de l'administration fussent autorisées par la loi,¹⁰⁴ mais cela ne suffit plus lorsque l'administration fournit des prestations ou organise les rapports sociaux. Dans cette situation nouvelle la loi devrait définir, en les dosant convenablement, les mesures à prendre dans des situations imprévisibles et fixer l'étendue des droits de chacun selon ses besoins. L'Etat de droit ne se contente pas d'énoncer le principe de la légalité, il entend faire respecter la légalité par des institutions telles que la juridiction administrative.¹⁰⁵ Celle-ci a pour fonction principale de *contrôler l'application du droit* par l'administration. Aussi ne peut-elle remplir sa mission et faire triompher la légalité que dans la mesure où des règles de comportement impératives, susceptibles d'un contrôle judiciaire, ont été dictées à l'administration en vue précisément de faire

¹⁰² Voir M. U. Rapold, *Demokratie und Wirtschaftsordnung*, p. 8 ss., avec de nombreuses références, notamment à des remarques de Max Weber.

¹⁰³ Voir à ce sujet Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 46 s.

¹⁰⁴ F. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 43 ss.

¹⁰⁵ Z. Giacometti, *op. cit.* p. 21 s. et 274 s.

triompher la légalité.¹⁰⁶ Il s'ensuit que les lois n'instituent l'Etat de droit que dans l'abstrait. L'application effective des lois dépend de l'administration qui peut agir selon la volonté du législateur ou contrairement à cette volonté. Aussi les tribunaux peuvent-ils seuls garantir le respect du droit dans le concret.¹⁰⁷ Du moins la conception de l'Etat fondée sur la primauté du Législatif se fonde-t-elle sur cette doctrine de l'application du droit.¹⁰⁸ Dans une première phase, les organes d'exécution peuvent interpréter la loi à leur guise et l'administration, partie intéressée dans les rapports de droit entre elle et les administrés, serait, en l'absence d'autorités de contrôle, judiciaires ou autres, – plus forte que la loi, ce qui rendrait problématique le respect de la légalité.¹⁰⁹

Des normes consacrant certaines valeurs ou conférant aux autorités un large pouvoir discrétionnaire, et des dispositions légales imprécises, offrent dans chaque cas d'espèce un choix entre plusieurs solutions. Ce sont tous là des facteurs suspects du point de vue de l'état de droit, surtout quand leur champ d'application échappe à un contrôle juridictionnel. En outre, depuis quelque temps, la législation économique ne se borne même plus à substituer aux dispositions légales, selon un procédé qui fut vivement critiqué, des règlements qui seuls font apparaître la portée pratique de la loi. Le statut suisse du marché du fromage en son article 12, al. 3, comme aussi d'autres textes, ne charge même plus les organes du gouvernement ou de l'administration d'édicter des règlements d'application qui du moins imposeraient des obligations définies tant aux autorités qu'aux administrés; il leur demande seulement d'édicter des *directives*. Ce terme indique clairement que l'administration ne sera pas liée strictement et que le citoyen ne pourra pas invoquer de droits définis. Les directives ne fournissent que l'ébauche des décisions qui seront prises dans des situations qu'il n'est pas possible de prévoir de façon certaine. Plus le législateur, en raison des conditions de fait ou par carence, s'éloigne de l'idéal de la « règle précise », ¹¹⁰ plus le principe de la légalité perd de sa valeur pratique, qui se réduit à rien ou presque lorsque la prescription légale se dilue au point de n'être qu'un simple règle d'attribution de compétence.

¹⁰⁶ Max Imboden, dans *Gestalt und Zukunft des schweizerischen Rechtsstaates*, p. 14, déclare que, lorsque la loi n'édicte pas de normes, le recours au droit ne consiste guère que dans une formalité sans portée pratique.

¹⁰⁷ E. Becker, *Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung*, VVDStRL 14, p. 100.

¹⁰⁸ Horst Ehmke, « *Ermessen* » und « *Unbestimmter Rechtsbegriff* » im *Verwaltungsrecht*, p. 44 ss.

¹⁰⁹ K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als Staatsrechtliches Problem*, p. 109.

¹¹⁰ Voir à ce sujet H. Huber, « *Das Staatsrecht des Interventionismus* » RDS 1951 p. 186, qui se réfère à Michel Debré.

Voilà précisément ce qu'il y a lieu de reprocher à l'Etat interventionniste.

Ce genre d'activité administrative se prête moins que tout autre à un contrôle judiciaire. Non seulement les lois de cette espèce, en raison de l'imprécision des notions dont elles procèdent, ne sont susceptibles d'un contrôle judiciaire que dans une mesure limitée, mais il y a encore d'autres raisons qui font que le juge a plus de peine à dégager la portée des normes qui tendent à instaurer la justice sociale ou à rétablir la concurrence. L'Etat intervient pour modifier les conditions d'ensemble d'une branche d'activité ou des rapports particuliers touchant l'ensemble de la société. Son action porte sur des situations mal délimitées et mouvantes qui ne peuvent être élucidées avec une valeur probante, comme ce serait le cas d'événements passés dont les répercussions sont épuisées. Nous avons vu également que, en ce qui concerne la planification ou d'autres méthodes analogues, la juridiction administrative n'intervient qu'après coup, à un moment où la complexité des mesures déjà appliquées exclut presque toujours la possibilité d'apporter un correctif. Lorsque, par exemple, il s'agit de savoir si la production agricole intérieure suffit à satisfaire la demande ou si des importations doivent être autorisées, il n'y a plus qu'un intérêt purement théorique à ce que le juge, quelques mois ou quelques années plus tard, conclue – s'il parvient à une conclusion – qu'à l'époque les importations autorisées avaient été soit trop faibles, soit trop fortes.¹¹¹ Cet exemple montre en outre que, dans la plupart des cas, on ne peut pas envisager, à titre de garantie supplémentaire de la régularité de l'action publique, que l'Etat encourra une responsabilité pécuniaire. Il est inévitable que toute intervention de ce genre – qu'elle soit justifiée par l'état de fait ou non – assure un avantage à un groupe et inflige un désavantage à un autre groupe.¹¹² Le préjudice causé à certaines situations économiques ne pourra jamais être corrigé lorsque l'Etat, obéissant à des préoccupations sociales, modifie la structure de l'offre ou de la demande pour améliorer les chances de gain dans certaines branches de l'économie qui ont besoin d'être protégées, ou lorsqu'il socialise les possibilités de gain et provoque des inégalités dans son effort pour atténuer des différences sociales. De même, lorsque l'Etat a pris des mesures qu'une enquête ultérieure fait apparaître comme injustifiées, alors qu'il était contraint d'agir sans retard pour faire face à une situation complexe dont il ne pouvait pas apprécier exactement tous les éléments, il ne peut pas être question d'invoquer une responsabilité civile des pouvoirs publics. La direction de l'économie nationale grèverait les finances publiques d'une charge insupportable si les

¹¹¹ F. Gygi, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, p. 90 ss.

¹¹² F. Gygi, *op. cit.* p. 64 ss.

milieux économiques en cause récoltaient les avantages d'une intervention erronée favorable à leurs intérêts, tandis que le coût de mesures inopportunes serait reporté sur la collectivité.¹¹³ Etant donné que les principes de l'Etat de droit ne sont respectés que dans une mesure insuffisante dans la législation et dans l'application de la loi, nous sommes contraints de conclure qu'il reste encore tout à faire pour garantir convenablement le respect du principe de la légalité par les organes publics qui interviennent dans les rapports sociaux. A cette fin, il conviendrait de recourir en particulier à des institutions propres à compenser l'imprécision des normes du droit d'intervention sociale et de parer autant que possible aux insuffisances du recours judiciaire, qui s'exerce nécessairement a posteriori, donc généralement trop tard dans ce domaine si particulier.

Une pratique partant d'excellentes prémisses a donné naissance à des méthodes et procédures propres à assurer ces corrections, ou du moins en a établi les bases sans toutefois être soutenue ni dirigée par la science juridique.

Les fruits de cette pratique sont, plutôt que des notions inédites ou un édifice nouveau de droits et d'obligations, des instruments de travail qui permettent de réduire ou de faire disparaître certaines oppositions ou tensions sociales ou de résoudre des discordances dans un domaine des rapports sociaux que la force normative du droit n'atteint plus.

Les autorités, lorsqu'elles veulent acquérir une connaissance satisfaisante des conditions du marché, disposent des moyens les plus divers: statistiques, analyses, observation des facteurs des prix et de la production. Cette connaissance, qui n'est pas fondée sur l'hypothèse de mécanismes et d'automatismes prévisibles en matière d'économie, ne procède pas seulement d'enquêtes, mais aussi de la consultation toujours plus fréquente de spécialistes appartenant à des milieux de producteurs et de consommateurs. Ces personnalités, groupées en commissions consultatives, se réunissent périodiquement pour fournir aux organes de l'Etat les informations que ceux-ci n'obtiendraient pas à temps par d'autres voies et dont ils ont besoin pour les décisions qu'ils doivent prendre presque chaque jour. Des recommandations, des mises en garde, des conseils fondés sur une appréciation de l'état du marché sont ensuite adressés à titre indicatif aux producteurs et aux consommateurs.

Un groupe est invité à modifier ses plans de production. Une estimation de la récolte prochaine est communiquée aux milieux

¹¹³ Voir notamment l'art. 20 du statut du vin dans sa version du 6 juin 1958. Au sujet de la responsabilité pécuniaire de l'Etat pour ses interventions, voir Klaus-Dieter Ehlermann qui, dans *Wirtschaftslenkung und Entschädigung*, p. 42 ss. et 53 ss., défend une thèse généreuse fondée sur la notion de l'Etat de droit, mais insiste quand même par trop sur le droit à des indemnités.

d'acheteurs, afin que le marché se prépare à absorber la production et que les importateurs adaptent leurs plans aux prévisions.

Des prix indicatifs sont établis, des surfaces à ensemençer calculées; selon qu'ils se conforment ou non à ces indications, les intéressés profiteront davantage ou souffriront d'inconvénients tels que la restriction des importations lorsque la production nationale ne peut plus trouver preneur à des prix convenables (c'est ce que prévoit par exemple l'art. 5 de l'ordonnance du 30 décembre 1953 sur le marché du bétail de boucherie) ou la suppression des garanties de prise en charge. Les vins du pays qu'il n'a pas été possible d'écouler sont offerts aux importateurs qui sont invités à en acheter une quantité minimum dans un certain délai; en même temps, on les menace de rendre cet achat obligatoire s'ils n'obéissent pas à leurs responsabilités. Les associations professionnelles et les organisations économiques sont mobilisées de mille manières pour participer à la réalisation de la politique économique arrêtée par l'Etat. Au contraire de ce qu'on l'on pense souvent, les groupements privés savent prendre en considération l'intérêt de l'économie générale, et il leur est toujours loisible de s'entendre entre eux sur la manière dont ils peuvent faire face à leurs responsabilités. La collaboration des autorités et des associations privées aboutit à un régime économique qu'on ne peut qualifier ni de gestion économe ni d'économie dirigée. En tous cas, on a peine à y retrouver les traits d'une administration vouée à l'application de la loi.

La fonction médiatrice de l'administration, déjà importante en matière de droit collectif du travail, s'étend à de nouveaux domaines, par exemple à la réglementation des cartels (statut de l'horlogerie, projet de loi sur les cartels) ou à la protection des locataires: l'administration intervient pour concilier les parties. Ces institutions reposent sur l'idée qu'il incombe certes aux intéressés de conclure des contrats mais que, puisqu'il n'est pas possible de fixer d'avance par des normes certaines le contenu détaillé de ces contrats, une intervention dans les tractations d'un tiers indépendant et bien informé sera de nature à conduire les parties à adopter des stipulations équitables. Le contrôle judiciaire a posteriori est remplacé par un arbitrage ante factum. Ce n'est que si cette action conciliatrice échoue que l'autorité intervient à coup d'ordonnances et d'interdictions. L'expérience montre que souvent de simples recommandations sont plus efficaces que des mesures de coercition.

Un exemple caractéristique de ce système est fourni par l'art. 15 du statut du vin:

Pour faciliter le placement des produits viticoles, le Conseil fédéral ou, suivant ses instructions, le département de l'économie publique, peut *encourager* les groupements intéressés à conclure des *accords* fixant les prix valables pour les producteurs, les intermédiaires et les détaillants, compte tenu des intérêts légitimes des consommateurs.

La commission des cartels se présentera également sous l'aspect d'un groupe indépendant d'experts qui, en conclusion d'études, adressera à ceux qui font obstacle à la concurrence des recommandations quant aux dispositions qu'ils pourraient prendre pour mettre leurs intérêts à l'unisson des objectifs de la loi et pour dispenser le juge d'intervenir.

Un mot encore des commissions spéciales de recours. Elles ne sont pas toujours nées d'une idée fixe pas plus qu'elles ne manifestent la méfiance du Parlement à l'égard du pouvoir judiciaire. Souvent, le Tribunal fédéral lui-même, consulté au sujet de projets de réglementation économique, a exprimé spontanément le souhait de ne pas recevoir les pouvoirs de contrôle qu'on voulait lui attribuer dans ces textes, car il savait ou soupçonnait que les formules utilisées ne se prêteraient pas pleinement à une interprétation judiciaire et appelleraient en fait des décisions relevant de la politique économique, domaine où le juge se sent dépaysé. La tâche, en réalité, relève à la fois du droit et de l'économie politique et on s'efforce de faire leur juste place à ces deux éléments en réunissant des juristes et des économistes dans l'organe de recours dont les décisions, prises selon une procédure et à la lumière de directives juridiques, ressemblent de très près à des actes de direction de l'économie. On tente de la sorte de faire la synthèse d'un prononcé de tribunal et d'un arbitrage de professionnels.

Selon une autre procédure du droit administratif moderne en matière économique, les antagonistes se livrent à un débat direct, sous la direction de représentants de l'autorité ou de personnalités neutres.

Ainsi, en application de l'ordonnance concernant le marché du bétail de boucherie, les producteurs, les importateurs, les commerçants et les consommateurs viennent tous faire connaître leurs vues aux autorités chargées de fixer le volume et la date des importations.

Des procédures aussi vagues prêtent évidemment à la critique.

On dira, non sans raison, qu'à une conception de l'état de droit fondée sur un principe de légalité formaliste, il convient de préférer une conception fondée sur les principes généraux du droit et un système solide de valeurs. Mais a-t-on mesuré l'extrême diversité des solutions qu'il est possible, sans enfreindre le principe fondamental de l'égalité de droit, d'apporter aux problèmes sociaux tant dans l'énoncé des normes que dans leur application? On n'est plus très éloigné de l'école du droit libre (*Freirecht*) de la théorie de la jurisprudence des intérêts, du moins si l'on postule que le droit doit donner à ceux qui appliquent les normes dans des cas concrets une orientation définie, laissant une certaine marge à leur appréciation tout en montrant clairement à quel moment ils risquent de trop s'écarter de la bonne direction. Pourquoi d'ailleurs les méthodes et les procédures dont il a été question ici ne pourraient-elles pas être

guidées par ces grands principes du droit qui protègent la dignité humaine et favorisent le libre développement de la personnalité? A vrai dire, une telle conception de l'Etat de droit répond à un espoir plus qu'à une réalité comme l'a fait observer Mallmann.¹¹⁴ Dans le dernier projet de loi sur cartels, il a été prévu de remplacer le tribunal spécial des cartels par un recours de droit administratif au Tribunal Fédéral; cet amendement pourrait nous conduire à dire, en guise de conclusion, que nous conservons une optique que nous aurions dû abandonner il y a plus d'un demi-siècle, et que nous étendons ainsi le champ de la juridiction administrative à une époque et à un domaine qui sont pourtant de nature à nous convaincre de l'étroitesse des limites auxquelles se heurte cette institution.

FRITZ GYGI

*Docteur en droit, privat-docent
à l'Université de Berne.*

¹¹⁴ *VVDStRL* 19, p. 193.

LE BARREAU DANS LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE *

L'avocat est encore un personnage relativement nouveau dans la République populaire de Chine. Son statut est aussi flou que celui de tels ou tels autres éléments du système juridique en Chine communiste. Néanmoins, une étude de la profession d'avocat en Chine peut dès maintenant donner une idée de ce qu'est la « justice du peuple » et de la direction dans laquelle elle évolue.

Dans les pages qui vont suivre, nous nous efforcerons d'étudier la profession d'avocat en Chine sous deux aspects principaux: d'une part, l'évolution de l'attitude communiste à l'égard du barreau, telle qu'elle se manifeste dans les déclarations de principes et dans la pratique; d'autre part, l'organisation et l'activité des avocats chinois et les problèmes auxquels ils ont à faire face dans l'exercice de leurs fonctions.

Absence d'un barreau dans les premières années du régime communiste

Même avant la mise en place du régime communiste, les Chinois n'ont jamais eu pour le barreau la même considération que les populations d'Occident. Cette attitude pourrait s'expliquer à la fois par la très ancienne tradition chinoise qui subordonne la loi à la morale et par les pratiques douteuses de certains avocats en Chine.¹ Tout en reconnaissant en parole le droit qu'a l'accusé de se défendre, les communistes chinois adoptaient souvent autrefois une attitude tellement hostile et soupçonneuse à l'égard de la profession d'avocat qu'il n'y avait pas place pour celui-ci dans l'ordre nouveau qu'ils bâtissaient. Il en fut ainsi dès les premiers jours du mouvement révolutionnaire communiste.

Dominé par les communistes, le premier congrès paysan de la province de Hou-Nan adoptait, vers la fin de 1926, un certain nombre de résolutions. Dans l'une d'entre elles consacrée au problème judiciaire, le congrès attaquait la complexité de la procédure juridique et la perfidie des *song-kouen* (brigands de la procédure)

* Les recherches sur lesquelles se fonde cet article ont pu être effectuées grâce à une subvention du *Social Science Research Council*.

¹ On trouvera un exposé de la conception chinoise du droit dans Jean Escarra, *Le Droit chinois*, Pékin, 1936, pages 3 à 84, et des commentaires sur le barreau chinois dans Tchien Touan-cheng, *The Government and Politics of China*, Cambridge, 1950, pages 260-261.

dans l'ancien système. Le congrès résolut notamment d'interdire sans exception le recours aux song-kouen et d'accorder aux associations paysannes le droit de représenter leurs membres dans les procès.²

Dans le règlement provisoire d'organisation des tribunaux et des procédures judiciaires promulgué en 1932 par le comité exécutif central de la République soviétique chinoise dans la province de Kiang-si, il était stipulé que « l'accusé peut, au procès, se faire représenter par quelqu'un chargé de défendre ses intérêts ».³ Selon un juriste russe, la justice dans la zone soviétique chinoise prit la forme de procès de masse devant des cours ou tribunaux révolutionnaires où des milliers d'ouvriers, de paysans et de soldats de l'armée rouge venaient témoigner contre les criminels. Les prévenus étaient « libres » de parler et de se défendre contre les accusations, et toute personne présente pouvait aussi prendre la défense des accusés.⁴ Mais il ne semble pas qu'une défense de quelque valeur se soit jamais manifestée, on chercherait en vain l'exemple d'une affaire où des avocats aient joué un rôle.

Pendant la période du Front national uni contre le Japon, le régime communiste dans le Ye-Nan semble avoir accepté plus volontiers la notion d'avocat de la défense. Selon un exposé dû à l'un des principaux juristes de la Chine communiste, les tribunaux populaires dans la région frontière entre le Chen-Si, le Kan-sou et le Ning-sia autorisaient les parties à un procès à demander à des parents ou à des personnes ayant des connaissances juridiques d'assurer leur défense ou de les représenter. En outre les organisations populaires étaient habilitées à désigner pour la circonstance des avocats ou des représentants dans les procès auxquels leurs membres étaient parties.⁵ On a dit néanmoins que la situation d'alors ne justifiait pas la création d'un barreau dans la région frontière.⁶

En février 1949, peu avant sa victoire complète sur le Kouo-mintang, le Comité central du parti communiste chinois promulgua une directive abolissant les six codes des Nationalistes et exposant

² *Ti-i-tzou kouo-nei ko-ming tchan-tcheng chih-tch'i ti moung-min yun-toung* (Le mouvement paysan dans la première période de la guerre civile révolutionnaire) Pékin, 1953, pages 355-356.

³ Tch'ou Houai-tchih et Tchang-Min-fou « Pour faire comprendre le système de la défense dans les procès au criminel dans notre pays ». *Hsiu tchien-che* (New Construction) Pékin, No 5, 1956, page 14.

⁴ L. M. Guddochnikov, *Legal Organs of the People's Republic of China*, New York, 1959 (IFRS: 1968-N) page 9.

⁵ Ma Hsi-wou, « L'oeuvre de la justice populaire dans la Région frontière du Chan-si-Kang-sou-Ningsia à l'époque de la nouvelle révolution démocratique », *Tcheng-fa-Yen-tchiou* (Recherches politiques et juridiques) Pékin, No 1, 1955, page 10.

⁶ Masao Fukushima, Naokichi Ubukata et Ryoi-chi Hasigawa, *Chugowu no saiban* (Justice de Chine) Tokyo, 1957, page 167.

le principe du système judiciaire applicable dans les régions libérées.⁷ A la veille de l'institution de la nouvelle République populaire de Chine à l'automne de cette même année, le programme commun du Congrès consultatif politique du peuple chinois proclamait à nouveau l'abrogation de toutes les lois et la suppression de tous les tribunaux nationalistes: « Toutes les lois, tous les décrets et tous les systèmes judiciaires du gouvernement réactionnaire du Kouomintang qui opprimaient le peuple sont abrogés; des lois et décrets protégeant le peuple seront promulgués, et le système judiciaire populaire sera institué ». (article 17).⁸

En même temps que disparaissaient les autres institutions du régime du Kouomintang, le barreau se trouva entraîné dans le bouleversement de la structure judiciaire du pays. Les cabinets d'avocats furent fermés et les avocats ne furent plus autorisés à exercer à leur propre compte. De Kharbin à Changhaï, tous les communiqués insistèrent sur le fait que le simple citoyen pouvait avoir accès aux tribunaux populaires, sur la simplicité de la nouvelle procédure judiciaire et sur la disparition dans les procès des avocats d'autrefois.⁹ Dans l'esprit des communistes, ces avocats servaient uniquement les intérêts d'une minorité de privilégiés et étaient trop attachés aux formes et aux procédures anciennes du droit pour pouvoir continuer à jouer le rôle d'avocats populaires.¹⁰

D'autre part, le régime communiste continua à reconnaître officiellement à l'accusé le droit de se défendre dans un procès. Les autorités annoncèrent également que le régime préparait la création d'un système d'avocats populaires. Tous ces faits semblaient relever des efforts que déployait le régime pour stabiliser son pouvoir et instituer un nouvel ordre juridique qui allait remplacer celui qui avait été aboli. C'est ainsi que l'article 12 du « règlement provisoire du tribunal populaire de Changhaï, régissant le déroulement des procès civils et criminels » (promulgué le 11 août 1949) stipule que dans un procès au criminel le prévenu peut demander, soit au juge président de la cour de lui désigner un défenseur d'office, soit à l'organisation populaire intéressée d'envoyer un représentant pour le défendre. Au civil les parties pouvaient, avec la permission du

⁷ T'oung Pi-Wou, «Le système judiciaire de la Chine», *New China News Agency*, Pékin, 20 septembre 1956.

⁸ On trouvera une traduction en anglais du programme commun dans *China Digest*, Hong Kong, 5 octobre 1949, pages 3 et 4.

⁹ *China Weekly Review*, Changhaï, 20 août 1949, p. 218; 14 janv. 1950, page 113; Changhaï, novembre 1950, pages 78 et 79. Le Ministre de la justice a en outre ordonné en 1950 la suppression des activités des avocats installés à leur compte. Lin Tch'eng, «Il faut interdire absolument les activités illégales des avocats clandestins». *Jen-min jih-pao* (Quotidien du peuple) Pékin, 14 septembre 1952.

¹⁰ Chih Liang, «Le système judiciaire de la Chine nouvelle», *People's China*, Pékin, No 12, 1957, page 16.

président du tribunal, désigner leurs parents les plus proches pour les représenter devant le tribunal.¹¹ Une disposition analogue sur le droit de défense figure dans le « règlement organique des tribunaux populaires » promulgué le 20 juillet 1950. Institution spéciale, les tribunaux populaires (*jeen-min fa-t'ing*) ont servi à appliquer d'abord la réforme agraire et, par la suite, les campagnes dites « des Trois Anti et des Cinq Anti ». L'article 6 de leur règlement organique était ainsi rédigé: « Lorsqu'un tribunal populaire de *hsien* (commune) et ses instances inférieures jugent un procès, ils garantissent le droit de l'accusé de se défendre et de se faire défendre par un avocat. Le tribunal doit approuver la désignation de l'avocat avant que ce dernier puisse plaider ».¹²

Bien qu'aucune clause relative au droit de défense ne figure dans la « réglementation organique provisoire des tribunaux populaires de la République populaire de Chine » (promulguée le 3 septembre 1951), le président par intérim de la Commission de codification du droit expose dans son rapport explicatif sur les tribunaux populaires (*jen-min fa-yuan*) que « dans un procès public les parties et leurs avocats agréés doivent avoir toute liberté de s'exprimer et de défendre leur cause ».¹³ Passant en revue l'œuvre judiciaire accomplie en 1949 et 1951, un auteur communiste écrivait aussi que des progrès avaient été faits en vue d'introduire en Chine la fonction d'avocat populaire. « Pour manifester l'esprit démocratique qui a inspiré notre réforme judiciaire et pour protéger le droit de défense de l'accusé ainsi que les intérêts légitimes des parties au civil, dit Tchen Tchi-yü, nous avons institué des défenseurs publics qui sont chargés, au bénéfice du prévenu ou de l'une des parties, de réunir des témoignages, d'examiner les circonstances du cas, d'étudier les problèmes et de participer au procès afin d'acquiescer la masse d'expérience qui nous permettra de créer une nouvelle fonction d'avocat populaire ».¹⁴

En dépit de ces règlements et de ces déclarations, il n'existe aucune preuve qu'un accusé ait jamais exercé son droit de défense au cours des premières années de la République populaire. Cette divergence flagrante entre la politique proclamée par le régime et la pratique effective montre que l'attrait des méthodes arbitraires

¹¹ On trouvera le texte de cette réglementation dans *Chang-hai tchieh-fang i-nien* (Un an après la libération de Changhaï) Changhaï 1950, troisième partie, pages 13 à 16.

¹² Le texte de cette réglementation figure dans *Jen-min chou-ts'e, 1951* (Le manuel populaire, 1951), Changhaï, 1951, Section 6, pages 46 à 48.

¹³ Hsu Te-heng, « Rapport explicatif sur le Règlement organique provisoire des tribunaux populaires de la République populaire de Chine », *Jen-min jih-pao*, 5 septembre 1951.

¹⁴ « La réforme judiciaire populaire de ces deux dernières années », *Hsin Tchoung-houa pan-yueh-k'an*, (Le Bimensuel de la nouvelle Chine) Changhaï, No 19, Vol. 14, 1er octobre 1951, page 10.

et répressives dans l'exercice du pouvoir était beaucoup plus fort que les tentatives faites pour instituer un pouvoir plus ordonné; il est vrai que le régime menait alors une lutte intensive contre les propriétaires, les contre-révolutionnaires, les impérialistes étrangers et autres. Contrairement aux garanties énoncées par la loi, il était de pratique courante que le prévenu cédât et se reconnût coupable. Ni dans les procès relatés dans les publications officielles du régime, ni dans les témoignages apportés par des Chinois ou par des étrangers, on ne trouve mention d'un seul cas, au cours de la période pré-constitutionnelle, où le prévenu ait présenté sa propre défense ou ait été défendu par un avocat.¹⁵ S'appuyant sur son expérience personnelle, un ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université « l'Aurore » à Changhaï souligne les aspects suivants de la procédure des tribunaux communistes:

Non seulement l'accusé est présumé coupable, mais il lui est même interdit de renverser cette présomption : l'essayer est rébellion... Avec une pareille conception de la procédure, peut-on s'étonner de la suppression complète des avocats ? Elle est dans la logique du système et le ministère d'un avocat devant de pareils tribunaux devient non seulement superflu mais absolument impensable. La défense est rébellion. Qui oserait, même comme avocat désigné d'office, lutter contre le « gouvernement » en défendant un accusé. Les paroles de l'avocat s'arrêteraient dans sa gorge et il se sentirait aussi coupable que son client. L'absence de défenseur dans le procès pénal n'est donc pas accidentelle mais au contraire impérieusement postulée par les conceptions fondamentales du Droit pénal communiste.¹⁶

La liquidation des « avocats clandestins » pendant la réforme judiciaire

Les anciens avocats installés à leur compte en Chine, et à qui le régime interdisait déjà l'exercice de leur profession, reçurent un nouveau coup lorsque le régime communiste lança sa campagne contre leurs « activités illégales et clandestines » au cours de la campagne de réforme judiciaire des années 1952-1953. Il convient de noter que si le régime a, dès le début, aboli dans sa totalité le système judiciaire du Kouomintang, il avait été contraint de garder une grande partie de l'ancien personnel faute de disposer de suffisamment de cadres ayant reçu une formation juridique. A peine touchés par l'endoctrinement communiste, ces anciens juges du

¹⁵ Consulter Henry Wei, *Courts and Police in Communist China to 1952*, Lackland Air Force Base, 1955, Chap. III-V et Commission internationale contre le régime concentrationnaire, *Livre blanc sur le travail forcé et les camps de concentration dans la République populaire de Chine*, Paris, 1957, Vol. II, pages 44-48.

¹⁶ André Bonnichon, *Le droit de la Chine communiste*, La Haye, 1956, pages 6 et 8.

Kouomintang restèrent fidèles, cela va de soi, à bien des notions et des pratiques traditionnelles. L'existence de ces « graves défauts en matière politique et d'organisation » dans les tribunaux populaires apparut pendant les campagnes dites « des Trois Anti et des Cinq Anti ». Dans un rapport au Conseil d'Etat du 13 août 1952, Mlle Chih Liang, ministre de la Justice, faisait observer ce qui suit : « Il y a vingt-huit mille fonctionnaires des cadres judiciaires de notre pays; sur ce nombre, six mille, soit environ 22 pour cent, ont travaillé sous l'ancien régime. Dans les grandes villes et les villes d'importance moyenne particulièrement, ces juges constituent la majorité dans les tribunaux populaires ».¹⁷ Le gouvernement estimait que dans ce personnel judiciaire de l'ancien régime, de 60 à 80 pour cent étaient des éléments anti-parti et dépravés, car nombre d'entre eux avaient été membres du Kouomintang et de sa police secrète. On s'aperçut qu'ils exerçaient une influence corruptrice considérable, même sur les cadres éprouvés du parti.¹⁸

Dans une telle situation le gouvernement communiste chinois décida de lancer dans tout le pays une campagne de réforme judiciaire qui dura d'août 1952 à avril 1953.¹⁹ L'objectif de cette campagne était de combattre les anciennes conceptions juridiques, de débarrasser l'ancien personnel judiciaire de ses éléments corrupteurs et de liquider les « avocats clandestins ». Au cours de cette campagne de « re-moulage idéologique » et de mise en accusation, on eut recours à toutes les méthodes bien connues de « critique et d'auto-critique » et aux « réunions d'accusation et de redressement ». On ne sait combien de ces praticiens du droit furent effectivement punis, mais il a été officiellement admis que vingt pour cent seulement du personnel judiciaire qui avait été employé sous l'ancien régime resta en fonctions après la réforme.²⁰ La déclaration suivante de Mlle Chih-Liang montre bien l'importance de cette campagne en tant que moyen de consolider le pouvoir communiste et de supprimer les obstacles sur la voie de l'ordre nouveau :

Grâce à cette campagne, non seulement nous nous sommes débarrassés d'un certain nombre d'éléments dépravés qui avaient des habitudes néfastes et violaient les lois, mais nous avons choisi des éléments d'élite parmi les ouvriers, les paysans et les femmes pour consolider les organes

¹⁷ Chih Liang, « Rapport sur la réforme et la réorganisation complètes des tribunaux populaires à toutes les instances », *Tch'ang-tchiang jih-pao* (Yang Tze Daily) Han-keou, 24 août 1952.

¹⁸ *Ibid.* Cf. également T'ao Hsi-tchin, « De la réforme judiciaire », *Tcheng-fa yen-tchiu*, No 5, 1957, page 12.

¹⁹ Dès juin 1952, l'opinion publique avait été préparée en vue de cette réforme. On trouve deux interprétations opposées de la Réforme judiciaire dans T'ao Hsi-tchin, pages 12 à 16 et Tch'en Chu-fang, *Tchung-kung ti ssu fa Tch'en kai-ko* (La réforme judiciaire des communistes chinois) Hong Kong, 1953.

²⁰ *Kuang-ming-jih pao* (Kuang-ming Daily) Pékin, 31 août 1957.

judiciaires à tous les niveaux ; nous avons aussi enseigné à tous les cadres des professions judiciaires à mieux reconnaître ce qu'avaient de nuisible l'ancien point de vue judiciaire et le mode de travail du Kouomintang réactionnaire, et à commencer à adopter la conception judiciaire nationale fondée sur le Marxisme-Léninisme et sur les enseignements de Mao Tsé-Toung. Leur désir de servir le peuple sans arrière-pensée s'en est trouvé renforcé, et on a pu fixer la ligne de démarcation entre les conceptions judiciaires d'hier et d'aujourd'hui. En même temps, grâce à cette campagne, le principe de la légalité qui inspire les tribunaux populaires a commencé à entrer en jeu ; une nouvelle conception du travail s'est fait jour et le peuple prend part désormais à l'administration de la justice. Tout ceci a renforcé les assises sur lesquelles se consolide la dictature démocratique du peuple et l'œuvre judiciaire du peuple dans la Chine nouvelle.²¹

L'un des buts principaux de la réforme judiciaire était la suppression des *hei lü-chih* (avocats clandestins). Depuis la libération, les membres du barreau avaient été contraints d'abandonner l'exercice de leur profession. Beaucoup d'entre eux avaient ouvert des bureaux de comptabilité, de traduction ou de rédaction de documents à l'intention des habitants des zones urbaines. D'autres étaient devenus syndics, régisseurs, secrétaires ou employés d'entreprises privées. Cependant, pendant la campagne de réforme judiciaire, les communistes accusèrent les anciens avocats de poursuivre, sous le couvert de leurs nouvelles situations, des activités « clandestines » au détriment du peuple et de l'Etat. Ils prétendirent que grâce à leurs relations avec des parents, amis, anciens camarades d'école et collègues, les *hei lü chih* et les *song-kouen* (brigands de la procédure) s'étaient constitués en groupes et complotaient avec les anciens fonctionnaires de la justice contre le système judiciaire de la Chine nouvelle. Les communiqués officiels citaient, parmi leurs activités illégales, la corruption, la fraude et le chantage, la perversion de la justice, l'accaparement des procès, l'incitation aux conflits et aux différends, la confusion de ce qui est juste et de ce qui est injuste.²²

Dans le cadre de la campagne réformatrice, la presse communiste monta en épingle les récits des activités antipopulaires des « avocats clandestins ». C'est ainsi que dans une affaire survenue à Wou-si, dans le Kiang-sou, un avocat (le père) et un juge (le fils) furent accusés d'avoir commis de concert entre 1949 et 1951, plus de cent actions criminelles, depuis la divulgation contre paiement de renseignements confidentiels jusqu'à la protection accordée à des contre-révolutionnaires.²³ Dans une autre affaire on découvrit qu'un « avocat clandestin » à Canton avait extorqué à un plaideur dans

²¹ « Les progrès de l'œuvre judiciaire du peuple depuis trois ans », *New China News Agency*, 23 septembre 1952.

²² Lin Tch'eng, *Jen-min jih-pao*, 14 septembre 1952; Tch'ang-tchiang jih-pao, 9 septembre 1952.

²³ *Tchieh-fang jih-pao* (Journal de la libération), Changhaï, 13 septembre 1952.

un seul procès environ 120 millions de yuan.²⁴ L'auteur d'un article du *People's Daily* commentait ainsi ces nouvelles: « Les avocats clandestins sont les fidèles gardes du corps des éléments criminels et, en même temps, les complices du personnel corrompu des tribunaux populaires. Pour eux le peuple travailleur est un objet d'exploitation et les biens publics un objet de récupération. Bien des criminels et même des contre-révolutionnaires ont pu échapper au châtement de la justice grâce à l'aide des avocats clandestins qui sont vraiment les destructeurs de l'ordre social et l'un des obstacles à notre construction nationale. Les gouvernements populaires, à tous les échelons, doivent, conformément à l'actuelle réforme judiciaire, interdire rigoureusement les activités illégales des avocats clandestins.²⁵

Pour appliquer sa politique de liquidation des « avocats clandestins », le régime communiste exigea tout d'abord de tous les anciens membres du barreau qu'ils s'inscrivent auprès des tribunaux populaires et fassent « confession de leurs erreurs ». On promit l'indulgence à ceux qui « avoueraient spontanément et regretteraient sincèrement leurs activités et qui dénonceraient activement les autres avocats clandestins et les éléments dépravés des tribunaux ». En même temps, le régime menaçait de châtements sévères ceux qui oseraient résister. Après que les avocats se furent inscrits et eurent confessé leurs erreurs, les communistes mobilisèrent les masses pour les attaquer au cours de réunions d'accusation et de lutte, et ils furent punis selon la gravité de leurs fautes.²⁶

Il ne nous est pas possible de déterminer avec précision le nombre des avocats que le régime « liquida » ainsi à l'occasion de la réforme judiciaire. Mais certains communiqués officiels donnent bien une idée de l'intensité de l'action entreprise. Dans le seul premier mois de la campagne, sept cent quatre-vingt « avocats clandestins » s'étaient inscrits et avaient « confessé leurs erreurs » à Changhaï; ce nombre était de quatre-vingt-six à Canton.²⁷

Création de la fonction d'avocat populaire

L'adoption, en septembre 1954, de la constitution de la République populaire de Chine marque le début d'une évolution plus ordonnée de la vie juridique du pays. La Chine avait dépassé la phase initiale de l'instabilité et de la répression, et elle abordait maintenant une période de stabilité politique et de construction économique. Le droit à la défense est l'une des garanties légales et

²⁴ *Tch'ang tchiang jih-pao*, 9 septembre 1952.

²⁵ Lin Tch'eng, *Jen-min jih-pao*, 14 septembre 1952.

²⁶ Tch'en Chou-fang, pages 47 et 48. Cf. également Tchaou Tching-wen, *Ten years of storm*, New York, 1960, page 141.

²⁷ *Jen-min jih-pao*, 14 septembre 1952.

démocratiques que définissent sans ambiguïté la constitution ainsi que la loi organique des tribunaux populaires adoptée le même mois. L'article 76 de la constitution stipule que: « Le prévenu a le droit de se défendre ». Développant ce principe, l'article 7 de la loi organique des tribunaux populaires dispose ce qui suit: « Le prévenu, outre qu'il défend personnellement sa cause, peut, soit désigner un avocat pour la défendre, soit la confier à un citoyen recommandé par une organisation populaire ou agréé par les tribunaux populaires, soit la faire défendre par un proche parent ou par un tuteur. Le tribunal populaire peut aussi, lorsqu'il le juge nécessaire, désigner un avocat pour défendre le prévenu ».²⁸

On a vu pour la première fois des avocats du nouveau type exercer leur profession en Chine communiste quand le gouvernement a annoncé le 23 novembre 1954 le jugement prononcé par la chambre militaire de la Cour suprême populaire à l'égard de treize ressortissants américains accusés d'avoir trempé dans deux affaires d'espionnage. Deux professeurs de droit de l'Université populaire chinoise étaient cités comme défenseurs des accusés.²⁹ Au début de l'année 1955, on annonçait que trente-trois tribunaux populaires avaient introduit, à titre d'essai, les services d'avocats dans la procédure.³⁰ Le 29 juillet 1955, dans un discours prononcé devant le Congrès national populaire, Mlle Chih Liang s'exprimait ainsi: « Nous appliquons le système des avocats populaires dans les procès à Pékin, Changhaï, Wou-han et dans d'autres villes de grande et de moyenne importance, et nous étendrons ce système dès que nous aurons acquis l'expérience nécessaire ».³¹ Au début de 1956, une réunion se tint à Pékin en vue d'évaluer l'expérience déjà acquise en matière de services d'avocats et de discuter les projets de « règlement de la profession d'avocat » et de « règlement provisoire sur les honoraires des avocats ». A cette réunion, un porte-parole du ministère de la Justice annonça qu'un certain nombre de nouveaux avocats commenceraient bientôt à exercer dans diverses provinces et villes.³² En 1957, Mlle Chih Liang annonça qu'il y avait dans la plupart des villes de Chine des avocats exerçant les fonctions de conseillers juridiques populaires.³³ D'après les renseignements dont nous disposons, il y aurait environ 2000 avocats à plein temps et 700 bureaux de conseils juridiques dans l'ensemble du

²⁸ On trouve les textes de la constitution et de la loi organique dans les « Documents de la première session du premier congrès national du Congrès du peuple de la République populaire de Chine », publiés à Pékin en 1955.

²⁹ *Jen-min jih-pao*, 24 novembre 1954.

³⁰ *Kouang-ming jih-pao*, 24 mars 1955.

³¹ Consulat général des Etats-Unis, Hong Kong, *Current Background*, No 349, 25 août 1955.

³² *New China News Agency*, 6 avril 1956.

³³ *People's China*, No 12, 1957, page 16.

pays.³⁴ Le nombre des avocats est assurément trop faible encore et ils se trouvent surtout concentrés dans les villes de grande et de moyenne importance. Néanmoins, le fait que le régime communiste laisse maintenant les avocats exercer leur profession constitue une importante modification de sa politique antérieure.

Comme cela s'est passé en Union soviétique, les communistes chinois ont changé d'attitude à l'égard du barreau parce qu'ils voulaient régulariser le système judiciaire. Ils ont dit au peuple que les principes démocratiques dont s'inspirent les tribunaux populaires, tels que la publicité des audiences, le droit à la défense, l'institution du jury, etc., étaient destinés à « asséner des coups décisifs à l'ennemi et à régler rationnellement les conflits entre citoyens, afin que nul innocent ne soit lésé et qu'aucune brebis galeuse n'échappe au châtement ».³⁵ Ils ont aussi insisté sur la différence entre les avocats d'autrefois et ceux d'aujourd'hui et sur la nécessité d'instituer un barreau populaire. Un auteur communiste énumère les cinq avantages de cette institution.³⁶ D'abord, le nouveau système garantit l'application du principe de défense dans les affaires pénales et aide les tribunaux populaires à exercer correctement le pouvoir judiciaire de l'Etat. Deuxièmement, l'existence des bureaux de conseils juridiques non seulement sert le peuple, mais contribue également à l'heureuse évolution de l'administration de la justice dans les tribunaux populaires. Troisièmement, les avocats populaires aident les masses, les soutiennent dans leur combat contre les crimes et les criminels et protègent les intérêts légitimes des parties en cause. Quatrièmement, par leur travail quotidien (réponses à des demandes de renseignements, participation à des procès), les nouveaux avocats font également une utile propagande en faveur des décisions politiques, des lois et des règlements de l'Etat. Cinquièmement, leur participation aux procès permet de surveiller l'administration de la justice et de montrer aux organes judiciaires qu'il est toujours nécessaire d'accroître la qualité de leur travail.

Malgré cette tendance nouvelle, il n'y a pas assez d'avocats en Chine communiste pour satisfaire aux besoins. Les avocats de l'ancien régime ont été forcés de disparaître à la suite tout d'abord de la campagne de réforme judiciaire, puis de la campagne menée contre les déviationnistes de droite en 1957-1958. Il se trouve en même temps que le nouveau système d'enseignement ne produit pas un nombre suffisant de juristes qualifiés. Bien qu'il existe quatre Instituts d'économie politique et de droit, six Facultés de droit dans les

³⁴ *Kouang-ming jih-pao*, 1er janvier 1957; Institut de recherche de Chine, Chugoku Nenkan, 1960 (Annuaire de Chine, 1960), Tokyo, 1960, page 143; Felix Greene, *Awakened China*, New York, 1961, page 194.

³⁵ *Jen-min jih-pao*, 11 décembre 1954.

³⁶ Houang Yüan, *Wo-kouo jen-min lü-chih tchih-tou* (Notre système des avocats populaires), Canton, 1956, pages 2 à 9.

Universités générales et un certain nombre d'Ecoles de droit,³⁷ les statistiques montrent que le pourcentage des étudiants en droit est très faible. En 1957-58, les étudiants en droit et en économie politique ne représentaient que 2,1 pour cent de l'effectif total de l'enseignement supérieur, et les diplômés pour les mêmes disciplines représentaient moins de 4 pour cent du nombre total des diplômés des Instituts d'enseignement supérieur et des Universités.³⁸ Cette pénurie peut être en partie compensée par les dispositions de l'article 7 de la loi organique sur les tribunaux populaires, cité ci-dessus, qui autorise un certain nombre de personnes, en dehors des avocats, à servir de défenseurs: 1) les citoyens recommandés par des organisations populaires, 2) les personnes agréées par les tribunaux, 3) les proches parents et tuteurs des accusés.

Organisation et activités des avocats populaires

L'organisation et le fonctionnement des barreaux populaires sont régis par le « projet de règlement de la profession d'avocat », entré en vigueur en 1956. Un document plus détaillé, le « règlement provisoire de la profession d'avocat », a été rédigé en 1957 par le ministère de la Justice, mais depuis lors ce document n'a fait l'objet d'aucune déclaration officielle.³⁹

Les avocats sont organisés en associations d'avocats dans les provinces, les régions autonomes et les villes qui dépendent directement du pouvoir central. Techniquement, l'association d'avocats est une organisation à laquelle l'adhésion est facultative, qui groupe des personnes exerçant une profession juridique et qui est constituée selon le principe du centralisme démocratique. L'association, qui n'est ni un organisme public ni un groupe privé, est une personne morale et appartient au cadre général du système judiciaire chinois; elle accepte les directives et le droit de regard des organes judiciaires de l'Etat. Elle a pour attributions de surveiller l'activité des bureaux de conseils juridiques, d'aider à relever le niveau de la pratique du droit, d'admettre de nouveaux membres et de sanctionner les fautes de ses membres. Sous la direction des associations d'avocats, des bureaux de conseils juridiques fonctionnent dans les districts et dans les villes et se chargent des travaux administratifs et des travaux courants ayant trait à la profession d'avocat.⁴⁰

³⁷ Leo A. Orleans, *Professional Manpower and Education in Communist China*, Washington, 1960, Annexe C, pages 176 à 203; « Evénements récents sur le plan juridique en République populaire de Chine » *Bulletin de la Commission internationale de Juristes*, no 8, décembre 1959, page 11.

³⁸ Orléans, tableau 4, page 71 et tableau 5, pages 74-75.

³⁹ Le lecteur trouvera quelques détails sur ce Règlement provisoire dans *Kouang-min jih-pao*, 17 juin 1957.

⁴⁰ Houang Yüang, page 11; « La question du système des avocats populaires », *Kouang-ming jih-pao*, 7 juillet 1956.

Les titres exigés pour l'admission au barreau varient beaucoup, ce qui est dû à la fois à la conception que se font les communistes de la profession d'avocat et à la grave pénurie de personnel qualifié en Chine. Jamais il n'est fait mention d'examens d'admission organisés par la profession. Selon le règlement, tout citoyen qui est à la fois électeur et éligible⁴¹ et qui remplit l'une des trois conditions énumérées ci-après peut demander à être admis dans une association d'avocats. Après que le comité de l'association a approuvé sa demande, il est affecté en qualité de juriste à un bureau de conseils juridiques. Les trois conditions que nous venons de mentionner sont les suivantes: 1) être diplômé d'une Ecole de droit de Chine communiste relevant de l'enseignement supérieur ou secondaire, et s'être livré à des travaux de caractère judiciaire pendant au moins un an; 2) avoir acquis une expérience antérieure en exerçant les fonctions de juge ou de procureur pendant au moins un an auprès d'un tribunal ou d'un parquet populaire; et 3) avoir un certain niveau de culture, des connaissances juridiques et une expérience du travail social utile pour la pratique du droit.

Il est en outre stipulé que toute personne qui a appris le droit sur le territoire de la République populaire de Chine, mais qui n'a pas d'expérience pratique des travaux judiciaires, peut aussi présenter une demande d'admission dans une association d'avocats. Dans ce cas elle sera affectée à un bureau de conseils juridiques où elle effectuera un stage d'une certaine durée avant que l'association ne l'accepte parmi ses membres. Le règlement prévoit également l'existence d'avocats à temps partiel. Les professeurs, chargés de cours ou chargés de recherches en matière de sciences sociales, exerçant dans les Universités, Facultés, Ecoles professionnelles ou Instituts de recherches, les députés aux Congrès populaires qui n'exercent pas de fonctions administratives, ou les fonctionnaires de diverses organisations populaires, peuvent cumuler leurs fonctions et celles d'avocat à temps partiel s'ils sont admis dans une association d'avocats.⁴²

Les avocats populaires sont des fonctionnaires et non des praticiens exerçant pour leur compte. Ils travaillent tous dans des bureaux de conseils juridiques, chacun de ceux-ci étant placé sous les ordres d'un directeur choisi par l'association d'avocats. Les citoyens, les organismes et entreprises de l'Etat et les groupes consti-

⁴¹ Cette exigence peut être rapprochée d'une résolution adoptée en mai 1956 par le Comité permanent du Congrès national populaire, aux termes de laquelle une personne privée de ses droits politiques ne peut remplir les fonctions d'avocat, sauf auprès de proches parents. *Jen-min Chou-tsé* 1957 (Annuaire populaire) Tientsin, 1957, page 337.

⁴² Houang-Yüan, pages 10 et 11; *Kouang-ming jih-pao*, 7 juillet 1956. A titre de comparaison, se référer à la description du barreau soviétique dans V. Gsovski et K. Grzybowski, *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, New York, Vol. 1, pages 559 à 564.

tués peuvent s'adresser à ces bureaux pour obtenir une assistance dans les domaines les plus divers.

Les clients règlent les honoraires au bureau de conseils juridiques et non directement à l'avocat. Le montant, ordinairement peu élevé, en est fixé par accord entre les clients et le directeur du bureau en fonction du coût de la vie et du genre de travail effectué. Il arrive parfois que les services soient gratuits si le client est trop pauvre pour payer ou s'il est partie à une demande de pension ou de pension alimentaire, ou s'il a d'autres raisons justifiées.⁴³ C'est le bureau qui verse un traitement aux avocats. Les échelles de traitement sont dressées par le Conseil directeur du barreau en fonction de la compétence de chaque avocat et de la somme de travail fournie.⁴⁴

En général l'avocat populaire s'acquitte de trois fonctions principales. En premier lieu, il répond aux demandes de renseignements et conseille les clients sur les questions de droit et de procédure. Deuxièmement, il prépare les actes de procédure, contrats, accords et autres documents juridiques dont peuvent avoir besoin tant les individus que les personnes morales. Troisièmement, il défend l'inculpé devant les juridictions répressives et représente l'une ou l'autre des parties dans les procès civils.⁴⁵

Le travail journalier des avocats populaires est très lourd parce que le public demande maintenant aux bureaux de conseils juridiques bien des services qui lui étaient rendus autrefois par les services d'orientation des tribunaux populaires. En 1956, un mois et demi seulement après que ces bureaux eurent commencé à fonctionner, on signalait que cinq d'entre eux à Changhaï avaient répondu à 3.584 demandes de renseignements juridiques, préparé 879 documents pour des clients et représenté ou défendu des clients dans 281 procès.⁴⁶ Une avocate, dans l'un de ces bureaux, réussit en une seule journée à traiter douze affaires de mariage, de dettes et d'occupation de logement.⁴⁷ Au début de 1957, les bureaux de quelques grandes villes et de certaines provinces commencèrent à détacher des avocats pour servir de conseillers juridiques auprès d'organismes, d'entreprises, d'organisations et de coopératives.⁴⁸

⁴³ Le texte de la «Réglementation provisoire relative aux honoraires des avocats», promulguée le 20 juillet 1956, se trouve dans *Tchouang-houa jen-min koung-ho-kouo fa kouei houï pien* (Recueil des lois et règlements de la République populaire de Chine) Pékin, 1957, Vol. 4, pages 235 à 238.

⁴⁴ *Kouang-ming jih-pao*, 7 juillet 1956.

⁴⁵ *Houang Yüan*, pages 9 et 10.

⁴⁶ *Kouang-ming jih-pao*, 6 juillet 1956.

⁴⁷ *New China News Agency*, 12 juillet 1956.

⁴⁸ Cette initiative a été signalée dans des villes comme Pékin et Changhaï et dans les provinces comme le Chang-toung et le Kiang-sou, *Kouang-ming jih-pao*, 18 février 1957.

Depuis le début du « grand bond en avant », on attache plus d'importance à un autre aspect du travail des avocats populaires, celui qui consiste à expliquer des questions de droit et à populariser le système judiciaire socialiste. De même que les membres de la magistrature en Chine communiste, les avocats populaires se rendent dans les usines et les exploitations agricoles pour rendre service à la population, l'encourager à respecter la loi et l'instruire en la matière.⁴⁹

Le rôle des avocats dans la procédure civile mérite une attention particulière. Dans les procès civils, l'avocat populaire s'efforce souvent d'abord d'obtenir un règlement amiable par voie de médiation et de persuasion. Dans bien des cas, les avocats ont aidé leurs clients à régler des conflits de famille, de mariage, de dettes et de propriété sans qu'ils aient eu à se présenter devant les tribunaux.⁵⁰ Parfois cependant l'avocat se présente devant le tribunal pour défendre les intérêts d'une partie à une affaire civile. Le « règlement général sur la procédure judiciaire dans les affaires civiles devant les tribunaux populaires aux diverses instances » précise que si l'une des parties est un mineur, une personne atteinte d'une déficience physique essentielle ou d'une maladie mentale qui ne lui permet pas d'ester en justice, elle doit demander à un avocat ou à un proche parent de la représenter au procès.⁵¹ Les personnes qui n'ont guère de connaissances juridiques ou qui sont trop occupées par leur travail ou par d'autres affaires peuvent aussi se faire représenter par des hommes de loi dans des procès au civil. En Chine communiste, lorsqu'une partie engage un avocat pour la représenter au civil, elle peut lui donner mandat par écrit ou verbalement. Selon les auteurs communistes, le mandat doit préciser nettement les limites des pouvoirs délégués à l'avocat. Ils déconseillent vivement comme étant inconvenant et prêtant à confusion, ce que l'on appelle « la délégation générale de pouvoirs » où le client emploie une déclaration générale telle que « pour se charger de toutes les affaires ».⁵²

Dans la Chine nouvelle l'avocat peut intervenir dans un procès pénal lorsque le prévenu lui confie sa défense ou que le tribunal le désigne. Sa tâche consiste alors, d'une part à défendre les droits et les intérêts légitimes du prévenu et, d'autre part, à aider le tribunal

⁴⁹ Tchang-Tcheou jih-pao, Tchang Tchéou, 14 mai 1958.

⁵⁰ Houang Yüan, pages 5 et 6; Ho-nan jih-pao, 11 novembre 1958; *Wen houi pao*, Hong Kong, 12 mai 1957; *Anhwei jih-pao*, 22 mai 1956.

⁵¹ *Basic problems in the Civil Law of the People's Republic of China*, New York, 1961, (IPRS 4879 page 94; vérifié sur le texte chinois original, *Tchoung-houa jen-min Kouang-ho kouo min-fa tchi-pen wen-t'i*, Pékin, 1958, pages 90 et 91.

⁵² *Basic problems in the Civil Law of the People's Republic of China*, page 99; Kouo k'o-houng: « Etude des pouvoirs de l'avocat lorsqu'il représente une partie au civil » *Kouang-ming jih-pao*, 15 janvier 1957.

à se faire une opinion exacte.⁵³ En Chine, comme en Union soviétique, l'avocat de la défense ne participe pas à l'instruction. Pour assurer la défense de son client, il est cependant autorisé à consulter les dossiers et les documents, à s'entretenir avec le prévenu, à poser des questions aux témoins, aux experts et au prévenu pendant l'audience, à faire citer et interroger de nouveaux témoins, à soumettre de nouveaux éléments de preuve et à participer aux débats à l'audience. Le cas échéant il peut, avec le consentement de l'inculpé, faire appel du jugement et présenter sa version de l'affaire devant le tribunal de deuxième instance.⁵⁴ Selon l'opinion des communistes chinois, dans un procès pénal l'avocat de la défense n'est pas le mandataire du prévenu. Il intervient dans le procès à titre indépendant et n'est pas lié par les instructions du prévenu. Il doit s'acquitter de ses tâches dans le cadre des lois et il ne doit dans aucun cas fabriquer des moyens de preuve, déformer des faits ou user de tromperie pour aider son client. Si les éléments de preuve présentés par l'accusation sont discutables, l'avocat doit mener la défense de manière à prouver l'innocence du prévenu ou à atténuer sa culpabilité. Si, en revanche, le crime a été prouvé sans qu'il puisse y avoir de doute, alors l'avocat doit défendre le prévenu en faisant valoir les circonstances atténuantes, telles que les motifs et les moyens du crime, l'âge du prévenu, le degré de son repentir, les raisons objectives du crime, etc.⁵⁵

Pour montrer comment se déroule la «procédure démocratique», la presse chinoise a donné de temps à autre des comptes rendus de procès où les prévenus étaient défendus par des avocats populaires. Mais la plupart des affaires ne sortaient pas de l'ordinaire et n'avaient aucun caractère politique. Les exceptions sont très rares. On a signalé la présence d'avocats de la défense aux procès d'«espionnage» de 1954 et de 1960 où étaient impliqués, dans l'un, treize citoyens américains, dans l'autre les évêques James Walsh et Koung Pin-meï, mais la presse n'a publié aucune information autre que les sentences prononcées.⁵⁶ Il est douteux que dans ces deux procès les avocats aient servi à autre chose qu'à faire paraître le régime sous un jour avantageux. Dans les affaires ordinaires et non politiques dont les comptes rendus ont paru dans la presse chinoise, les avocats de la défense ont certainement déployé des efforts très sérieux pour défen-

⁵³ Wang Hou-li «Un important système démocratique: la défense», *Kouang-ming jih-pao*, 14 janvier 1955.

⁵⁴ Houang Yün, page 13; Tchao Hsou-loun et Ma Joung-tchieh: «Comment nous comprenons le système de défense», *Kouang-ming jih-pao*, 24 mars 1955.

⁵⁵ Tchou Houai-tchih et Tchang Min-fou «Pour faire comprendre le système de défense dans les affaires pénales dans notre pays», *Hsin Tchien-che* (Construction nouvelle) No 5, 1956, page 15.

⁵⁶ *New China News Agency*, 23 novembre 1954, 17 septembre 1960 et 18 septembre 1960.

dre leurs clients. Nous avons lu par exemple le récit d'un procès jugé à Changai où le directeur-adjoint d'un magasin était accusé d'avoir poignardé le directeur. L'avocat, pour prouver l'innocence de l'inculpé, a fait valoir que ce dernier n'avait frappé qu'en légitime défense et qu'il avait été arrêté en violation du règlement régissant l'arrestation et la détention en République populaire de Chine.⁵⁷ Dans un procès pour négligence jugé à Tsingtao, un chimiste était accusé d'avoir causé à l'Etat une perte directe de 400.000 yuan et une perte indirecte de 1.670.000. Son avocat prit argument du manque de compétence technique du prévenu et du mauvais état du matériel de l'usine pour plaider les circonstances atténuantes.⁵⁸ Dans une affaire de fraude jugée à Pékin, un homme était accusé d'avoir essayé d'obtenir des distinctions et une situation en faisant usage de faux papiers. L'avocat de la défense fit remarquer tout d'abord que le défendeur avait commis le délit sous la pression de circonstances matérielles et personnelles, mais nullement pour des motifs politiques de l'Etat. Il énuméra ensuite quelques éléments de fait dont il prit argument pour demander que le défendeur ne soit pas tenu pour seul responsable du tort fait à la société.⁵⁹

Problèmes et difficultés

Lorsque l'on examine l'institution des avocats populaires en Chine, il convient de se rappeler qu'elle en est encore à la phase expérimentale et qu'elle est mise à l'essai dans une société communiste nouvelle en pleine évolution. Dans l'exercice de leurs fonctions, les avocats chinois se heurtent à des difficultés qui sont en fait la marque de l'instabilité du barreau populaire et de tout le système judiciaire de la Chine communiste.

L'un des problèmes qui se posent à l'avocat populaire est l'existence de nombreuses lacunes dans le droit chinois. Si quelques lois fondamentales règlent la question de la propriété foncière, du mariage ou des activités contre-révolutionnaires, il n'existe ni code pénal, ni code civil, ni code de procédure complets. Bien plus, dans les lois en vigueur, nombreuses sont les dispositions vagues et contradictoires. Cette absence de législation précise et de codification intégrale a été déplorée pendant la période des « Cent fleurs » au printemps de 1957; c'est alors qu'un certain nombre de juristes en vue, dont quelques-uns étaient des communistes, ont soulevé le problème de « l'absence de lois sur lesquelles s'appuyer » et ont réclamé la mise en place d'un système juridique stable et bien

⁵⁷ *Hsin-wen jih-pao* (Quotidien d'information), Changhaï, 4 juin 1957.

⁵⁸ *Tsingtao jih-pao* (Quotidien de Tsingtao), Tsingtao, 17 mars 1955.

⁵⁹ *Jen-min jih-pao*, 31 août 1956.

étudié.⁶⁰ Les insuffisances du système juridique de la Chine sont expliquées dans la déclaration suivante du premier ministre Chou En-lai: « Il est difficile de rédiger un code civil et un code pénal avant que soit achevée, pour l'essentiel, la transformation socialiste de la propriété privée des moyens de production, et fermement établie la propriété socialiste de ces moyens de production ».⁶¹ D'autres porte-parole communistes font également remarquer que les lois de la République populaire de Chine sont « révolutionnaires et dynamiques » par nature et ne sauraient être formulées avec rigidité ni assorties de dispositions trop détaillées.⁶² Quoi qu'il en soit, il n'en reste pas moins que le travail de l'avocat peut être rendu extrêmement difficile en l'absence de lois et de règlements définis auxquels se référer.

Une autre difficulté à laquelle se heurte l'avocat populaire est l'attitude hostile qu'adoptent parfois les membres de la magistrature. Comme l'institution de la défense est encore embryonnaire, de nombreux juges et procureurs ont tendance à traiter les conseillers juridiques avec hostilité et mépris. Quelques-uns les considèrent comme des subordonnés et vont jusqu'à leur ordonner d'aider à mener l'enquête. D'autres estiment que la présence de l'avocat à un procès ne fait que « gêner » et engendre une « perte de temps »; ils laissent entendre que quoi que vous puisse dire l'avocat, cela ne changera rien au jugement. D'autres encore considèrent que la défense en justice est « un abandon (révolutionnaire) » et une « protection des crimes »; ils condamnent l'avocat pour « s'être rangé au côté de personnes de moralité douteuse et avoir perdu le sens du bien et du mal ».⁶³ L'avocat populaire est donc tenu à une très grande pru-

⁶⁰ On trouvera des extraits de quelques-unes des critiques formulées par les juristes chinois dans Roderick MacFarquhar, *The Hundred Flowers Campaign and the Chinese Intellectuals*, New York, 1960, pages 114-116. Dans le rapport politique que le Comité central a soumis au huitième congrès national du parti communiste chinois, Liou Chao-Tchi lui-même a dit ceci: « Afin de consolider notre dictature démocratique populaire, de maintenir l'ordre pour assurer la construction socialiste et de sauvegarder les droits démocratiques du peuple, et afin de punir les contre-révolutionnaires et les autres criminels, l'une des tâches urgentes dont notre Etat doit s'acquitter à présent est de commencer la codification systématique d'une série suffisamment complète de lois et de donner des assises solides au système judiciaire de notre pays ». *Huitième Congrès national du parti communiste de Chine, Pékin, 1956, Vol. 1, page 81.*

⁶¹ *New China News Agency*, 26 juin 1957.

⁶² « De plusieurs problèmes relatifs au système juridique démocratique et populaire de notre pays », *Tcheng-fa yen tchiou*, No. 2, 1959, pages 4 à 7.

⁶³ « Quelques mots en faveur de l'avocat populaire », *Kouang-ming jih-pao*, 27 janvier 1957. Un éminent juriste communiste se préoccupe aussi de quelques-uns de ces problèmes. Voir Ma Hsi-Wou, « Plusieurs problèmes relatifs aux jugements » *Hsin houa pan-yüeh-k'an* (New China Fortnightly) Pékin, No 9, 1956, pages 18 et 20.

dence. Il veillera certainement à ne pas « perdre son prestige » en acceptant de prendre la défense de personnes accusées de délits révolutionnaires. Sa tâche peut parfois être très délicate étant donné que dans la Chine communiste on n'a jamais marqué avec beaucoup de netteté la différence entre un crime politique et un délit de droit commun.⁶⁴

Enfin, une plus grave difficulté pour les avocats chinois semble être la position prise par le gouvernement communiste en ce qui concerne leurs rapports avec les inculpés et leur rôle dans les procès. De 1954 à 1957 l'administration de la justice a évolué progressivement vers des procédures plus libérales, mais cette tendance s'est brusquement renversée lors de la campagne contre les déviationnistes de droite en 1957 et 1958. Si Pékin ne revient pas au libéralisme, l'action des avocats continuera à être gênée par la nouvelle intransigeance des communistes qui apparaît dans certains articles importants parus dans des périodiques juridiques de Chine.⁶⁵ Selon la thèse avancée dans ces articles, l'avocat populaire doit faire passer ses obligations envers l'Etat avant celles qu'il a envers le prévenu. Il serait « absurde » que l'avocat soit autorisé à garder pour lui des secrets qui lui ont été confiés par son client. Il est du devoir de l'avocat de persuader le prévenu d'avouer sa culpabilité et, s'il refuse de le faire, de le dénoncer et de révéler ses secrets. Le rôle de l'avocat de la défense est, au premier chef, de « protéger le système judiciaire socialiste et de consolider la dictature du prolétariat ». Lorsqu'il défend son client, il doit toujours se placer du point de vue des intérêts de l'Etat et du peuple. Aucune déviation de ce principe ne saurait être permise.

Si telle est la ligne de conduite officielle, on comprend aisément dans quelle situation difficile est la défense devant les tribunaux. Non seulement l'activité professionnelle de l'avocat est limitée, mais ses rapports avec le prévenu reposent sur des bases précaires. C'est peut-être en partie la raison pour laquelle on tend depuis quelque temps à orienter plus nettement les avocats chinois vers l'enseigne-

⁶⁴ En tout six articles de *Tcheng-fa yen-tchiou* (Nos 3, 4 et 5, 1958) ont été consacrés sans conclusion à l'étude de la question suivante: « Tous les délits criminels constituent-ils des oppositions entre l'ennemi et nous? Tous les criminels doivent-ils être traités selon des méthodes dictatoriales? »

⁶⁵ Parmi les articles typiques consacrés au travail des avocats, citons Tch'eng Jung-ping « L'avocat de la défense doit apporter sa contribution au système judiciaire socialiste », *Fa-Hsüeh* (Jurisprudence) No 2, 1958, pages 36 à 38; Lin Tse-Tchiang, « Il faut condamner les attitudes bourgeoises que prennent certains avocats populaires dans leur travail », *ibid.* pages 39 à 43; Sou-I, « L'avocat de la défense doit-il démasquer le crime ou le défendre? », *Tcheng-fa yen-Tchiou*, No 2, 1958, pages 76 et 77; Wou Lei « Examen de l'article intitulé: Etude du rôle de l'avocat de la défense en procédure pénale », *ibid.*, pages 78 à 81.

ment et la propagande que vers la défense des prévenus.⁶⁶ Il est probable qu'avec le temps, la Chine communiste abandonnera ces pratiques criticables et reviendra à des procédures judiciaires plus orthodoxes. Mais ce qui a toutes les chances de subsister, c'est cette qualité qui fait de l'avocat chinois, comme de son homologue soviétique, un fonctionnaire public plutôt que le défenseur de droits individuels.⁶⁷

SAO-TCHOUAN LENG

Professeur à l'Université de Virginie.

⁶⁶ S'il est vrai que cette tendance correspond à l'«alignement des masses» défini dans le «grand bond en avant», un juriste chinois très en vue a fait remarquer en 1960 que les avocats et les juges en Chine n'avaient pas suffisamment d'affaires à juger Cf. Greene, page 194.

⁶⁷ C'est la définition de l'avocat soviétique que donnent Gsovski et Grzybowski, Vol. 1, page 564.

LE COMMISSAIRE PARLEMENTAIRE EN NOUVELLE-ZÉLANDE

La Nouvelle-Zélande, petit pays comptant à peine plus de deux millions et demi d'habitants, éloigné par sa situation géographique des grands centres d'échanges culturels et commerciaux, a toujours attiré les regards du monde à cause de sa législation sociale. En effet, ce fut le premier pays du Commonwealth – alors l'Empire britannique – à accorder le droit de vote aux femmes. C'était en 1893. Son régime des pensions de vieillesse précéda de douze ans celui de Mr. Lloyd George en Grande-Bretagne. Quant à son système de sécurité sociale institué par le gouvernement travailliste en 1936, c'était une charte du bien-être qui accompagnait le citoyen du berceau à la tombe, et ce en un temps où en Grande-Bretagne de tels projets semblaient encore relever de l'utopie.

Il n'y a donc rien de surprenant que la Nouvelle-Zélande se trouve maintenant à la pointe des pays de population britannique avec son projet de création de la fonction d'*Ombudsman* – le « redresseur de torts » comme on l'a dénommé – appelé « commissaire parlementaire aux enquêtes » dans le projet de loi dont la Chambre des représentants s'est saisie l'année dernière. Si le programme de la session parlementaire avait été moins chargé, il est assez vraisemblable que la loi portant création de cette fonction aurait été votée durant la session parlementaire de 1961. Toutefois le gouvernement du parti national, qui remplaça le gouvernement travailliste après les élections générales de 1960, devait se prononcer sur un grand nombre de projets de loi s'il voulait tenir ne fût-ce que la plus grande partie des promesses de son programme électoral. La session parlementaire de 1961, qui s'ouvrit le 22 juin, dura un peu plus longtemps que de coutume, – cinq mois environ. La Chambre n'eut cependant pas le temps de se prononcer sur toutes les lois dont chaque ministre eût sans doute souhaité l'adoption. C'est ainsi que le projet de loi portant création de la fonction de commissaire parlementaire aux enquêtes ne put être discuté qu'en première lecture. Toutefois le gouvernement s'est publiquement engagé à soumettre de nouveau le projet à la Chambre à sa prochaine session.

L'histoire de la fonction d'*Ombudsman* dans les pays scandinaves a été fidèlement retracée dans un rapport de *Justice*, section anglaise de la Commission internationale de Juristes, qu'elle a publié récemment sous le titre « Le Citoyen et l'Administration ».

Voici dans quelles circonstances l'*Ombudsman* a fait son appa-

ritition dans la pensée politique néo-zélandaise. En 1959 le procureur général du gouvernement travailliste assista en compagnie du sous-secrétaire à la Justice, devenue depuis secrétaire à la Justice et qui en cette qualité est également le chef permanent du département de la Justice, à un cycle d'étude organisé à Kandy (Ceylan) sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Le professeur Hurwitz, *Ombudsman* au Danemark, y avait présenté une communication traitant de ses propres fonctions et intitulée *L'Ombudsman scandinave*, qui donna lieu à un échange de vues très prolongé. Bien que le procureur général ne prît aucune mesure à son retour en Nouvelle-Zélande pour y faire créer cette charge, il ne fait aucun doute que le secrétaire à la Justice avait remporté de Ceylan de fortes impressions. Lorsque le parti national battit le parti travailliste aux élections et prit le pouvoir vers la fin de 1960, le procureur général, qui était un juriste fort respecté mais déjà assez âgé, fut remplacé par un homme non moins respecté mais beaucoup plus jeune dont le secrétaire à la Justice semblait avoir gagné la confiance. Quoi qu'il en soit, des comités interministériels se mirent à l'œuvre pour élaborer le texte d'un « projet de loi portant création de la fonction de commissaire parlementaire aux enquêtes », qui fut soumis à la Chambre des représentants le 29 août 1961.

La question avait déjà été évoquée à la Chambre des représentants le 9 août lorsque l'un des membres du parti national avait demandé au ministre de la Justice, qui exerce également les fonctions de procureur général, si « étant donné l'intérêt unanime que suscitait la nomination d'un *Ombudsman* — le qualificatif d'« unanime » constitue évidemment une exagération excusable — il ferait connaître à la Chambre si le projet de loi nécessaire lui serait soumis pendant la session en cours ». Le ministre répondit par l'affirmative.

Il convient peut-être de rappeler ici qu'à la Chambre des représentants de Nouvelle-Zélande les membres adressent aux ministres des questions écrites. Les questions des membres, ainsi que les réponses écrites des ministres, sont mentionnées à l'ordre du jour. Une fois par semaine — généralement le mercredi après-midi — un membre demande la clôture des débats en cours afin que la Chambre puisse discuter des réponses des ministres aux questions qui leur ont été posées. Les ministres ont alors l'occasion de prendre la parole sur toute réponse donnée par un ministre à une question qui lui a été posée. Aucune question supplémentaire n'est admise, contrairement à l'usage de la Chambre des Communes en Grande-Bretagne. Toutefois, il arrive fréquemment que des questions soulevées par des membres au cours de leurs exposés appellent une réponse du ministre intéressé. De même, l'occasion est donnée aux ministres de développer oralement leurs réponses écrites.

Quant à la fonction du commissaire parlementaire, il ne semble pas qu'elle ait suscité un intérêt suffisant pour qu'un autre membre

y revienne devant la Chambre. C'est cependant le ministre lui-même qui saisit cette occasion de fournir à la Chambre, à propos du projet de loi, de plus amples détails que n'en contenait sa réponse sommaire à la question posée.

Le procureur général déclara qu'aux élections de 1960, le parti national avait clairement fait savoir dans son manifeste électoral qu'afin d'assurer à tout citoyen ayant affaire à des services de l'Etat le droit et la possibilité de faire reviser des décisions administratives par une autorité indépendante, il proposait que soit créée une instance d'appel accessible à tous les citoyens; quiconque se sentirait lésé par une décision administrative pourrait ainsi en obtenir le réexamen. En soumettant au Parlement un projet de loi à cet effet, le gouvernement ferait une tentative pour renverser une tendance séculaire à l'effritement des droits individuels du citoyen devant l'emprise croissante de l'Etat. Pour citer un exemple de la façon dont pourrait s'exercer l'influence de l'*Ombudsman*, le procureur général mentionna un cas où le ministère de l'Education avait refusé d'organiser le transport d'écoliers. Il est généralement admis que l'Etat assure le transport de la maison à l'école et vice versa des enfants fréquentant une école primaire et habitant à plus de 4,5 km de leur école. Toutefois, dans la pratique, l'organisation de ce transport est entièrement à la discrétion du ministère. Il s'est présenté de nombreux cas difficiles, où, faute de moyens de transport, des enfants n'ont pu faire d'autres études que celles que leur permettait de suivre la section des cours par correspondance du ministère de l'Education. Le procureur général cita un autre exemple, celui de l'expropriation prononcée en vertu de la loi sur les travaux publics, et quand il mentionna cet exemple il est possible qu'il ait pensé à l'affaire Crichel Down. Il dit qu'en vertu de la loi, il appartenait au ministre seul de décider si un terrain pouvait ou non faire l'objet d'une mesure d'expropriation motivée par l'ouverture de travaux publics, mais que l'*Ombudsman* pourrait utilement étudier les rapports pertinents du ministre, et peut-être même visiter les lieux pour voir si un certain terrain devait vraiment faire l'objet d'une mesure d'expropriation ou si un autre terrain ne pouvait pas être acquis à sa place, et pour faire connaître ensuite sa conclusion au ministre.

Lorsqu'il parla de l'acquisition de terrains par mesure d'autorité, le procureur général ne mentionna pas l'un des points faibles du projet de loi, à savoir que la compétence du commissaire ne s'étend pas aux autorités locales. En Nouvelle-Zélande, presque toutes les autorités locales – terme fort large dans lequel on range aussi bien les municipalités et les conseils universitaires – sont habilitées à acquérir des terrains par mesure d'autorité, l'indemnité étant fixée, à défaut d'accord mutuel, par un tribunal d'indemnisation spécialement constitué à cet effet. Les mesures prises par ces autorités locales ont donné lieu à de nombreuses plaintes; on a soutenu

que leurs fonctionnaires, secrétaires de municipalités ou ingénieurs municipaux par exemple, exerçaient des pouvoirs quasi-dictatoriaux, bien que leurs propositions ne puissent être suivies d'effet sans l'acceptation formelle de l'organe directeur de l'autorité locale. Pour prendre un exemple, la loi reconnaît aux autorités portuaires le pouvoir d'acquérir des terrains par mesure d'autorité. Etant donné l'essor du commerce en Nouvelle-Zélande, ces autorités n'ont pas tardé à faire usage de leurs pouvoirs pour atteindre leurs objectifs en expropriant des terrains qui se trouvaient à proximité immédiate des quartiers commerçants, et qui auraient donc bien pu demeurer pendant de nombreuses années la propriété d'entreprises commerciales déjà établies. S'il est vrai que ces entreprises sont indemnisées il est rare que cette indemnité corresponde à la valeur vénale des terrains. La seule voie de recours – le plus souvent inefficace – dont dispose une personne expropriée est de refuser sa voix aux autorités en question lors des prochaines élections. Quoiqu'il en soit, le commissaire néo-zélandais dont il est envisagé de créer la fonction ne sera pas habilité à enquêter sur des plaintes déposées à la suite d'actes commis par les autorités portuaires ou par toute autre autorité locale.

Le projet de loi, intitulé *Projet de loi portant création de la fonction de commissaire parlementaire aux enquêtes*, fut inscrit à l'ordre du jour de la Chambre des représentants le 29 août. A cette date le projet fut transmis à la Chambre avec un « message » du gouverneur général: procédure nécessaire du fait que le projet entraînait une dépense nouvelle. Le « message » ainsi que le projet de loi furent renvoyés à la Chambre siégeant en comité plénier. Le procureur général eut ainsi l'occasion d'exposer brièvement l'économie du projet et de répondre aux membres qui l'assaillaient de questions en faisant connaître l'interprétation qu'il donnait à certaines de ses dispositions. Cette interprétation ne pourrait naturellement avoir aucune force obligatoire sur les délibérations des tribunaux. Elle n'était cependant pas dépourvue d'intérêt, en ce qu'elle témoignait des intentions du ministre et de ses conseillers.

Les crédits nécessaires furent inscrits au budget, conformément à la recommandation contenue dans le message du gouverneur général. La résolution ayant été soumise à la Chambre et approuvée par elle, le projet fut examiné en première lecture. Il n'a pas progressé depuis lors.

Lorsque le projet sera à nouveau soumis à la Chambre des représentants à la prochaine session parlementaire – et on en prête l'intention au gouvernement – il sera intéressant de voir s'il fait l'objet d'amendements. Entretemps, il pourra être discuté sous la forme où il a été soumis à la Chambre des représentants.

Le projet comprend 28 articles. La liste des quarante-quatre administrations centrales et des vingt-deux autres organes admi-

nistratifs auxquels la loi sera applicable est donnée en annexe. La liste est intéressante, car elle semble couvrir toutes les branches d'activité du gouvernement central. La Nouvelle-Zélande a une préférence marquée pour confier la gestion de certaines activités à des organes relevant du gouvernement central. C'est ainsi que l'organe chargé des avances de l'Etat (*State Advances Corporation*) qui décide de l'octroi de prêts sur fonds publics destinés à la construction de logements particuliers et d'immeubles locatifs appartenant à l'Etat est administré par un conseil de gestion (*Board of Management*). C'est l'administration nationale des routes qui est chargée de la construction des routes principales. La compétence du commissaire s'étendra à ces deux organes. La seule critique justifiée que l'on puisse formuler sur cet aspect de la loi consiste, on l'a vu, dans le fait qu'elle ne s'étendra pas aux autorités locales.

L'article 2 du projet de loi crée la fonction de commissaire parlementaire aux enquêtes et dispose que son titulaire sera nommé par le gouverneur général sur la recommandation de la Chambre des représentants, et non — il importe de le noter — sur celle du gouvernement ou d'un ministre. Le commissaire parlementaire est inéligible au Parlement. Il ne peut, sans le consentement du premier ministre, occuper d'autres fonctions, lucratives ou non, ou exercer une occupation rétribuée quelconque, en dehors de ses fonctions (article 3).

L'article 4 traite de la durée du mandat du commissaire. Sauf le respect dû au législateur, ce même article contient des dispositions qui sembleraient priver la fonction de toute l'efficacité qu'on aurait pu envisager de lui donner. L'alinéa 1 dispose que: « la recommandation pour la nomination du commissaire sera faite au cours de la première ou de la deuxième session de chaque Parlement ». Or en Nouvelle Zélande la durée habituelle de la législature est de trois ans, et en général une session de quatre à cinq mois se tient chaque année. Ainsi, en interprétant cet alinéa à la lettre — et le mot « chaque » est important — on peut en conclure que la nomination du commissaire sera remise en question tous les trois ans — ou à la rigueur tous les quatre ans, s'il est nommé à la première session d'un Parlement et que la question du renouvellement de son mandat ne se pose qu'à la deuxième session du Parlement suivant.

Le procureur général a certainement prévu le cas où le mandat du commissaire ne serait pas renouvelé au moment où il viendrait à expiration. En effet, au cours des débats sur la motion ayant pour objet de présenter le projet de loi, il déclara ce qui suit:

Son mandat sera remis en question tous les trois ans (ou, comme nous venons de le dire, éventuellement tous les quatre ans), de sorte qu'en fait, il sera plus facile de le priver de ses fonctions qu'il ne l'est pour le directeur du budget et de la comptabilité publique, ou pour un juge, par exemple. Il se trouvera très bien placé pour critiquer les actes du

gouvernement, et il se pourrait que notre gouvernement national nommât une personne qui ne correspondrait pas à l'image idéale de l'*Ombudsman* que se ferait, par exemple, un gouvernement socialiste, lequel pourrait désirer un tout autre genre d'individu... Il serait difficile de soutenir que l'on doive créer une fonction comportant une très lourde responsabilité et dont le titulaire pourrait mettre dans l'embarras le gouvernement au pouvoir, ou pourrait plaire à un gouvernement et risquer d'en placer un autre dans une situation délicate.

Le procureur général chercha à justifier son attitude en invoquant la situation au Danemark. La Nouvelle-Zélande, dit-il, a suivi d'aussi près que possible la pratique établie au Danemark selon laquelle le mandat de l'*Ombudsman* doit être renouvelé à chaque législature. Toutefois, au moment où le procureur général parlait, le principe adopté au Danemark était resté largement théorique faute d'occasion de le mettre à l'épreuve. Le premier *Ombudsman* danois fut nommé en 1955 et resta en fonction après les élections de 1957. Nous ne savons pas si son mandat a été renouvelé après les élections d'octobre 1961.

Toutefois, la proposition tendant à renouveler le mandat du commissaire à chaque nouvelle législature soulève une objection beaucoup plus grave. En effet il pourrait se révéler difficile de trouver un bon candidat à ce poste. Le traitement prévu est de 3.500 livres par an, soit une somme intermédiaire entre le traitement d'un juge de carrière et celui d'un juge à la Cour suprême; il est égal à celui du directeur général du budget et de la comptabilité publique. Dans l'échelle des traitements de la Nouvelle-Zélande, on peut dire que ce chiffre est satisfaisant, voire élevé. Mais il est probable qu'un tel traitement ne suffira pas à inciter un candidat à quitter un poste stable, un poste de professeur d'Université, par exemple – c'était celui qu'occupait l'*Ombudsman* danois – même pour percevoir un traitement supérieur, si ce candidat court le risque de ne pas voir son mandat renouvelé à la suite des élections générales.

On demanda sans ambages au procureur général si le poste de commissaire serait protégé de la même façon que celui du directeur général du budget et de la comptabilité publique. Le procureur général répondit que la fonction de commissaire n'aurait pas le même degré de stabilité que celle de ce haut fonctionnaire. En vertu de l'article 12 de la loi de 1953 sur les recettes de l'Etat, le directeur général du budget et de la comptabilité publique demeure en fonction aussi longtemps qu'aucune faute grave ne peut lui être reprochée, et il ne peut être destitué que sur la requête de la Chambre des représentants adressée au gouverneur général. La stabilité assurée à la fonction de directeur général du budget et de la comptabilité publique permet à son titulaire de faire des observations salutaires au sujet des dépenses de l'Etat, même s'il doit pour cela causer quelque embarras au gouvernement au pouvoir. Dans son rapport sur l'exercice budgétaire se terminant au 31 mars 1960, le

directeur général du budget avait eu quelques critiques à formuler au sujet de mesures décidées par le gouvernement pour la construction d'une ligne de chemin de fer dans l'île du sud, le chemin de fer Nelson, question que les partis politiques se sont renvoyée pendant des années. Il fit remarquer que, puisque la loi sur les travaux publics stipulait clairement que la construction de toute ligne de chemin de fer devait faire l'objet d'une loi spéciale du Parlement, l'annonce faite par le gouvernement avant la fin de l'exercice budgétaire que les travaux de construction de la ligne de chemin de fer Nelson étaient sur le point de commencer, alors qu'aucune loi autorisant ces travaux n'avait été votée, amenait la direction générale de la comptabilité publique à mettre en doute la légalité de l'ouverture des crédits envisagée. Le premier ministre d'alors demanda à la direction générale de la comptabilité publique d'imputer les crédits de construction de la ligne du chemin de fer Nelson au poste budgétaire intitulé « constructions de lignes ferroviaires ». A cela le directeur général de la comptabilité publique répondit qu'en raison des dispositions de loi sur les travaux publics, il ne lui semblait pas raisonnable de demander à la comptabilité publique d'imputer les crédits nécessaires à la construction de cette ligne au nouveau budget, alors qu'ils étaient à ce point incompatibles avec la loi existante. La difficulté fut finalement résolue lorsque le directeur général de la comptabilité publique convint avec le ministre des travaux publics qu'il était possible sans transgresser la loi d'imputer les crédits demandés au poste des « études préliminaires » et non à celui de la « construction ». Ajoutons que le gouvernement a interrompu les travaux sur cette ligne. Ce sont des remarques parfaitement franches de ce genre que l'on attend de la part du commissaire parlementaire. Mais peut-il vraiment les formuler s'il sait que le renouvellement de son mandat doit être soumis à la Chambre, ce qui, par l'effet de la majorité parlementaire, revient à dire qu'il sera soumis au gouvernement?

On a émis l'avis dans certains milieux, et ce malgré l'objection mentionnée plus haut, que des personnalités accoutumées à suivre une ligne de conduite ferme et indépendante, telles que le directeur général du budget et de la comptabilité publique ou un juge à la Cour suprême ayant pris sa retraite, conviendraient parfaitement pour remplir la fonction de commissaire. Toutefois, étant donné que les juges prennent leur retraite à l'âge de 72 ans, âge auquel le commissaire doit également prendre la sienne, il y a peu d'espoir de voir un juge retraité occuper cette fonction. Le directeur général du budget et de la comptabilité publique est tenu par la loi de prendre sa retraite à l'âge de 65 ans. Mais si on estime qu'à cet âge il n'est plus en mesure de s'acquitter de cette lourde tâche, comment peut-on penser qu'il pourra alors remplir les fonctions tout aussi astreignantes de commissaire?

Afin que la loi envisagée puisse être appliquée avec efficacité, on espère que lorsque le projet de loi sera de nouveau soumis à la prochaine session du Parlement il contiendra des dispositions garantissant à la fonction de commissaire parlementaire une plus grande stabilité que ne le prévoit le texte actuel.

L'article le plus important du projet (article 11) définit les tâches du commissaire. Son paragraphe 1 dispose ce qui suit:

La tâche principale du commissaire consistera à enquêter, soit à la suite d'une plainte qui lui aura été adressée, soit de sa propre initiative, sur toute décision ou recommandation (y compris toute recommandation faite à un ministre de la Couronne), ou sur toute mesure ayant trait à une question d'administration et touchant directement un individu ou un groupe d'individus, prise ou omise par l'un ou l'autre des ministères ou organismes énumérés dans la liste annexée à la présente loi ou en leur sein, ou par tout fonctionnaire, employé ou membre de ces ministères ou organismes, en sa qualité de fonctionnaire, d'employé ou de membre.

La loi a réservé certaines questions concernant les forces armées, qui ne sont pas de la compétence du commissaire.

Ayant ainsi reconnu au commissaire une large compétence, le projet de loi restreint ses pouvoirs par un alinéa qui pose de nombreux problèmes aux spécialistes du droit constitutionnel et pourrait bien exiger une interprétation juridictionnelle. En effet, il est dit à l'alinéa 6 qu'au cas où la question se pose de savoir si la loi donne compétence au commissaire pour enquêter sur une affaire ou une catégorie d'affaires donnée, le commissaire pourra demander à la Cour suprême de trancher la question par une ordonnance déclaratoire en conformité de la loi de 1908 sur les jugements déclaratoires. Cette loi permet de déterminer rapidement les droits de l'individu, principalement lorsqu'ils émanent des dispositions d'une loi du Parlement. La clause restrictive à laquelle nous venons de faire allusion est la suivante:

Aucune disposition de la présente loi n'autorise le commissaire à enquêter sur : (a) aucune décision, recommandation, aucun acte ou omission qui, en vertu d'une disposition législative quelconque, sont susceptibles de recours ou d'objection, ou de revision *sur le fond* auprès de toute cour de justice ou de toute instance spéciale créée par ou en vertu d'une disposition législative quelle qu'elle soit, que ce droit de recours, d'objection, ou de demande en revision ait été ou non exercé, ou que le délai éventuellement prévu pour son exercice soit ou non expiré.

La question est de savoir comment il faut entendre le terme « sur le fond ». Les constitutionnalistes ne contestent nullement le fait que les tribunaux ne sont pas compétents pour examiner des décisions administratives sur le fond. Ces tribunaux ne peuvent que déterminer si l'organe ou le fonctionnaire administratif compétent

a exercé ses attributions conformément à la loi applicable en l'espèce, et conformément aussi aux règles de la justice naturelle. S'il est vrai qu'il s'agit là d'une position universellement admise, il est des cas où, tout en rendant un hommage de pure forme à la théorie, les tribunaux semblent bien l'avoir négligée en fait. C'est ainsi que dans l'affaire *Prescott contre la Municipalité de Birmingham* (1955, chapitre 210) un contribuable est parvenu à faire déclarer illégale et entachée d'excès de pouvoir une décision de ladite municipalité prévoyant que certaines catégories de personnes âgées n'auraient pas à acquitter le prix de leurs places à bord des omnibus municipaux. Alors qu'à strictement parler les tribunaux interprétaient les dispositions pertinentes de la loi, ils statuaient en fait sur le fond. La Cour d'appel déclara (page 238):

Si dans cette affaire il s'agit d'apprécier le bien-fondé de la décision des défendeurs et l'usage que ceux-ci ont fait du pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé en prévoyant un traitement différentiel entre les passagers en matière de tarifs, la réponse . . . doit être qu'ils n'ont pas fait un usage convenable de ce pouvoir discrétionnaire.

Il ne fait pas de doute que la question se posera de savoir – et l'avenir dira avec quelle fréquence – si les tribunaux peuvent statuer sur le fond en telle ou telle affaire, auquel cas le commissaire serait incompetent. La question pourra être tranchée, nous l'avons déjà dit, par la procédure plutôt compliquée selon laquelle le commissaire devra s'adresser à la Cour suprême pour obtenir une ordonnance déclaratoire qui décidera de l'étendue de ses pouvoirs.

En vertu du même article, les pouvoirs du commissaire ne peuvent être touchés par aucune disposition de loi stipulant que toute décision, recommandation, acte ou omission aura un caractère définitif ou ne pourra faire l'objet d'aucun recours, ou qu'une procédure ou un jugement quelconque ne pourra être contesté, cassé ou remis en question; c'est ce qu'on appelle couramment la clause privatrice.

Le défaut de compétence du commissaire pour enquêter sur les activités d'un ministre de la Couronne n'est qu'implicite dans la législation envisagée. L'article 11 – qui traite de la fonction de commissaire – se réfère à une « décision ou recommandation faite (y compris toute recommandation faite à un ministre de la Couronne) ». Il ne mentionne pas expressément une décision ou une recommandation faite *par* un ministre, et d'après le principe d'interprétation des lois qu'exprime l'adage *expressio unius est exclusio alterius*, une telle décision serait exclue du domaine de sa compétence. De toute façon, telle est bien l'intention du gouvernement, comme le montrent d'ailleurs les remarques suivantes du procureur général:

Je n'envisage pas qu'un ministre de Sa Majesté puisse, en vertu de la loi, être directement interrogé par le . . . commissaire . . . ou par toute autre personne. Je doute que la Chambre puisse envisager d'étendre par une mesure générale la compétence du commissaire à la fonction ministérielle, de telle façon que le commissaire puisse exiger qu'un ministre lui donne accès à tout dossier en sa possession. A mon avis un tel pouvoir serait incompatible avec la position qu'occupe un ministre de Sa Majesté.

Il ajouta qu'en pratique les droits de l'enquête seraient protégés du fait que le commissaire aurait accès aux dossiers des ministères concernant une affaire particulière. Le commissaire verrait ainsi quelles recommandations avait été faites au ministre, et si ce dernier les avait adoptées ou rejetées.

Les articles suivants du projet traitent de questions de procédure. La Chambre des représentants est habilitée à définir des règles de conduite à l'intention du commissaire. Toutes les plaintes doivent être présentées par écrit. Un droit modique d'une livre doit être versé lors du dépôt d'une plainte. Le commissaire pourra même dispenser le plaignant du paiement de cette somme si, « eu égard à des circonstances particulières », et il appartiendra vraisemblablement au commissaire lui-même d'interpréter cette disposition, il juge à propos d'en décider ainsi.

Un article de caractère général (article 14) confère au commissaire de larges pouvoirs discrétionnaires pour interrompre une enquête. Ces pouvoirs pourront être invoqués à l'égard de cas pour lesquels, aux termes de la loi ou selon la pratique administrative suivie, il existe des voies de réparation ou de recours efficaces autres que le droit de présenter une pétition au Parlement. Le commissaire peut notamment (article 14, alinéa 2) décider de ne pas entreprendre ou poursuivre une enquête lorsqu'une plainte concerne une décision, une recommandation, un acte ou une omission dont le plaignant aurait eu connaissance plus de douze mois avant que le commissaire ne soit saisi de la plainte, ou s'il estime que l'objet de la plainte est insignifiant, ou que la plainte a un caractère futile, vexatoire, ou que le plaignant n'est pas de bonne foi ou n'a pas un intérêt personnel suffisant dans l'objet de la plainte.

C'est dans l'article qui porte le titre de *Procédure après l'enquête* que les pouvoirs du commissaire trouvent leur efficacité. Aux termes de cet article le commissaire est tenu, en de nombreuses circonstances qui sont énumérées ci-dessous, de faire connaître au ministre ou à l'organe compétent ses conclusions ainsi que les raisons qui l'y ont conduit. Il lui est également loisible de faire les recommandations qu'il jugera utiles et de demander – sans pouvoir l'exiger – au ministre ou à l'organe en question de lui faire connaître les mesures qu'ils envisagent pour donner effet à ses recommandations. Il doit adresser au ministre intéressé une copie de son rapport et de ses recommandations.

Si, dans un délai raisonnable après l'expédition du rapport, le commissaire estime qu'aucune mesure efficace et appropriée n'a encore été prise, il *peut* alors s'il le juge à propos, après avoir examiné les observations présentées par le ministère ou l'organe en question ou en leur nom, adresser au premier ministre une copie de son rapport et de ses recommandations. Il *peut* également faire rapport au Parlement sur la question dans les termes qui lui paraîtront appropriés. En pareil cas il annexera à son rapport une copie de toutes observations faites par le ministère ou l'organe en question ou en leur nom. Le commissaire ne devra pas faire dans son rapport d'observations qui auraient un caractère hostile à l'égard d'une personne quelconque, à moins que ladite personne n'ait eu la possibilité d'être entendue. La règle *audi alteram partem* est ainsi observée.

Les conditions dans lesquelles le commissaire doit faire rapport au ministère intéressé sont définies en détail dans ledit article, et elles semblent prévoir toutes les possibilités. Sont notamment prévus les cas suivants pour citer en partie les termes mêmes de l'article:

Si le commissaire, après avoir fait son enquête, estime que la décision, la recommandation, l'acte ou l'omission ayant fait l'objet de l'enquête (a) semble 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;

et aussi les suivants:

Si le commissaire est parvenu à l'une des conclusions suivantes: (a) l'affaire devrait être renvoyée devant l'autorité compétente pour nouvel examen, (b) l'omission devrait être réparée, (c) la décision devrait être annulée ou modifiée, (d) toute pratique sur laquelle se fondait la décision, la recommandation, l'acte ou l'omission devrait être modifiée, (e) toute loi sur laquelle se fondait la décision, la recommandation, l'acte ou l'omission devrait être révisée, (f) la décision aurait dû être motivée, ou (g) telles autres mesures devraient être adoptées.

Un autre alinéa du même article prévoit tous les cas où le commissaire conclut que lorsqu'une autorité a pris une décision, fait une recommandation, agi, ou omis d'agir, elle n'a pas fait un usage convenable du pouvoir discrétionnaire, ou a exercé ce pouvoir pour des motifs étrangers à l'espèce, ou en tenant compte de considérations elles aussi étrangères, ou que la décision prise dans l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire aurait dû être motivée. Si l'on examine attentivement cet article, on est amené à conclure qu'il y a très peu de cas où, une « injustice » au sens courant du terme ayant été commise, le commissaire ne puisse s'y intéresser et faire rapport.

Malgré sa longueur et son importance, cet article n'a pas fait l'objet de longues discussions lorsque le projet de loi a été présenté à la Chambre. Deux questions seulement furent soulevées. La première concernait une question constitutionnelle. Un membre du Parlement demanda pourquoi, puisque le commissaire devait être un fonctionnaire du Parlement et que la grande majorité de ses décisions seraient dirigées contre des départements ou des organes gouvernementaux, il devait pour faire rapport au Parlement passer par le premier ministre et non par le président de la Chambre. Le procureur général répondit qu'il n'avait pas d'idée arrêtée sur cette question, mais que la commission parlementaire qui avait été chargée de rédiger le projet de loi avait estimé qu'il s'agissait là d'une question de simple courtoisie et qu'il appartenait au chef du gouvernement d'être le premier informé de ce qui se passait. Il ajouta que la question serait sans doute examinée par la commission de législation, organe permanent de la Chambre des représentants, à laquelle le projet serait renvoyé. L'autre question, soulevée cette fois par le chef de l'opposition, concernait les dates de transmission du rapport du commissaire au premier ministre et à la Chambre, respectivement. Les deux envois seraient-ils simultanés? En réponse à cette question le procureur général se borna à citer les dispositions de l'alinéa pertinent. En réponse à une autre observation du chef de l'opposition il déclara ce qui suit:

Le commissaire n'est pas tenu de faire rapport au Parlement, mais s'il le fait il doit en premier lieu faire rapport au premier ministre.

Ainsi l'article le plus important du projet de loi, celui qui traite de l'efficacité des pouvoirs du commissaire, ne fit l'objet d'aucune explication. Toutefois, il ressort de l'article tel qu'il est rédigé actuellement que lorsque le commissaire a mené son enquête dans l'un ou l'autre des nombreux cas spécifiés dans l'article, lequel, on l'a vu, prévoit presque sans exception toute espèce de situation dans laquelle un acte ou une omission que l'on pourrait qualifier d'injuste a pu être commis (un cas cité en exemple au cours des débats était celui où le département des Postes et Télécommunications n'aurait pas installé de ligne téléphonique dans un certain quartier de banlieue), son seul pouvoir est de faire rapport, en premier lieu et obligatoirement au ministère ou à l'organe compétent, et ensuite, s'il le juge à propos, au premier ministre ou au Parlement. Il n'a donc aucun pouvoir d'action directe. Il ressemble un peu à un chien de garde attaché: on lui permet d'aboyer, mais on l'empêche de mordre.

Dans les premiers temps de l'histoire de la Nouvelle-Zélande, il y environ 130 ans, ce pays était encore dépourvu de lois propres et relevait nominalement des autorités des Nouvelles-Galles du Sud. Le gouverneur de cette colonie, qui ne pouvait exercer son autorité sur un territoire éloigné de 2000 km, demande au gouvernement

britannique de nommer un commissaire-résident en Nouvelle-Zélande. Un certain James Busby fut envoyé à Sydney. Il avait pour instructions d'arrêter les condamnés qui s'étaient évadés et de les renvoyer devant les tribunaux, d'aider les colons, d'encourager le commerce et d'inciter les chefs maori à faire régner l'ordre public. Le malheur est qu'il n'avait aucun pouvoir juridictionnel et ne disposait d'aucune force de police pour l'assister dans sa tâche. Busby est entré dans l'histoire, et chaque écolier néo-zélandais le connaît sous le nom du « cuirassé sans canons ». Abstraction faite des différences entre le statut de Busby et celui de l'*Ombudsman* néo-zélandais, on se demande jusqu'à quel point un fonctionnaire peut accomplir une tâche efficace si ses pouvoirs se bornent à rédiger des rapports. Il existe cependant une différence, c'est que le Parlement peut s'il le veut bien prendre des mesures à la suite des rapports du commissaire, alors que les Nouvelles-Galles du Sud étaient trop éloignées de la Nouvelle-Zélande pour qu'il fût possible de prendre des décisions efficaces en vue de renforcer l'autorité du commissaire-résident.

Si, en créant la fonction de commissaire, les pouvoirs publics ont sincèrement voulu prévenir tout acte ou injustice que pourrait commettre le gouvernement central à l'encontre des administrés, il suffira que les ministères et les organes de l'administration sachent que leurs actes sont exposés à des enquêtes pour qu'ils hésitent à prendre des décisions susceptibles d'être critiquées et d'entraîner ensuite des mesures concrètes du Parlement. En outre le citoyen éprouvera un certain sentiment de sécurité à la pensée qu'il existe une haute personnalité chargée d'instruire ses plaintes. Il est maintenant trop tard pour que la loi néo-zélandaise envisagée puisse être votée avant le deuxième semestre de l'année. Le procureur général et ses conseillers ont donc largement le temps d'examiner de quelle façon le projet peut encore être amélioré. Par la suite il sera intéressant pour les démocraties parlementaires du Commonwealth – et aussi pour les autres – de voir si l'activité du commissaire parlementaire aboutit à des résultats satisfaisants. Mais revenons à James Busby. Les historiens le présentent comme un jeune homme très convaincu de sa propre importance et qui se croyait appelé à jouer un rôle important dans l'histoire. Il est possible qu'un autre eût réussi là où Busby échoua. Le succès ou l'échec de l'*Obudsman* en Nouvelle-Zélande dépendra également de la personnalité du titulaire de cette fonction nouvelle assortie de lourdes responsabilités.

A. G. DAVIS

*Professeur à la Faculté de droit de
l'Université d'Auckland (Nouvelle-Zélande).*

DU DROIT DE SE RENDRE À L'ÉTRANGER

La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 octobre 1948 à Paris, proclame en son article 13 que toute personne a le droit de circuler librement. Le premier alinéa de cet article traite de la liberté de circuler et de choisir une résidence à l'intérieur d'un Etat, tandis que l'alinéa suivant étend cette notion au passage des frontières, en disposant que « toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». L'Assemblée générale a dit clairement qu'elle considère comme un des droits de l'homme la liberté pour chacun de quitter tout pays, qu'il s'agisse d'un déplacement de brève durée ou d'une émigration, ainsi que la liberté pour tout citoyen de revenir dans son pays. On trouvera dans le présent article quelques considérations et constatations relatives à la liberté d'émigrer et de se rendre à l'étranger.

Il n'existe guère de définition universellement acceptée de la liberté d'émigrer, car les uns insistent davantage sur certains aspects du phénomène de l'émigration, alors que d'autres les relèguent au second plan. Les éléments déterminants de la définition pourront donc varier selon les auteurs. Il semble cependant que la caractéristique de l'émigration réside dans le fait que l'émigrant quitte le pays en cause, c'est-à-dire abandonne par une décision spontanée le domicile qu'il avait pris de façon plus ou moins permanente dans son pays d'origine ou dans un pays étranger – car un étranger également peut émigrer. Cette décision est certainement fondée dans une large mesure sur une motivation subjective, mais ces motifs sont si divers qu'ils ne peuvent servir à définir la notion de « liberté d'émigration ». Ainsi, dans l'Europe du XVII^{ème} ou du XVIII^{ème} siècle l'émigration a été provoquée par des considérations religieuses, alors que par la suite les motifs économiques ont acquis plus de poids. A notre époque, l'émigration s'explique, selon les cas, par des considérations économiques, politiques ou idéologiques. La durée pour laquelle un être humain émigre pourrait éventuellement servir de critère de définition. Il n'est pas possible de qualifier d'émigration n'importe quel franchissement de frontière. Cependant on ne peut continuer à dire, selon une conception maintenant dépassée, qu'il n'y a émigration que lorsqu'un individu quitte un pays sans intention d'y retourner, car à notre époque on constate des cas toujours plus nombreux où des individus émigrent pour aller chercher une occupation temporaire à l'étranger. Nous pourrions, en adoptant la for-

mule d'un auteur qui a fort bien traité ce problème dans son article sur *La liberté d'émigrer et d'immigrer*, Josef Soder,¹ dire qu'émigrer consiste à « quitter le pays d'origine ou de résidence dans l'intention de fixer sa résidence, pour toujours ou pour un certain temps, sur le territoire d'un autre Etat, en vue de réaliser des intentions diverses mais ressenties comme importantes ».

L'intention de s'établir dans le nouveau pays fournit l'élément distinctif le plus important entre l'émigration et la simple sortie d'un pays. Nous parlerons toutefois du droit de se rendre à l'étranger, parce que cette expression est plus large que celle d'émigration, et nous l'appliquerons dans le présent article à ces deux modalités du passage d'un pays dans un autre. Pour définir de plus près la nature et la portée du droit de se rendre à l'étranger, et pour justifier l'inscription de cette liberté parmi les droits de l'homme, il est indispensable de retracer brièvement son évolution historique.

Historique du droit de se rendre à l'étranger

Il est de fait que l'histoire a toujours connu l'émigration, c'est-à-dire les mouvements à travers les frontières de ressortissants d'un pays se déplaçant individuellement ou de colons voyageant en groupes. Cependant, l'émigration du passé est un phénomène fondamentalement différent de l'exercice du droit d'émigrer ou de sortir d'un pays. Ce n'est qu'au XVIII^{ème} siècle que les juristes ont commencé à y voir un droit, la manifestation d'une liberté inhérente à l'être humain. Les conceptions juridiques et la pratique des siècles précédents ne faisaient qu'annoncer cette conception libérale. L'Empire romain fut le premier à instituer un document, une espèce de passeport, dans lequel on demandait que le libre passage fût assuré à son titulaire en toute sécurité dans des territoires étrangers. La Magna Charta de 1215 garantissait, elle aussi, aux marchands le droit de quitter l'Angleterre sans être inquiétés; aux termes de l'article 42, chacun a le droit de sortir du royaume, sous réserve de ses devoirs d'allégeance, et d'y revenir, sauf en temps de guerre et exception faite des prisonniers et des hors-la-loi. Ce droit, qui manifeste déjà un esprit libéral, n'est plus mentionné dans les versions de la Grande Charte postérieures à 1216. Au cours des siècles suivants le roi acquit au contraire le droit d'interdire, par un acte de *Common Law* appelé *Ne Exeat Regno*, à des personnes déterminées de quitter l'Angleterre sauf autorisation spéciale. Mais il résulte de cette institution même que toute autre personne avait le droit de quitter le royaume, et en fin de compte cette prérogative royale perdit toujours plus de son importance, au fur et à mesure

¹ Voir Walter Schätzel et Theodor Veiter, *Handbuch des internationalen Flüchtlingsrechts*, Bonn, Feldkirch/Vienne, 1960, partie 1, p. 1 ss.

que l'opinion se répandit que, en vertu de la Grande Charte, tout Anglais était libre de quitter le pays sans rechercher au préalable l'accord des autorités. Enfin, en 1606, une loi interdit de recourir à l'acte *Ne Exeat Regno* pour des motifs politiques, et il est tombé depuis lors en désuétude, si ce n'est comme moyen de coercition à l'encontre de débiteurs qu'on soupçonnait de vouloir s'enfuir.

L'Allemagne du Moyen-Age, qui se caractérisait par une structure féodale et par son grand nombre de régimes de suzeraineté, petits ou grands, connaissait le droit de quitter un territoire accordé aux individus qui rachetaient leurs devoirs d'allégeance. Les habitants des villes et les paysans libres avaient en principe le droit de s'en aller, mais ils devaient payer une redevance appelée *gabella emigrationis*. Les paysans asservis ne pouvaient prétendre à ce droit qu'après avoir acheté leur liberté. On voit donc que la liberté de quitter un territoire était fondée, dans le régime médiéval, sur une conception de la liberté différente de celle qui s'exprime dans le droit fondamental d'émigrer reconnu par les régimes juridiques modernes. On entendait alors par liberté l'exercice de certains droits dans une collectivité juridique déterminée, qu'il s'agit d'une seigneurie, d'une bourgeoisie ou d'une autre collectivité territoriale. Cette liberté avait toujours sa garantie dans le cadre d'un rapport juridique individualisé et concret. La Paix d'Augsbourg, en 1555, reconnut à chaque prince le *jus reformandi*, et en même temps assura aux sujets de l'empereur et des Etats de l'Empire le droit de quitter un territoire s'ils manifestaient l'intention de le faire pour des raisons de religion. Ce *beneficium emigrandi* fut repris en 1648 parmi les dispositions des traités de Westphalie, mais par la suite les institutions publiques de divers pays d'Europe connurent une période d'absolutisme caractérisé. D'une façon générale l'émigration fut interdite, sauf cas d'exception. La France se signala à cette époque par l'interdiction d'émigrer faite en particulier aux Huguenots. Cette tendance propre aux pays absolutistes s'accrut encore au XVIII^{ème} siècle, et grâce à l'institution nouvelle du passeport qui permettait de soumettre plus aisément les sujets à un contrôle policier, on tendit à empêcher toute sortie du territoire de l'Etat. En même temps divers pays s'efforçaient d'attirer des colons étrangers sur leurs territoires afin d'augmenter la population. C'est l'affirmation du libéralisme, à la fin du XVIII^{ème} siècle, qui donna naissance à l'institution moderne de la liberté d'émigration, considérée comme un droit de l'homme et du citoyen. A vrai dire on ne trouve de mention expresse du droit de se rendre à l'étranger, ni dans les Déclarations des droits de l'homme proclamées en Amérique (par exemple en Virginie, en 1776) ni dans la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789; mais ces proclamations fournissent le fondement de ce droit du fait qu'elles qualifient la liberté, sous tous ses aspects, de droit inné de l'être humain, de

sorte qu'on peut faire découler le droit d'émigrer de cette liberté universelle. La constitution française de 1791 mentionne pour la première fois la liberté de mouvement et la liberté d'établissement. C'est cependant sous l'influence de la Révolution française que, dans de nombreux pays, ont été dressés de véritables catalogues des droits fondamentaux, et le libéralisme de la fin du XVIII^{ème} siècle, comme l'a dit Ulrich Scheuner,² a énuméré la liberté d'émigrer parmi les droits naturels de l'homme. On considère désormais que le droit naturel donne la liberté à tout citoyen de choisir selon sa volonté son domicile et son appartenance nationale. Vers le milieu du XIX^{ème} siècle, l'idée profondément libérale selon laquelle il s'agissait là d'une liberté générale reconnue à tout individu avait triomphé dans la plupart des pays d'Europe. On n'apparentait plus ce droit à la liberté religieuse et à la tolérance, on le mettait désormais en rapport étroit avec un autre droit nouvellement formulé, celui de la liberté de mouvement et de la liberté d'établissement. C'est dans ces conditions que, au cours de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle,³ se sont déclenchées de véritables migrations. En effet, l'évolution libérale dont nous venons de parler s'était affirmée dans divers pays d'Europe et ceux-ci, à l'apogée du capitalisme libéral, souffraient d'une forte pression démographique, tandis que les pays du continent américain éprouvaient un besoin immense de main-d'œuvre. De 1820 à 1900, plus de 65 millions de personnes ont passé d'Europe dans les pays d'outre-mer, 65 pour cent d'entre elles se sont fixées aux Etats-Unis. En revanche, la première guerre mondiale provoqua l'adoption générale de prescriptions plus sévères concernant la délivrance de passeports, voire l'interdiction de sortir de certains pays. Ce régime restrictif s'atténua de nouveau après la fin du conflit et le président Wilson, dans son Programme des quatorze Points, demanda même que fût assurée la liberté du commerce et du déplacement des personnes. Plus tard, au cours des années trente, l'émigration d'Europe à destination du Nouveau Monde diminua encore, car les deux principaux « fournisseurs » d'émigrants, l'Allemagne et l'Italie, suivant une politique nationaliste, s'efforcèrent d'empêcher le départ de la main-d'œuvre dont elles avaient besoin pour assurer en toute hâte leur réarmement. Finalement, l'histoire du droit de se rendre à l'étranger entra dans une nouvelle phase après la deuxième guerre mondiale. Au début du XX^{ème} siècle le caractère international des droits fondamentaux, et notamment du droit de libre passage des frontières, était de plus en plus généralement re-

² Ulrich Scheuner, *Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands*, Festschrift für Richard Thoma, Tübingen, 1950, p. 56 ss.

³ Voir à ce propos Paul A. Ladame, *Le rôle des migrations dans le monde libre*, Genève, 1958, p. 87 ss.

connu. La conception selon laquelle cette liberté relève du droit des gens s'est trouvée confirmée de façon définitive dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Nature et portée du droit de se rendre à l'étranger

En inscrivant le droit de se rendre à l'étranger dans la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies et dans les énumérations nationales de droits fondamentaux, on a donné à cette liberté, du moins quant à la forme, le caractère d'un droit de l'homme proprement dit. Au surplus, un examen plus attentif de la nature et de la portée du droit de se rendre à l'étranger justifie cette classification par des raisons de fond beaucoup plus importantes. L'argument le plus convaincant que l'on puisse invoquer pour inscrire ce droit parmi les droits fondamentaux de l'être humain est qu'il est une des manifestations de la liberté humaine et qu'il découle nécessairement de toute une série d'autres libertés ou droits fondamentaux. Nul ne conteste que l'homme possède une liberté qui découle de sa nature et qui est nécessaire à la dignité de la personne humaine à laquelle sont attachées les valeurs les plus élevées. Cette liberté fondée sur des considérations de principe se manifeste dans divers domaines et s'exprime dans les diverses libertés énumérées sous la dénomination de « droits fondamentaux de l'homme », droits qui sont – ou qui devraient être – garantis dans les instruments internationaux aussi bien que nationaux. La liberté de changer de domicile au sens le plus large de ce mot fait partie de ces droits fondamentaux car, si l'être humain doit être libre, il doit pouvoir se déplacer selon sa libre volonté et choisir librement le lieu où il entend s'établir. Ce droit ne doit pas lui être reconnu seulement sur le territoire national du pays où il habite; l'homme libre doit avoir la possibilité de se rendre, par l'effet d'une décision librement prise, sur le territoire d'un autre Etat et d'y élire domicile.⁴ C'est ce qu'exprime fort bien René Brunet⁵ lorsqu'il dit: « La liberté d'aller et de venir, la liberté de se déplacer non seulement à

⁴ Voir Josef Soder, *op. cit.* (note 1) p. 15 ss.; voir également Strupp – Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, 1961, vol. II, p. 505 ss. qui dit notamment: «Puisque le monde est divisé en Etats, chaque être humain appartient nécessairement à la collectivité d'un Etat déterminé et se déplace toujours sur le territoire d'un Etat déterminé. La liberté fondamentale de la personne donne à chacun le droit de renoncer à de tels liens, c'est-à-dire de se dépouiller de sa nationalité et de quitter le territoire d'un Etat.»

⁵ René Brunet, *La garantie internationale des droits de l'homme*, Genève, 1947, p. 218 ss.

l'intérieur du pays dont on est ressortissant mais aussi de pays à pays, n'est qu'un aspect de la liberté individuelle ».

On prétend parfois que le principe de la liberté individuelle ne peut fonder en logique que le droit de circuler librement, c'est-à-dire de se déplacer à l'intérieur d'un territoire et d'y élire domicile, et qu'on ne peut en déduire le droit de sortir du territoire national contre la volonté de l'Etat dont l'intéressé est un ressortissant. Cela revient à demander si l'allégeance d'un citoyen à l'Etat l'emporte sur le principe de la liberté individuelle. La réponse à cette question dépendra en principe de la conception que l'on se fait de l'Etat. Si l'on attribue à celui-ci une importance exagérée et qu'on ait une tendance à surestimer en conséquence la valeur des liens de citoyenneté — comme cela a été le cas au Moyen-Age et à l'époque absolutiste de l'ère moderne et comme cela est encore le cas dans les Etats totalitaires du XX^{ème} siècle — on niera que le droit de se rendre à l'étranger soit une liberté fondamentale, que l'individu peut faire valoir contre la volonté de l'Etat à titre de droit public subjectif. En revanche, si l'on pense que la raison d'être et le sens même de l'Etat sont de protéger la personnalité humaine et de lui assurer des possibilités d'épanouissement — selon la conception qui est adoptée par tout Etat libéral et démocratique — on devra nécessairement reconnaître que le droit de sortir du pays trouve sa place parmi les libertés fondamentales.

On relève souvent, et avec raison, que la liberté de se rendre à l'étranger est un droit aussi « naturel » que la liberté de circuler à l'intérieur du territoire national ou que la liberté d'opinion ou de religion. Tout comme les autres droits de l'homme, le droit de quitter le territoire contribue à donner à l'individu l'indépendance et les possibilités de choix et d'affirmation dont il a besoin; il étend le champ de sa liberté d'action et ses possibilités d'expérience. Ce droit permet en particulier à l'intellectuel d'élargir son horizon et d'acquérir de nouvelles connaissances en allant étudier dans des universités étrangères, en établissant des contacts avec des collègues étrangers ou en participant à des conférences et à des congrès. Mais, au surplus, si on empêchait l'individu de sortir du pays, il se trouverait gravement atteint dans de nombreux domaines de sa vie privée et dans les relations personnelles du mariage, de la famille et de l'amitié. Ces conséquences montrent bien que la liberté de se rendre à l'étranger est un véritable droit de l'homme. Ce caractère fondamental du droit de se rendre à l'étranger apparaît de la façon la plus frappante lorsqu'un être humain se voit contraint de fuir: a) parce que dans le pays où il a vécu jusqu'à présent, on ne lui permet plus de pratiquer sa religion comme il l'entend; b) parce que sa liberté personnelle est menacée pour des raisons que la morale humaine ne peut pas considérer comme des motifs valables d'incrimination; c) parce que sa vie est menacée, soit à nouveau pour

des motifs religieux ou politiques, soit parce qu'il est privé dans son pays (à la suite d'une expropriation, d'une catastrophe naturelle, etc) des moyens d'existence minimum exigés par la dignité humaine.⁶ Les circonstances qui viennent d'être mentionnées montrent que, lorsqu'un individu se trouve privé de la possibilité de continuer à vivre dans des conditions dignes d'un être humain, le droit de quitter un territoire non seulement découle de la liberté générale qui doit être reconnue à toute personne, mais est également partie intégrante du droit qu'a chacun d'assurer sa survie; lorsque, au surplus d'autres libertés fondamentales sont déniées à l'individu, la possibilité de quitter le pays devient en quelque sorte un *ultimum refugium libertatis*.

Nous savons que les divers droits de l'homme sont en corrélation intime et que, selon que tel ou tel des droits fondamentaux est reconnu ou non, la jouissance pratique d'un ou de plusieurs des autres droits s'en trouve influencée de façon profonde. C'est ce que l'on peut dire en particulier du droit fondamental de se rendre à l'étranger, car cette liberté conditionne ou tout au moins complète de façon déterminante l'exercice de nombreux autres droits. Ainsi, dans certains cas, l'exercice de nombreux droits fondamentaux, tels que le droit à la vie, à la liberté et à l'inviolabilité de la personne, la liberté religieuse, la liberté d'opinion et d'information, le droit au travail et à un niveau de vie convenable, pour n'en citer que quelques-uns, peut être rendu impossible, totalement ou en partie, du fait que les individus en cause n'ont pas la possibilité de sortir d'un territoire.

En résumé, nous pourrions dire que le droit de se rendre à l'étranger, en raison de sa nature même, est bien l'une de ces libertés fondamentales qui découlent de façon parfaitement logique de la notion de la liberté individuelle, et qu'il a une portée absolument déterminante, en raison de sa parenté avec les autres droits de l'homme et de son influence décisive sur les possibilités de vie et d'épanouissement des êtres humains. On ne saurait prétendre que la démocratie est irréalisable sans la liberté de se rendre à l'étranger,⁷ mais en revanche on doit relever que très souvent un régime dictatorial ou un Etat policier a pour premier souci de priver la population de toute liberté dans ses déplacements. Or, lorsqu'un régime limite par principe la liberté de déplacement et le libre passage de la frontière, il est à craindre qu'il le fasse parce qu'il entend

⁶ Voir Günther Dürig, dans *Die Grundrechte*, publié sous la direction de Bettermann, Nipperdey et Scheuner, Berlin, 1959, vol. II, p. 507 ss.

⁷ En fait, il n'existe pas de démocratie libérale qui ne reconnaisse cette liberté (*Remarque de l'auteur*).

garder dans le pays de la main-d'œuvre à bon marché ou cacher des tares politiques ou sociales. En refusant aux habitants du pays le droit de quitter librement le territoire, un régime entre dans une voie qui peut le conduire à instituer le travail forcé, à imposer un asservissement social ou à abolir des droits fondamentaux de l'homme.

Les limites du droit de se rendre à l'étranger

En bonne logique chacun peut, en vertu de ce droit, quitter un territoire déterminé sans aucune restriction. Telle serait la situation à ne considérer ce droit fondamental que dans l'optique de l'individu. Or chaque être humain vit dans une collectivité, aussi est-il nécessaire de tenir compte des intérêts de celle-ci. D'une façon générale, l'exercice des libertés individuelles est limité par les intérêts des autres individus et par les intérêts supérieurs de l'Etat. C'est ainsi qu'on peut lire, à l'al. 1 de l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que « l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Des raisons de sécurité, et d'autres intérêts légitimes de l'Etat, peuvent donc imposer à chaque citoyen un comportement qui a pour effet de limiter sa liberté personnelle. Il en résulte que le droit de se rendre à l'étranger est, lui aussi, nécessairement soumis à des limitations justifiées. En raison de sa nature, ce droit sera même limité plus souvent et d'une façon plus sévère que les autres libertés fondamentales. Ainsi, lorsqu'un Etat accorde à ses citoyens la liberté de circulation dans le pays, la liberté de parole et la liberté de réunion, il conserve en même temps, et par définition, le pouvoir de s'opposer avec succès à un exercice de ces libertés qui lui serait dommageable ou qui serait inspiré par des intentions hostiles. En effet, les actes commis par ses ressortissants se trouvant à l'étranger et mettant en cause la sécurité de l'Etat ne sont naturellement passibles ni de sa surveillance, ni de sa sanction. Il convient donc de reconnaître à l'Etat le droit de surveiller l'exercice de cette liberté et la possibilité légale de la restreindre. Il se peut même que l'Etat ait non seulement le droit, mais même le devoir d'intervenir de la sorte, par exemple pour assurer la sécurité nationale, pour protéger les émigrants,⁸ et aussi dans l'intérêt d'autres Etats. On peut dire en termes tout à fait généraux que, s'il est bien vrai que l'individu a en principe le droit de sortir librement de son pays, divers motifs sérieux peuvent conduire un Etat à limiter

⁸ On peut citer comme mesure de protection des émigrants l'imposition de conditions de sortie plus sévères pour les femmes mineures (lutte contre la traite) ou la possession d'un contrat de travail imposée à un émigrant se rendant outre-mer (protection contre l'exploitation et la misère).

ou même à empêcher de façon légitime l'exercice de ce droit.⁹

Les raisons légitimes qu'un Etat peut avoir de limiter ou de suspendre temporairement le droit de quitter son territoire sont aussi diverses et nombreuses que les valeurs qu'il convient de protéger (sécurité de l'Etat, situation de l'économie nationale, sort des émigrés) ou les sources de danger (terrorisme, épidémies, traite des blanches) ou encore les circonstances qui peuvent imposer de telles mesures (par exemple l'état de guerre). Il est donc impossible de dresser une liste complète de ces raisons, et aussi de définir par des textes précis et d'une validité constante les motifs qui justifient l'adoption de telle ou telle mesure par un Etat déterminé. La matière est si complexe que l'on tenterait en vain de définir les motifs admissibles; on doit se contenter d'une qualification très générale. On trouve l'exemple d'une définition, conçue en termes généraux, des motifs qui justifient la restriction apportée à l'exercice des droits de l'homme à l'al. 2 de l'art. 29 de la Déclaration universelle, ainsi qu'à l'al. 3 de l'art. 12 du projet de Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques.¹⁰ Il appartiendra à chaque Etat de décider à sa discrétion s'il existe une raison suffisante de limiter ou même de supprimer un droit fondamental. Il convient en tout cas de reconnaître cette compétence exclusive à l'Etat, tant qu'il ne s'est pas obligé à respecter les droits fondamentaux en ratifiant une convention internationale et qu'il n'a pas donné à une autorité internationale le droit de décider *a posteriori* si telle ou telle limitation est fondée ou non. Il en est ainsi des droits fondamentaux stipulés dans la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme. En ce qui concerne le droit de se rendre à l'étranger, aucun Etat jusqu'à présent n'a souscrit à une obligation de ce genre. En l'absence d'une telle obligation internationale, chaque Etat décide librement s'il doit reconnaître comme un droit fondamental la liberté pour chacun de quitter son territoire, et agit selon les règles de la bonne foi lorsqu'il est disposé à admettre en principe un tel droit. Il est d'autant plus nécessaire que chaque Etat agisse de bonne

⁹ C'est ce que dit Soder, *op. cit.* (note 1), p. 10 ss.; voir également G. Scelle, *Précis de Droit des gens*. Paris, 1932, vol. II, p. 73 ss. L'art 12 du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques, adopté par la troisième commission de l'Assemblée générale le 17 novembre 1959, parle de la libre circulation. A l'al. 3 de cet article, il est dit: «Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent pacte.»

¹⁰ L'al. 2 de l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme est rédigé comme suit: «Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement, en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.»

foi, que la complexité des situations qui peuvent se présenter dans ce domaine permet facilement de dissimuler les vraies raisons pour lesquelles l'Etat ferait obstacle à l'exercice de ce droit en recourant aux moyens extraordinairement nombreux et divers qui lui permettent de restreindre les sorties du pays.

Ce qui précède conduit nécessairement à demander de façon catégorique à chaque Etat, ainsi qu'à ses organes d'exécution, d'accorder à tout être humain se trouvant sur son territoire le droit de quitter librement ce territoire, et de ne limiter cette liberté que dans la mesure où, de bonne foi, il estime que l'exercice de ce droit ne peut pas se concilier avec les intérêts légitimes de la collectivité ou avec les droits des citoyens.

Comme on le verra dans la prochaine section, le droit de se rendre à l'étranger ainsi que les autres libertés fondamentales sont énoncés, sous une forme ou sous une autre, dans les constitutions de nombreux Etats. A l'inverse, il est fréquent que des pays n'accordent pas à leurs habitants le droit de franchir librement la frontière et ne considèrent pas ce droit comme faisant partie des libertés fondamentales assurées par la coutume et la tradition. En revanche on ne saurait conclure, du simple fait que la constitution ou la loi accorde ou n'accorde pas expressément ce droit, qu'en pratique les habitants ont ou n'ont pas la possibilité de quitter librement le territoire. Il est des pays dans lesquels la liberté de circuler à l'intérieur des frontières et la liberté d'émigrer sont spécifiées dans l'énumération des droits fondamentaux figurant dans la constitution et où cependant la possibilité d'émigrer n'est accordée à personne, tandis que seuls quelques fonctionnaires du parti particulièrement sûrs peuvent se rendre temporairement à l'étranger. D'autres pays n'ont inscrit dans leur constitution aucune disposition relative à la liberté de se rendre à l'étranger, et néanmoins leurs citoyens n'ont même pas besoin d'être titulaires d'un passeport pour franchir les frontières, soit de façon définitive soit pour une durée déterminée. Entre ces deux extrêmes, on relève une multitude de variantes résultant de dispositions constitutionnelles, de lois, d'ordonnances, de règlements, de coutumes, et des diverses façons selon lesquelles les dispositions législatives sont appliquées par les organes d'exécution. Cette variété de la pratique conduit nécessairement l'observateur à se demander quelle est la valeur effective de la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux.

La réglementation en droit interne

Les garanties de la liberté de se rendre à l'étranger offertes par le droit écrit et par le droit coutumier

Avant d'examiner les diverses variantes que peuvent présenter les normes juridiques garantissant le droit de se rendre à l'étranger,

il est opportun d'étudier dans ses grandes lignes la garantie de ce droit qui est énoncée dans la constitution, car c'est d'une garantie de ce genre qu'il s'agit dans la plupart des cas. A ce propos, Hans Kelsen constate ce qui suit: « On ne peut considérer un droit dit fondamental ou une liberté comme un droit subjectif de l'individu que dans le cas où ce dernier a le pouvoir de faire annuler, pour lui-même ou de façon générale, une loi qui viole l'égalité et la liberté garanties par la constitution ». ¹¹ Appliquée au droit de se rendre à l'étranger, cette remarque a les conséquences suivantes: la garantie constitutionnelle de ce droit ne confère à l'individu un droit subjectif concret que dans un Etat dont le régime juridique ouvre à l'individu une procédure lui permettant d'agir contre une règle précise qui viole la liberté en cause, et d'obtenir, pour lui-même ou pour la collectivité, l'annulation de la loi sur laquelle est fondée la norme particulière mise en cause. Nous voyons clairement ici toute la faiblesse et toute la force de la garantie offerte par la constitution aux libertés fondamentales. J'entends par là que cette garantie dépendra nécessairement d'une hiérarchie des institutions juridiques qui soit conforme aux règles de l'Etat de droit, d'une juridiction indépendante et d'un ensemble efficace de voies de recours administratif ou judiciaire. Si ces conditions ne sont pas remplies, la garantie constitutionnelle du droit de se rendre à l'étranger, comme aussi de tout autre droit fondamental, n'a qu'une valeur purement déclaratoire.

Comme le montre l'aperçu historique, c'est à la fin du XVIII^{ème} siècle que le droit de se rendre à l'étranger commence à être mentionné dans les listes de droits fondamentaux, elles-mêmes incorporées aux diverses constitutions dès cette époque, et surtout dès la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle. A l'heure actuelle on ne trouve guère de constitutions qui n'énumèrent les droits de l'homme et du citoyen, mais, il y en a peu qui mentionnent expressément la liberté de quitter le territoire de l'Etat. Sur 99 textes de constitutions que nous avons vérifiés, 18 seulement garantissent cette liberté; il faut y ajouter celles de cinq jeunes Etats africains qui se réfèrent à la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies. Dans l'article constitutionnel qui proclame la liberté de quitter le pays, cette liberté se trouve le plus souvent assortie d'une clause qui réserve la législation en général ou énumère certaines exceptions. Peu d'Etats renoncent à une telle réserve et proclament sans restriction aucune la liberté de quitter le pays. C'est le cas, par exemple, de la constitution du Japon ¹² et de celle de l'Indonésie ¹³ datant de 1950.

¹¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienne, 1960, p. 145 ss.

¹² Constitution japonaise de 1946, art. 22, al. 2: «Chacun a la liberté inviolable d'émigrer et de renoncer à sa citoyenneté.»

¹³ Constitution de l'Indonésie de 1950, art. 9 al. 2: «Chacun a le droit de quitter le pays et, s'il est citoyen ou résidant d'y revenir.»

En revanche, l'art. 10 de la constitution de la République démocratique allemande,¹⁴ l'art. 16 de la constitution de l'Italie¹⁵ et l'art. 26 de la constitution de la République argentine de 1949¹⁶ garantissent la liberté de quitter le pays conformément aux dispositions de la loi.

Il est clair qu'une réserve de ce genre, rédigée en termes généraux, limite fortement la portée de la garantie constitutionnelle, quand elle ne la réduit pas à néant.¹⁷ Cela est contraire au principe qu'admettent sans discussion des Etats libéraux, à savoir qu'un droit constitutionnel ne peut pas être modifié dans son essence par des limitations résultant seulement de la loi.¹⁸ En pratique tout Etat – en particulier tout Etat à régime totalitaire – dont la constitution subordonne la liberté de quitter le pays aux dispositions de la loi peut réduire à néant cette liberté en adoptant des prescriptions sévères quant aux titres de voyage, à l'octroi de devises, etc. Dans l'Etat libéral aussi le législateur ou le pouvoir exécutif, se fondant sur des dispositions de la loi, risque de prendre des dispositions trop sévères par souci d'assurer la sécurité du pays ou pour d'autres motifs. En pareil cas il incombe au tribunal suprême de l'Etat de veiller que la garantie constitutionnelle du droit de quitter le pays ne soit pas vidée de son contenu par les dispositions d'une loi ou par la pratique de l'administration. Si on veut assurer scrupuleusement la liberté de circulation, et en général la sécurité du droit, il convient de recourir de préférence à une technique législative souvent appliquée, c'est-à-dire d'énumérer limitativement dans la réserve constitutionnelle les raisons pour lesquelles la loi peut restreindre la liberté de quitter le pays. On peut citer comme texte limitant ainsi de façon spécifique cette liberté la loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867 concernant les droits généraux des citoyens. En vertu de l'al. 3 de l'art. 4 de cette loi, la liberté d'émigrer n'est restreinte en droit public que par les obligations militaires. Au XIX^{ème} siècle les obligations militaires ont été fréquemment invoquées pour limiter le droit de quitter le pays, mais ce motif a perdu maintenant presque toute son importance. Ainsi, en Autriche, la loi de 1955 sur la défense nationale se borne à dire que, lorsque des considérations

¹⁴ Constitution de la République démocratique allemande de 1949, art. 10 al. 3: «Tout citoyen a le droit d'émigrer. Ce droit ne peut être restreint qu'en vertu d'une loi de la République».

¹⁵ Constitution de la République d'Italie de 1948, art. 16 al. 2: «Tout citoyen a le droit de quitter le territoire de la République et d'y revenir, à condition de respecter les lois en vigueur».

¹⁶ Constitution de l'Argentine de 1949, art. 26: «Tous les habitants du pays jouissent, conformément aux lois qui en règlent l'exercice, des libertés ci-après: ... entrer dans le territoire argentin, y rester, y voyager et le quitter ...»

¹⁷ H. Kelsen, *op. cit.* (note 11), p. 197, parle à ce propos d'un «semblant de garantie».

¹⁸ C'est ce que dit expressément la loi fondamentale de la République fédérale allemande de 1949, à l'al. 2 de son art. 19.

militaires l'exigent, une ordonnance peut prévoir que les membres des classes d'âge soumises au service militaire ne pourront quitter le pays sans y être autorisés par l'organe de recrutement compétent.¹⁹

Les dispositions constitutionnelles qui n'apportent que des exceptions bien définies au droit de quitter le pays ne peuvent à leur tour être limitées valablement que par d'autres dispositions constitutionnelles. Dans le cas de l'Autriche, cela a été reconnu clairement par le Tribunal constitutionnel, qui s'est exprimé en ces termes: « La liberté d'émigrer n'est limitée, abstraction faite des obligations militaires, que par l'effet de la loi du 27 octobre 1862 sur la protection de la liberté personnelle. L'art. 5 de cette loi (qui a été intégrée dans les textes constitutionnels par l'art. 8 de la loi fondamentale) dispose en effet que personne ne peut être contraint de séjourner dans une localité ou une région déterminée du pays si ce n'est en vertu d'une disposition du droit. C'est en vertu de ce raisonnement que le tribunal avait déjà conclu (voir Recueil, No. 1818) que si quelqu'un peut être contraint de séjourner dans une localité ou une région déterminée en vertu d'une disposition expresse du droit, il en résulte qu'il est empêché de quitter le territoire de l'Etat et qu'il ne peut pas invoquer l'al. 3 de l'art. 4 de la loi fondamentale ».²⁰

Dans l'exposé historique qui précède, nous avons dit que la liberté de quitter le pays était devenue au milieu du XIX^{ème} siècle un droit fondamental dans la plupart des pays d'Europe et dans de nombreux Etats d'outremer. Cette remarque optimiste semble être contredite par le fait relevé plus haut que ce droit n'est expressément proclamé que dans un petit nombre de constitutions. Un examen plus approfondi montre cependant que, dans tous les Etats libéraux et démocratiques, le droit de quitter le pays résulte, d'une manière ou d'une autre, de la constitution ou tout au moins de la loi. Bien souvent il se révèle que ce droit découle d'une autre liberté fondamentale, en particulier de la liberté de circuler à l'intérieur du pays ou de la liberté de la personne. Par une interprétation extensive, la doctrine et les tribunaux suprêmes de beaucoup de pays ont conclu que ces deux libertés englobent également le droit de quitter le pays et d'émigrer. Ce n'est qu'après une étude attentive des cas d'espèce qu'on peut dire pourquoi les auteurs des constitutions de ces pays n'ont pas proclamé expressément ce droit. La conception libérale du droit, qui a influencé profondément un grand nombre des constitutions postérieures à la Révolution française, a conduit souvent

¹⁹ Adamovitsch Spanner, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Vienne, 1957, p. 444 ss.

²⁰ Voir L. Werner et H. Klecatsky, *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Vienne, 1961, p. 360. Voir également un arrêt du Tribunal constitutionnel autrichien qui, le 1er octobre 1953, (G 8/53) a déclaré anticonstitutionnel l'al. 1, lit. b) de l'art. 7 de la loi de 1951 sur les passeports.

à la conclusion que le droit de sortir du pays est partie intégrante de la liberté de la personne et de la liberté de mouvement. Le droit de franchir la frontière était devenu naturel et général, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de le proclamer. En fin de compte, c'est parce que les dictateurs du XX^{ème} siècle ont dénié aux habitants de leurs pays le droit de libre circulation pris dans son acception la plus large que l'importance, et même la nécessité de donner à ce droit une expression claire, sont apparues avec une force nouvelle. Il n'est donc pas étonnant que le droit de se rendre à l'étranger fasse l'objet d'une mention particulière dans l'énumération des droits fondamentaux des constitutions récentes; cela est dû souvent à l'influence heureuse de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies. A vrai dire, dans certains Etats démocratiques et libéraux, les constitutions adoptées il y a peu d'années ne mentionnent pas expressément le droit de quitter le pays, mais cela ne signifie pas que l'importance particulière de ce droit fondamental, objet, dans un passé récent et aujourd'hui encore, de violations si graves, ait pu échapper aux auteurs de ces constitutions; ceux-ci auront plutôt estimé que la liberté de quitter le pays était suffisamment garantie par l'un ou l'autre des articles relatifs aux droits fondamentaux et que, pour telle ou telle raison relevant en général de la politique intérieure, il n'était pas opportun de la mentionner expressément. On peut regretter l'absence d'une disposition claire venant donner de la force à un tel droit de l'homme, mais ce silence ne donne pas réellement prise à la critique tant qu'il est permis de conclure qu'une interprétation extensive d'un droit fondamental connexe garantit suffisamment le droit de quitter le pays.

La constitution de la République fédérale allemande, dite « loi fondamentale » de 1949, nous donne un bon exemple de cette double solution. Le législateur s'est abstenu de mentionner expressément le droit de quitter le pays, mais ce droit découle, par interprétation, d'une autre liberté fondamentale. La constitution ne contient pas de disposition relative au droit d'émigrer et de sortir du pays; elle garantit simplement à tous les Allemands le droit de circuler librement sur l'ensemble du territoire fédéral.²¹ Lors des délibérations qui menèrent à l'adoption de la loi fondamentale dite de Bonn, la question de la liberté d'émigrer fut longuement débattue.²²

²¹ Loi fondamentale de Bonn, art. 11: «1) Tous les Allemands jouissent de la liberté de mouvement sur tout le territoire fédéral. 2) Ce droit ne peut être restreint que par la loi et exclusivement dans les cas où des possibilités d'existence suffisantes ne sont pas assurées, si bien que la collectivité encourrait des charges particulières, ainsi que dans les cas où cela est nécessaire pour éviter la délinquance juvénile, pour combattre les risques d'épidémies et prévenir des actes punissables.»

²² *Kurzprotokoll der 5. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen des parlamentarischen Rates*, 29 sept. 1948.

Cependant, un projet d'art. 6, qui aurait accordé cette liberté, fut abandonné.²³ Cette décision fut inspirée par les considérations suivantes: d'une part on considéra comme dangereux pour la conservation de l'Etat de mentionner expressément la liberté d'émigrer au vu de la situation sociale dans l'Allemagne d'aujourd'hui, car les classes d'âge qui ont tendance à émigrer ont été décimées; d'autre part il a paru peu habile d'inciter à partir ceux qui auraient tendance à quitter la communauté allemande.²⁴ Ulrich Scheuner²⁵ suit la même argumentation lorsqu'il dit: « La liberté d'émigrer n'a pas été inscrite dans cette brève liste (de droits fondamentaux) parce qu'on craignait que sa mention expresse n'eût des conséquences indésirables à un moment où se manifestait une forte tendance à l'émigration. On a estimé qu'il suffisait de nommer l'émigration parmi les objets relevant de la compétence législative exclusive de l'Etat fédéral, au chiffre 3 de l'art. 73 de la loi fondamentale, et on est parti de l'idée que cette liberté continuerait à être sanctionnée par la loi. »

Cependant, les commentateurs de la loi fondamentale ne se sont pas contentés de la simple mention de l'émigration dans les compétences fédérales, et ils ont cherché à interpréter dans le sens d'une garantie constitutionnelle la disposition établissant la liberté de mouvement sur le territoire fédéral. Selon Günter Dürig,²⁶ il y a toute une série de raisons qui justifient cette interprétation extensive de l'art. 11 de la loi fondamentale. Jusqu'à présent, dans la législation allemande, on considérait le plus souvent la liberté d'émigrer comme un cas particulier. La constitution de Weimar lui consacrait tout l'art. 112; dans les constitutions des *Länder* allemands, elle apparaît dans un paragraphe distinct de l'article qui octroie la liberté de mouvement à l'intérieur du Land – par exemple en Bavière à l'al. 2 de l'art 109 – à moins qu'elle ne soit réglée comme un cas particulier – par exemple dans l'art. 18 de la constitution de Brême. De même, le chiffre 3 de l'art. 73 de la loi fondamentale fédérale la distingue de la liberté de mouvement. Dürig, à la différence d'autres auteurs (par exemple Wernicke, dans son *Bonner Kommentar*) ne considère pas ce système comme un obstacle à une interprétation extensive; il dit encore que, puisque la loi fondamentale ne définit pas la liberté de mouvement, cette notion peut être dégagée simplement du vocabulaire législatif traditionnel, et qu'il suffit de prendre en considération le sens philosophique du mot,

²³ Voici la décision prise à ce sujet par le Conseil parlementaire: « La commission a) conclut que le droit d'émigrer doit trouver son fondement dans la constitution mais que, vu les circonstances présentes, il n'est pas judicieux de donner à ce droit la résonance d'un droit fondamental et b) décide à une très forte majorité de supprimer l'art. 6. »

²⁴ Hermann von Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin 1950 p. 40 ss.

²⁵ U. Scheuner, *op. cit.* (note 2), p. 60 ss.

²⁶ Voir plus haut note 6.

qui coïncide avec sa signification sociale et historique, pour faire apparaître sa portée juridique.

« La liberté de circuler, c'est aussi bien la liberté de partir que d'arriver. Cette unité, résultant de la vie même, a été divisée en deux notions aux fins de la loi; on a inscrit l'entrée dans le territoire (immigration) sous le titre du mouvement à l'intérieur du territoire (liberté de mouvement au sens étroit) et on en a isolé la sortie du territoire (émigration). Si une constitution ne réglemente pas la sortie du territoire et en même temps ne dit pas expressément qu'elle veut exclure la liberté d'émigrer, cette partie du phénomène reprend *ipso jure* sa place dans la notion générale du libre mouvement, aussi bien à l'intérieur d'un territoire qu'entre territoires; on ne l'en avait distinguée, en effet, que pour des raisons techniques. Or le chiffre 3 de l'art. 73 de la constitution suffit à montrer que la loi fondamentale n'entendait pas exclure la liberté d'émigrer. En conséquence, la liberté de mouvement est protégée comme un tout par le droit de libre circulation inscrit dans la constitution. On conclut ainsi avec H. von Mangoldt, ou Scheuner et E. Giese, que l'art. 11 englobe aussi la liberté d'émigrer ».²⁷

Si convaincante que soit cette argumentation, le Tribunal constitutionnel fédéral ne s'y est pas rallié.²⁸ Bien que certains partisans de cette thèse aient mis en garde ceux qui veulent faire découler la liberté d'émigrer de l'art. 2 de la constitution fédérale qui traite de la liberté personnelle, parce que à force d'invoquer cet article on finirait par le vider de son contenu, ce Tribunal a dit catégoriquement que l'art. 11 ne concerne pas la liberté de quitter le pays, mais que celle-ci est garantie, dans les limites du régime constitutionnel, par l'al. 1 de l'art. 2 relatif à la liberté générale d'action. Dans les motifs de sa décision, la première chambre du Tribunal déclare que l'al. 1 de l'art. 11 de la loi fondamentale garantit la liberté de mouvement « sur tout le territoire fédéral ». Il résulte de ces termes même que l'intention n'était pas de garantir la liberté de quitter le territoire fédéral. Les débats qui ont conduit à l'adoption de cette disposition ne justifient pas davantage l'opinion contraire; le Conseil parlementaire s'est demandé s'il y avait lieu d'inclure la liberté d'émigrer dans la liste des droits fondamentaux, et il a répondu par la négative; le droit de quitter le pays n'a fait l'objet d'aucun débat. Le Tribunal relève encore que l'al. 2 de l'art. 11 de la loi fondamentale ne mentionne pas la protection de la sécurité de l'Etat parmi les raisons qui justifient la restriction par la loi de la liberté de mouvement. Or depuis longtemps le droit de sortir du territoire

²⁷ Günther Dürig, *op. cit.* (note 6), p. 507 ss.

²⁸ Arrêt de la première Chambre du Tribunal constitutionnel fédéral du 16 janvier 1957 - 1 BvR 253/56 - dans: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes*, vol. 6, Tübingen, 1957.

est limité, en Allemagne et dans beaucoup d'autres pays, par le simple refus de délivrer des passeports pour des raisons de sécurité, et on ne peut admettre que les auteurs de la Constitution, s'ils avaient voulu garantir par l'art. 11 la liberté de quitter le pays en en faisant un droit fondamental, aient pu omettre de mentionner la sécurité de l'Etat comme motif légitimant la restriction de cette liberté. Le Tribunal a poursuivi en ces termes: « Si donc la liberté de se rendre à l'étranger n'est pas englobée dans la liberté de circuler à l'intérieur du territoire allemand que proclame l'al. 1 de l'art. 11, en revanche elle est garantie en tant que corollaire de la liberté générale d'action mentionnée à l'al. 1 de l'art. 2, dans les limites de l'ordre constitutionnel bien entendu. »

En Suisse, la Constitution fédérale, qui remonte à 1874, ne contient, elle non plus, aucune garantie formelle du droit de se rendre à l'étranger, mais on s'accorde, en doctrine et en jurisprudence, à dire que ce droit fondamental découle de la disposition constitutionnelle relative au droit d'établissement. En effet, l'article 45 accorde à tout citoyen suisse « le droit de s'établir sur un point quelconque du territoire suisse, moyennant la production d'un acte d'origine ou d'une autre pièce analogue ». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, ce droit d'établissement comprend le droit d'émigrer. « Le droit d'établissement garanti par l'art. 45 de la Constitution fédérale comporte, pour le canton d'origine et les cantons dans lesquels l'intéressé s'est établi antérieurement, l'obligation de ne pas rendre difficile ou impossible un changement d'établissement en ne fournissant pas à un citoyen suisse les pièces d'identité dont il a besoin pour ce transfert. Il n'importe pas que le requérant demande que de tels documents soient établis ou fournis pour lui permettre de s'établir dans une autre localité de la Suisse ou de séjourner à l'étranger; pour autant qu'il incombe à la Suisse de faire en sorte que ses citoyens puissent se déplacer librement, cette liberté de mouvement doit être tenue pour garantie par la Constitution même dans ce sens élargi ». ³¹ Les commentateurs de la Constitution fédérale suisse partagent cette opinion. Ainsi, Giacometti dit ce qui suit dans son *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. ³²

²⁹ L'al. 1 de l'art. 2 est rédigé comme suit: « Chacun a le droit de développer librement sa personnalité pour autant qu'il ne lèse pas les droits d'autrui et ne contrevient pas au régime établi par la Constitution ou à la moralité publique. »

³⁰ Voir plus haut note 21.

³¹ Citation tirée du *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* (ATF), vol. 53 (1927), partie I, p. 434; voir également d'autres arrêts en la matière dans ATF 36 I 221, cons. 4, et ATF 51 I 392, cons. 2.

³² Giacometti - Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949, p. 251 ss; de même W. Burckhardt, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 1931, p. 391 ss. et E. Ruegg, *Niederlassungsfreiheit und Beschränkung der Freizügigkeit*, Zürich, 1948, p. 60.

« Si la liberté d'établissement donne à tout citoyen suisse le droit de séjourner temporairement ou de s'établir durablement dans tout canton ou dans toute commune, il en découle nécessairement que chaque citoyen est autorisé à changer de lieu d'établissement et donc également à émigrer à l'étranger. A vrai dire, la liberté d'émigrer, tout comme la liberté pour chaque citoyen de s'établir dans son canton d'origine, ne doit pas être interprétée comme une conséquence de la structure fédérale de l'Etat, mais comme une conséquence de l'individualisme libéral. »³³

Les Etats-Unis nous offrent un autre exemple d'une interprétation extensive par l'effet de laquelle la liberté de la personne est considérée comme englobant la liberté de circuler dans le pays et le droit de sortir du pays. Pour mieux comprendre les décisions judiciaires dont il va être question, il est utile de tracer tout d'abord un bref historique. Dans la Constitution des Etats-Unis de 1788, et dans les amendements qui y ont été apportés de 1791 à 1865 et en 1870 en vue de codifier les droits de l'homme et du citoyen, le droit d'émigrer et de sortir librement du pays n'a pas été mentionné expressément. Jusqu'à la première guerre mondiale et sous réserve de restrictions en temps de guerre, les citoyens des Etats-Unis pouvaient voyager librement sans passeport dans le monde entier. Un passeport pouvait être délivré sur demande, mais ce document n'était pas nécessaire pour sortir du pays. Les tensions politiques s'aggravant, de nombreux pays ont exigé que les citoyens des Etats-Unis présentent un passeport pour pénétrer sur leur territoire, et le gouvernement des Etats-Unis a décidé également que pendant la durée d'un état d'urgence (*State of emergency*), aucun ressortissant ne pourrait se rendre à l'étranger sans passeport. L'état d'urgence a été proclamé en 1941, et il dure encore. En 1952 la loi sur l'immigration et la nationalité a qualifié de délit le fait de se rendre à l'étranger sans passeport. Longtemps auparavant, en 1926, le Congrès avait décidé que le ministère des Affaires étrangères (c'est-à-dire le Département d'Etat) se conformerait aux prescriptions du président en matière de délivrance de passeports. Ces prescriptions donnent pouvoir au secrétaire d'Etat de délivrer, de refuser, ou d'annuler les passeports selon sa libre appréciation. Cette théorie selon laquelle l'exécutif peut apprécier librement les circonstances dans un tel domaine découle certainement d'une autre théorie, selon laquelle l'autorité du gouvernement n'est soumise à aucune restriction pour ce qui est des affaires étrangères. Quoiqu'il en soit, le département d'Etat a volontiers accueilli l'idée qu'il est entièrement libre en matière de passeports, qu'il n'a pas besoin de suivre une

³³ De même, l'art. 7 de la constitution de la Belgique, relatif à la liberté de la personne, est considéré, par une interprétation extensive, comme garantissant également le droit de quitter le pays; voir à ce sujet Pierre Vigny, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, 1952, p. 309 ss.

procédure d'enquête et qu'il n'est nullement obligé d'expliquer pourquoi il refuse ou annule un passeport dans un cas d'espèce. La loi sur la sécurité intérieure (*Internal Security Act*) de 1950 a interdit la délivrance de passeports à des membres d'organisations communistes. En 1952 le Département d'Etat est allé encore plus loin en promulguant des dispositions visant à renforcer la loi sur la sécurité intérieure, et il commença à refuser des passeports à des personnes « suspectes de favoriser la cause communiste ». Cette pratique passablement arbitraire a provoqué une tempête de protestations, qui se sont encore accentuées lorsque en février 1952 M. Pauling, chimiste de renommée mondiale et titulaire du prix Nobel, se vit refuser un passeport.

Afin de tenir compte des critiques toujours plus vives dont ses errements faisaient l'objet, le Département d'Etat institua un recours devant une autorité compétente pour réexaminer les décisions prises en matière de délivrance de passeports. Cette autorité a été chargée d'établir ses propres règles de procédure, elle a reçu en particulier le droit de procéder à des auditions et d'autoriser les requérants à se faire assister par un conseil juridique. Toutefois cette voie de recours restait fermée aux personnes qui n'étaient pas disposées à déclarer sous serment qu'elles n'étaient ni n'avaient jamais été membres du parti communiste.³⁴ Par la suite les tribunaux des Etats-Unis³⁵ ont jugé en diverses affaires qu'un passeport avait été refusé à tort et ont ordonné la délivrance du passeport au plaignant. C'est ainsi que la cour d'appel du district de Columbia a repoussé à plusieurs reprises la thèse du gouvernement selon laquelle celui-ci aurait le droit absolu et incontrôlable de refuser un passeport. Le juge Faly a déclaré que le droit de voyager était un « droit naturel » et que toute restriction imposée par le gouvernement devait être conforme aux termes du cinquième amendement à la Constitution.³⁶

La Cour suprême des Etats-Unis a exprimé la même opinion en 1958 dans l'affaire *Kent et consorts contre Dulles*.³⁷ Dans ce cas également des passeports, et par conséquent la possibilité de sortir du pays, avaient été refusés à des citoyens des Etats-Unis parce que l'autorité les soupçonnait d'appartenir au parti communiste ou au moins d'avoir avec lui des contacts très étroits. La Cour suprême

³⁴ Robert E. Cusman, *Civil Liberties in the United States*, Cornell University Press, Ithaca N.Y. 1956, p. 113 ss.

³⁵ *Bauer v. Acheson*, 106 Fed. Supp. 443, 1952; *Nathan v. Dulles*, 129, Fed. Supp. 951, 1955; *Schachtmann v. Dulles*, 225 Fed. 2 d, 938, 1955.

³⁶ Louis L. Jaffe, *The Right to Travel: the passport problem*, dans *Foreign Affairs*, vol. 35, no. 1-4, 1956/1957. Le cinquième amendement à la Constitution des Etats-Unis (1789) dit que personne ne sera « privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens si ce n'est selon la procédure judiciaire appropriée ».

³⁷ *Kent et al. v. Dulles* dans *United States Reports*, vol. 357, Cases adjudged in the Supreme Court at October Term 1957.

a formulé sa décision dans les termes suivants: « Le secrétaire d'Etat, en vertu des dispositions de la loi du 3 juillet 1926 et de la loi de 1952 sur l'immigration et la nationalité, n'était pas autorisé à refuser des passeports pour les raisons invoquées ». Dans ses considérants, la Cour suprême a relevé que le droit de sortir du pays fait partie intégrante de la liberté personnelle dont un citoyen, selon le cinquième amendement à la Constitution, ne peut pas être dépouillé sans une procédure judiciaire appropriée.³⁸

Dans ces jugements l'idée est exprimée clairement que le droit de se rendre à l'étranger est un élément de la liberté de la personne garantie par la Constitution, mais on y trouve également un argument supplémentaire et indépendant en faveur de l'existence d'un droit naturel à voyager, à savoir que la liberté de sortir du pays est, comme en Angleterre, un droit consacré par la coutume.³⁹

Dans le système juridique anglais la plupart des libertés fondamentales sont garanties, non parce que le droit positif les mentionne, mais parce que l'on ne peut limiter les libertés individuelles qu'en se fondant sur la *Common Law* ou sur une loi écrite. En fait ces libertés fondamentales sont définies négativement par la portée spécifique et bien délimitée des restrictions dont elles peuvent faire l'objet. Le droit de circuler librement dans le pays et d'en sortir sans obstacle est une liberté fondamentale de ce genre. Comme nous l'avons rappelé plus haut dans notre aperçu historique, la Grande Charte de 1215 garantissait déjà aux citoyens anglais le droit de se rendre à l'étranger. Cette disposition ne fut pas reprise dans la Grande Charte d'Henri III, mais on s'accorde à soutenir qu'une telle omission n'a pas provoqué l'extinction du droit en question puisque la Grande Charte originale n'a fait que codifier des droits déjà existants. L'ordonnance royale *Ne exeat regno* et les lois de l'époque d'Elisabeth, de Jacques Ier et d'autres souverains absolutistes sont venues restreindre ce droit, mais ces dispositions ont été abrogées plus tard et la faculté de sortir librement du pays, qui relevait du droit coutumier, a repris toute sa force et a été reconnue sans limitation aux citoyens anglais.

Nous avons déjà dit que les constitutions récentes contiennent plus fréquemment que les textes fondamentaux antérieurs une mention expresse du droit de sortir du pays. Cette remarque doit faire l'objet de certaines réserves. Nous avons mentionné plus haut l'une des limitations apportées à ce droit lorsque l'Etat estime que la liberté de sortir du territoire est suffisamment garantie par une autre disposition constitutionnelle, de sorte qu'il est inopportun ou superflu d'en faire l'objet d'une norme expresse. Mais selon une autre

³⁸ Voir également: *Bulletin de la Commission internationale de juristes*, no. 8, La Haye, 1958 p. 18 ss.

³⁹ Voir Jaffe, *op. cit.* (note 36).

tendance beaucoup plus critiquable beaucoup d'Etats communistes, lorsqu'ils refondent leur constitution, transforment dans le sens de l'idéologie socialiste la liste des droits fondamentaux. La conséquence en a été que quelques-uns des Etats communistes d'Europe orientale n'ont plus mentionné dans leurs constitutions ultérieures le droit fondamental d'émigrer qui figurait dans les textes adoptés après 1945. Ainsi la constitution de la République populaire mongole de 1945, modifiée en 1952, citait parmi les droits du citoyen la liberté de circulation et le libre choix du domicile; cette disposition ne figure plus dans la constitution nouvelle du 6 juillet 1960. Dans la République démocratique du Viet-Nam, l'art. 10 de la constitution de 1946 disposait ce qui suit: « Les citoyens du Viet-Nam jouissent de la liberté de parole, de la liberté de presse, de la liberté de réunion, de la liberté de religion, du droit de libre établissement, de la liberté de circulation dans tout le pays et du droit de se rendre à l'étranger ». Cette dernière mention a été omise de la constitution qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1960; l'al. 2 de l'art. 28 de ce nouveau texte est rédigé comme suit: « Les citoyens de la République démocratique du Viet-Nam jouissent du droit de libre établissement et de libre circulation ».⁴⁰ De même la constitution de la République tchécoslovaque du 9 mai 1948 comportait une clause proclamant en principe la liberté d'émigrer. Ce n'est plus le cas de la constitution du 11 juillet 1960 de la République tchécoslovaque, qualifiée maintenant de « socialiste ».⁴¹ Ces exemples dénotent clairement une tendance hostile au droit de quitter le pays. Nous ne rechercherons pas dans le présent article si cette évolution a eu également des effets pratiques, ou s'il s'agissait tout simplement de supprimer des dispositions qui de toute manière n'étaient pas respectées. On peut dire en termes généraux que, en dépit de la tendance que nous venons de dégager, il existe un nombre étonnant d'Etats totalitaires qui inscrivent dans leurs constitutions le droit de se rendre à l'étranger.⁴² Peut-être ces dispositions sont-elles dépourvues de portée pratique pour le peuple asservi par une dictature de gauche ou de droite, mais il est très important aux yeux d'un observateur, objectif de constater que même un Etat policier estime souhaitable de faire au moins semblant d'accorder ce droit. C'est peut-être l'indice que, dans la pensée humaine, la liberté de mouvement est devenue l'un des critères d'une démocratie libérale.

⁴⁰ Le texte de cette constitution est reproduit dans *Osteuroparecht*, Deutsche Gesellschaft für Osteuropakunde, Stuttgart, 1960, vol. 2/3.

⁴¹ L'al. 2 de l'art. 7 de la constitution de 1948 disait que « le droit d'émigrer ne peut être restreint que par une loi ». L'art. 31 de la constitution de 1960 déclare: « Sont garanties l'inviolabilité de la correspondance et le secret postal ainsi que la libre circulation. » Le texte de cette constitution est reproduit dans le *Jahrbuch für Ostrecht*, Institut für Ostrecht, Munich, 1960, vol. 1.

⁴² C'est le cas notamment de Cuba, de la République dominicaine du temps de Trujillo, de la République démocratique allemande etc.

Un droit fondamental peut être réglementé par des textes autres que constitutionnels, à savoir par de simples lois. Ainsi la constitution de l'U.R.S.S. de 1936 ne contient aucune disposition relative à la liberté de circulation, mais l'art. 5 du code civil de 1922 de la République soviétique socialiste fédérative de Russie (RSSFR) déclare que les citoyens soviétiques ont le droit de se déplacer librement et de choisir librement leur résidence sur le territoire de la République.⁴³ Nous ne savons pas si ce droit de libre circulation à l'intérieur du pays qui, nous le verrons plus loin, n'est pas du tout assuré en pratique, est interprété dans un sens extensif. C'est, peu vraisemblable car la loi d'introduction du code civil de 1922 dispose en son point 5 qu'une interprétation extensive de ses dispositions n'est admise que lorsque les intérêts de l'Etat des ouvriers et paysans ou des masses laborieuses l'exigent.⁴⁴

Nous bornerons ici cette brève revue des variantes de la réglementation juridique du droit de se rendre à l'étranger qui, avec de nombreuses nuances, peut prendre la forme d'une garantie constitutionnelle expresse découler de l'interprétation d'autres dispositions constitutionnelles, de la simple législation, ou de la coutume.

Contrôle et limitation du droit de se rendre à l'étranger

Pour l'individu qui veut quitter un pays donné ce qui importe avant tout, ce ne sont pas les garanties écrites ou non écrites de son droit, c'est de savoir s'il est réellement autorisé ou non à s'en aller. La question du franchissement de la frontière est l'objet dans chaque Etat d'une foule de dispositions législatives et administratives, et il existe souvent un grand nombre d'autres normes juridiques qui peuvent exercer une influence indirecte mais néanmoins déterminante sur la liberté de sortir du territoire. La réalité du droit de quitter le pays dépendra donc dans chaque cas de plusieurs facteurs. Comme nous l'avons montré dans la section précédente, la liberté de se rendre à l'étranger peut faire l'objet de restrictions justifiées. Celles-ci doivent être proclamées par la législation, et l'application des normes adoptées nécessite l'intervention de l'administration. C'est dire que la liberté de quitter un pays donné risque d'être compromise dans une mesure qui n'est pas négligable par la multiplicité des normes applicables (qui, au surplus, font souvent état de nombreuses notions juridiques mal définies), et par la liberté d'appréciation des organes du pouvoir exécutif.

⁴³ Reinhard Maurach, *Handbuch der Sowjetverfassung*, Munich, 1955, p. 328 ss. Il n'a pas été possible de tenir compte dans le présent article de la nouvelle version du code civil du 8 décembre 1961.

⁴⁴ Wladimir Gsovski, *Soviet Civil Law*, University of Michigan Law School, 1949, p. 19 ss.

Tel est particulièrement le cas pour la délivrance des documents de voyage nécessaires pour sortir du pays. L'institution des documents de voyage s'est répandue parce qu'il est particulièrement important qu'un Etat puisse surveiller le franchissement de sa frontière pour des raisons touchant à la sécurité et au bien public. C'est ainsi que la plupart des Etats exigent que les citoyens et les étrangers qui veulent quitter le territoire présentent un passeport ou une pièce d'identité de valeur analogue. Dans certains pays le voyageur a besoin au surplus d'une autorisation spéciale, qui prend la forme d'un visa de sortie, d'un permis d'émigrer délivré par la police, etc. Les lois réglementant l'usage des passeports fournissent à l'Etat l'un des moyens les plus efficaces pour surveiller, restreindre ou même arrêter complètement les sorties du pays. Ces lois imposent toute une série de conditions positives et négatives aux personnes qui sollicitent un passeport, et elles laissent le plus souvent un large pouvoir d'appréciation à l'autorité compétente. Il importe donc tout particulièrement que le requérant puisse recourir contre un refus et que, si un droit constitutionnel a été violé, il ait la possibilité de s'adresser à un tribunal indépendant après avoir épuisé tous les recours administratifs. Cette protection exigée par les principes de l'Etat de droit doit encore être complétée en faisant une obligation expresse à l'autorité administrative compétente pour accorder le passeport et autoriser la sortie de se prononcer dans un délai déterminé, et en cas de refus de faire connaître ses motifs au requérant.

On trouve à ce sujet des indications d'un grand intérêt dans le rapport d'activité rédigé par José D. Ingles à l'intention de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, qui est un organe de la Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social des Nations Unies.⁴⁵ Ce rapport traite des mesures discriminatoires portant atteinte au droit qu'a toute personne de quitter tout pays, y compris le sien, et d'y revenir. Fondé sur les informations fournies par seize gouvernements et plusieurs organisations internationales non gouvernementales, il traite en particulier du problème des titres de voyage. De même, au cours des débats que la sous-commission a consacrés à ce rapport, on n'a cessé d'insister sur les risques que fait courir à ce droit un pouvoir exécutif trop puissant, et on a souligné la nécessité d'assurer les garanties dont il vient d'être question (voies de recours, obligation pour les autorités de prendre

⁴⁵ Nations Unies, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Etude des mesures discriminatoires dans le domaine du droit qu'a toute personne de quitter tout pays, y compris le sien et de revenir dans son pays, rapport d'activité présenté par M. José D. Ingles document E/CN.4/Sub.2/L. 215, 3 novembre 1960.

une décision, etc.).⁴⁶ Il existe dans chaque pays, à côté de la législation relative aux passeports, une quantité d'autres prescriptions qui limitent le droit de quitter le territoire: ce sont les règles relatives à la protection des émigrants, à l'hygiène et à la santé publiques, aux devises étrangères, aux douanes etc. Tant que ces diverses prescriptions ne provoquent aucune discrimination dans leurs termes ou dans la façon dont elles sont appliquées et n'annulent pas le droit de quitter le pays, et tant qu'elles sont conformes à l'intérêt public, on regrettera peut-être les restrictions qu'elles apportent à la pleine liberté de sortir du territoire, mais on ne pourra y voir des cas de violation du droit fondamental dont il est question ici. Cependant ces moyens de contrôle n'ont très souvent pour objet que de permettre des mesures discriminatoires inspirées par des motifs politiques. C'est ce que signale aussi dans les termes suivants une publication du Bureau international du Travail:⁴⁷ « Si, dans la plupart des pays, des restrictions législatives à l'émigration ne sont pas telles qu'elles aient pour effet d'entraver celle-ci, les administrations disposent, lorsqu'elles ont des raisons de ne pas souhaiter l'émigration de telle ou telle catégorie de personnes, ou l'émigration vers un pays déterminé, de moyens plus ou moins efficaces de s'y opposer . . . Si ce procédé administratif est utilisé sur une très large échelle, il peut aboutir, même si les législations n'en disposent pas ainsi, à une prohibition de fait de toute émigration.⁴⁸ C'est la situation qui se trouve réalisée, à très peu près, dans les pays d'Europe orientale et en Union soviétique. »

Atteintes au droit fondamental de se rendre à l'étranger

Lorsqu'on tente de définir les atteintes portées au droit de se rendre à l'étranger, il faut se souvenir qu'il s'agit là d'une liberté fondamentale qui, en raison de sa portée, est nécessairement soumise à des restrictions imposées par l'Etat pour protéger soit les personnes qui se réclament de cette liberté, soit les intérêts de la collectivité nationale.⁴⁹ Il est donc nécessaire, pour définir ces atteintes, de se fonder sur les restrictions justifiées qui sont apportées à ce droit. Ces restrictions ont été définies par la Déclaration universelle des droits de l'homme en des termes applicables à toutes les libertés mentionnées dans cette déclaration. L'al. 2 de l'art. 29 dispose ce qui

⁴⁶ *Id.*, sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 13^{ème} session, séances 311 à 314, document: E/CN.4/Sub.2/SR. 311, 312, 313 et 314.

⁴⁷ Bureau international du Travail, *Les migrations internationales (1945/57)*, Genève, 1959, p. 233 ss.

⁴⁸ Ce qui vient d'être dit de l'émigration vaut, peut-être avec certaines atténuations, pour toute sortie du pays (*remarque de l'auteur*).

⁴⁹ Voir ci-dessus.

suit: « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ». Il existe de nombreux exemples de constitutions modernes qui limitent de façon plus étroite et en même temps plus concrète les réserves admissibles, en prévoyant que les droits fondamentaux ne peuvent de façon générale être limités que par la loi, et exclusivement en vue d'assurer la sécurité, l'ordre, la moralité et la santé publics, ou de protéger les droits et libertés d'autrui. Une atteinte sera donc portée au droit de se rendre à l'étranger chaque fois qu'une interdiction de sortie ne sera pas fondée sur une restriction justifiée.

De telles atteintes peuvent avoir des caractères très divers: cela résulte déjà de la définition ci-dessus. On devra considérer comme violent ce droit toutes les normes législatives qui restreignent sans justification la liberté de sortie. A cela s'ajoutent tous les actes de législation, de jurisprudence ou d'administration, qui exercent des effets discriminatoires sur cette liberté.⁵⁰ En fait, la violation la plus fréquente de ce droit prend la forme de mesures discriminatoires frappant des individus ou des catégories de personnes en raison de leurs opinions politiques. Actuellement il est beaucoup plus rare que des mesures discriminatoires appliquées à la sortie d'un territoire soient fondées sur d'autres considérations, bien que de telles mesures aient été prises et le soient encore pour des motifs de race ou de religion. Les atteintes au droit de se rendre à l'étranger énumérées ci-après n'épuisent aucunement le sujet. Elles doivent servir à illustrer les remarques générales et théoriques formulées dans le présent article, ainsi qu'à démontrer qu'à notre époque le droit de se rendre à l'étranger est souvent violé et appelle donc une protection toute particulière.

La constitution de l'U.R.S.S., qui date de 1936, ne contient aucune disposition concernant la liberté de mouvement à l'intérieur de l'Union ou le droit d'émigrer ou de sortir du pays.⁵¹ Si la consti-

⁵⁰ C'est-à-dire de la discrimination au sens de l'art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale et sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.»

⁵¹ Voir ci-dessus.

tution soviétique garde le silence au sujet de la liberté de changer de domicile à l'intérieur du territoire national, qui est un droit fondamental d'une grande portée, c'est probablement, parmi d'autres raisons, parce que ce droit a été limité en fait, de façon draconienne, par l'introduction du système des passeports intérieurs (lois de 1932 et de 1940). En U.R.S.S. seuls les titulaires de passeports ont la liberté de se déplacer dans le pays, à l'exclusion d'ailleurs des zones interdites et des régions frontalières, tandis que les personnes dépourvues de passeport (et il s'agit surtout de la population rurale) ne peuvent transférer leur domicile dans une agglomération urbaine et surtout dans une grande ville qu'avec l'approbation de l'administration.⁵² Pour déterminer ce qu'il en est en U.R.S.S. du droit de quitter le pays théoriquement et en fait, il faut bien comprendre que ce droit n'est garanti par aucune disposition constitutionnelle ni législative. Le franchissement de la frontière de l'Union soviétique a été soumis à une réglementation en date du 5 juin 1925 (voir *Sobranie Zakonog i Rasporiajenii* – Recueil des lois de l'U.R.S.S. – 1925, no. 37, article 277) adoptée par le Conseil des commissaires du peuple et confirmée par le Comité exécutif central. Un habitant de l'U.R.S.S. ne peut sortir du pays que lorsqu'il a reçu un passeport, lequel n'est établi que pour une période déterminée, le plus souvent une année au maximum. Il existe des passeports diplomatiques, des passeports de service et des passeports ordinaires.⁵³ Ce sont les organes de la milice ou le ministère de l'Intérieur qui délivrent les passeports. Compte tenu de la pratique actuellement suivie dans l'Union soviétique, il est permis de dire qu'un citoyen soviétique ne reçoit un passeport pour l'étranger que lorsqu'il est en mission officielle, ce terme couvrant la participation à des conférences d'organisations privées ou à des congrès scientifiques. La permission de sortir du pays à des fins purement privées n'est accordée que dans des cas extrêmement rares et le plus souvent à des fonctionnaires sûrs du parti, à l'exclusion de toute autre personne. Ces dernières années la pratique est devenue un peu plus libérale, et il a été possible notamment à des citoyens soviétiques de se rendre à l'étranger pour des voyages touristiques organisés. Quant à l'émigration, elle ne fait l'objet d'aucune disposition de loi.⁵⁴ L'autorisation d'émigrer est accordée à titre tout-à-fait exceptionnel par le praesidium du Soviet suprême l'U.R.S.S., qui peut également autoriser un requérant à renoncer à la nationalité soviétique.

⁵² Voir R. Maurach, *op. cit.* (note 43) p. 328 ss; on trouvera aussi une description précise des limitations apportées à la liberté de circuler dans le pays et du système des passeports en Union soviétique dans H. McClosky et J. Turner, *The Soviet Dictatorship*, New York, 1960, p. 468 ss.

⁵³ Wlasow/Studenikin *Sovetskoe Administrativnoe Pravo* (Droit administratif soviétique), Moscou 1959, p. 274 ss.

⁵⁴ *Ibid.*

Quiconque se rend à l'étranger sans être titulaire d'un passeport valable est passible de poursuites, en vertu de l'art. 83 du code pénal de la République socialiste soviétique fédérative de Russie (R.S.S.F.R.)⁵⁵ en date du 1^{er} janvier 1961: « La sortie du pays à destination de l'étranger, l'entrée en U.R.S.S. ou le passage de la frontière sans passeport régulier ou autorisation de l'autorité compétente, sont punis d'une peine privative de liberté d'une durée de un à trois ans ».⁵⁶ Tels sont également les termes de l'art. 20 de la « loi concernant la responsabilité pénale pour crimes d'Etat »,⁵⁷ valable pour tout le territoire de l'Union soviétique.⁵⁸ L'art. 84 du code pénal de la R.S.S.F.R. de 1927 visait le même délit, mais il prévoyait un régime plus sévère de privation de liberté, à savoir l'envoi dans un camp de travail.

Les dispositions pénales qui viennent d'être mentionnées ne sont applicables que dans le cas où la sortie non autorisée du pays devait être de courte durée, et que le délinquant avait l'intention de retourner en U.R.S.S. Dans tous les autres cas, celui qui quitte le pays sans autorisation, reste à l'étranger sans permission valable ou ne donne pas suite à l'ordre de rentrer en U.R.S.S. qui est intimé par les autorités, est passible de sanctions beaucoup plus sévères, que l'on peut sans exagération qualifier de draconiennes.⁵⁹ C'est ainsi qu'une ordonnance du 21 novembre 1929 prévoyait la mise hors la loi de tous les fonctionnaires soviétiques se trouvant à l'étranger qui « s'étaient enfuis dans le camp des ennemis de la classe ouvrière et des paysans » ou qui refusaient de retourner en Union soviéti-

⁵⁵ RSSFR = République socialiste soviétique fédérative de Russie.

⁵⁶ Le Code pénal de la RSSFR du 29 octobre 1960, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1961, a fait l'objet d'une édition officielle spéciale portant la mention suivante: *Lois et décisions du Soviet Suprême de la RSSFR adoptées au cours de sa session du 25 au 27 octobre 1960*. On en trouve notamment une traduction allemande dans: *Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz der RSFSR*, Berichte des Osteuropainstituts an der freien Universität Berlin, Berlin, 1961, op. 46. Ce code pénal a remplacé celui du 1^{er} janvier 1927. Les codes pénaux des autres républiques membres de l'Union soviétique ne s'écartent de celui de la RSSFR que sur des points de détail.

⁵⁷ Le texte de la loi sur la responsabilité pénale pour crimes d'Etat du 25 décembre 1958 est reproduit dans les *Vedomosti Verchnogo Soveta* (Communications du Soviet suprême), 1^{er} janvier 1959, no. 1, texte 933; on le trouve en versions russe et anglaise dans: *Law in Eastern Europe*, vol. 3, *the Federal Criminal Law of the Soviet Union*, Université de Leyde, 1959 p. 73 ss.

⁵⁸ Ainsi, le même délit est sanctionné à la fois par une loi d'une république fédérée et par une loi valable pour toute l'Union; cette situation curieuse s'explique par la répartition des compétences dans la législation pénale soviétique; voir à ce propos: *Die Grundsätze der Strafgesetzgebung der UdSSR und der Unionsrepubliken*, dans: Studien des Instituts für Ostrecht, Munich, 1960, vol. 10, p. 14 ss.

⁵⁹ Voir à ce sujet W. W. Kulski, *The Soviet Regime*, Syracuse University Press, 1954, p. 239 ss.

que.⁶⁰ La mise hors la loi entraînait la confiscation des biens et l'exécution par fusillade dans les 24 heures suivant l'arrestation de l'accusé. Cette peine ne pouvait être prononcée que par le Tribunal suprême de l'U.R.S.S. La fuite à l'étranger et le refus de rentrer au pays pouvaient également être qualifiés de haute trahison et poursuivis en application de l'alinéa 1 (a) de l'art. 58 du code pénal de la R.S.S.F.R. de 1927. L'ordonnance de 1929 citée plus haut a été abrogée par la loi du 25 décembre 1958 « confirmant les fondements de la législation pénale de l'U.R.S.S. et des républiques de l'Union ». ⁶¹ Depuis cette date, la fuite à l'étranger et le refus de rentrer en Union soviétique, qu'il s'agisse d'un citoyen soviétique en mission officielle ou non, est qualifié dans tous les cas de haute trahison au sens de l'art. 1 de la loi sur la responsabilité pénale pour crimes d'Etat et de l'al. (a) de l'art. 64 du code pénal de la R.S.S.F.R. Ces dispositions, qui ne s'écartent que sur des points de détail de l'al. 1 (a) de l'art. 58 du code pénal de 1927 relatif à la haute trahison, donnent de ce dernier crime une définition très large: « La trahison de la patrie, qui est un acte commis intentionnellement par un citoyen de l'U.R.S.S. au détriment de l'indépendance de l'Etat, de l'inviolabilité du territoire ou de la puissance militaire de l'U.R.S.S., à savoir passage à l'ennemi, espionnage, livraison de secrets publics ou militaires à un Etat étranger, *fuite à l'étranger ou refus de revenir de l'étranger en U.R.S.S.*, ⁶² aide à un Etat étranger dans l'exécution d'activités hostiles à l'U.R.S.S. ainsi que conjuration aux fins de saisir le pouvoir, est punie d'une peine privative de liberté d'une durée de dix à quinze ans avec confiscation des biens, ou de mort avec confiscation des biens ». Il est présumé dans cette disposition que la fuite à l'étranger manifeste en soi une intention hostile à l'U.R.S.S., même si elle n'est pas en rapport avec des activités répondant à la notion habituelle de la haute trahison.

Jusqu'à l'abrogation du code pénal de 1927, la fuite à l'étranger d'un membre des forces armées était considérée comme désertion et punie de mort par fusillade, avec confiscation des biens. Comme le plus souvent il n'est pas possible d'exécuter la condamnation prononcée contre un soldat qui avait fui à l'étranger, la législation pénale soviétique avait complété les sanctions prévues par une institution inconnue des Etats démocratiques, celle de la responsabilité familiale, dont la menace doit détourner de la désertion les membres de l'armée soviétique. L'al. 1 (c) de l'art. 58 du code

⁶⁰ Ordonnance du Présidium du Comité exécutif central de la République socialiste soviétique de Russie, du 21 novembre 1929, reproduit dans *Sobranie Zakonov* (Recueil des lois de l'URSS jusqu'en 1936) 1930, no. 6, p. 66.

⁶¹ La liste des lois abrogées par ce nouveau texte est annexée à un arrêté du Présidium du Soviet suprême de l'URSS, en date du 13 avril 1959, publié dans *Vedomosti Verchnogo Soveta SSSR*, 1959, no. 15, texte 91.

⁶² C'est nous qui soulignons.

pénal de 1927 prévoyait que les membres de la famille d'un déserteur qui auraient assisté celui-ci dans sa fuite ou auraient connu son intention sans en informer l'autorité seraient passibles d'une peine privative de liberté pour une durée de cinq à dix ans et de confiscation de leurs biens. La même disposition prévoyait en outre que les membres adultes de la famille qui vivaient dans le même ménage que le déserteur et qui étaient à sa charge seraient frappés d'incapacité civique et de bannissement pour une durée de cinq ans dans une région éloignée de la Sibérie. La punition de membres de la famille d'un déserteur coupables de l'avoir aidé dans son dessein ou de ne pas l'avoir dénoncé est certes en opposition flagrante avec toutes les conceptions juridiques d'une société démocratique libre. La deuxième disposition de cet al. 1 (c) de l'art. 58 du code pénal violait de façon grossière le principe *nullum crimen sine culpa* en instituant une responsabilité pénale collective des membres de la famille d'un déserteur, alors même que ceux-ci n'auraient fourni aucune aide au coupable et ignoraient son intention.⁶³ Fort heureusement, le nouveau code pénal de la R.S.S.F.R. ne contient plus ces prescriptions applicables en cas de fuite d'un membre des forces armées ou établissant la responsabilité des membres de sa famille. De même, la « loi sur la responsabilité pénale pour infractions au code militaire » ne fait état que du crime de désertion, connu dans les autres pays, et évite de définir la responsabilité collective des membres de la famille.⁶⁴

Ce qui précède ne démontre que trop clairement que le droit fondamental de se rendre à l'étranger est dénié aux citoyens de l'Union soviétique, privés ainsi d'un élément essentiel de leur liberté personnelle. Les restrictions apportées à la sortie du pays et à l'émigration, ainsi que les sanctions pénales dont elles sont assorties, violent de façon évidente et grave l'al. 2 de l'art. 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. D'ailleurs l'Union soviétique prive de ce droit fondamental non seulement ses propres citoyens, mais également des milliers d'étrangers qui se trouvent sur son territoire. La plupart d'entre eux ont été poussés en Russie par les péripéties de la guerre, soit qu'ils fussent déportés des territoires occupés par les forces soviétiques, soit qu'ils se trouvent encore retenus comme prisonniers de guerre. Tous attendent encore en vain l'autorisation de partir, malgré leurs requêtes répétées et malgré les protestations nombreuses de leurs gouvernements, et ils ne peuvent donc pas retourner dans leur pays. Les maîtres du Kremlin violent ainsi non

⁶³ Voir Kulski, *op. cit.* (note 59), p. 240 ss.

⁶⁴ Loi du 25 décembre 1958, publiée dans les *Izvestiia* du 26 décembre 1958 et dans les *Vedomosti* du 1er décembre 1959, no. 1, texte 933. On trouve les versions russe et anglaise de cette loi dans *Law in Eastern Europe*.

seulement des droits humains fondamentaux, mais aussi des règles universellement reconnues du droit des gens.⁶⁵

Ce qui vient d'être dit du droit de se rendre à l'étranger dans le cas de l'U.R.S.S., vaut à quelques détails près pour tous les Etats satellites de l'Union soviétique et pour les pays communistes d'Asie. On ne cesse de déclarer du côté communiste que le rideau de fer qui sépare les Etats du bloc de l'Est des autres pays d'Europe a été abaissé « pour protéger le camp socialiste contre les travaux de sape des pays revanchards et militaristes du capitalisme occidental ». Or on a pu voir avec assez de clarté, depuis dix ans, contre qui sont érigés en réalité les barbelés et les champs de mines. Ils ont pour objet essentiel d'empêcher – en sus de toutes les mesures législatives, administratives et judiciaires – la sortie des habitants de ces Etats. Le bien-fondé de cette conclusion est prouvé de la façon la plus convaincante et la plus dramatique par la fuite d'innombrables habitants de ces régions, et en particulier par le sort de ceux d'entre eux qui, au rideau de fer, ont été blessés et tués par les balles de la police frontière, ou ont sauté sur des mines. La dernière ouverture qui subsistait dans le rideau de fer a été fermée, le 13 août 1961, par l'érection d'un mur à travers la grande métropole de Berlin.⁶⁶

Nous rencontrons d'autres cas extrêmes de violation de la liberté de se rendre à l'étranger dans les régimes dictatoriaux d'Amérique latine: en République dominicaine jusqu'à l'assassinat du dictateur Trujillo, à Cuba, au Paraguay, au Nicaragua. En Afrique, il convient de mentionner la République arabe unie, le Ghana, le Dahomey et la République sud-africaine. Les pays que nous venons de nommer ont en commun un trait qui les distingue des Etats du bloc de l'Est: l'interdiction de sortie ne frappe en règle générale que les adversaires politiques actifs, tandis que les Etats communistes de l'Europe font obstacle à toute émigration et même, pour la plupart d'entre eux, à tout voyage à l'étranger. La loi sud-africaine de 1955⁶⁷ qualifie de délit le fait de sortir du pays sans autorisation, et elle accorde la plus large liberté d'appréciation au gouvernement dans l'octroi des autorisations de sortie. C'est ainsi qu'on a refusé cette autorisation à de nombreux hommes politiques ou étudiants d'Afrique du Sud.

La République arabe unie observe, au sujet du droit de se rendre à l'étranger et d'émigrer, une attitude négative qui a été ex-

⁶⁵ Voir Oppenheim – Lauterpacht, *International Law*, Londres, 1948, vol. I, p. 629 ss.

⁶⁶ Rapport de la Commission internationale de juristes, *Le mur de Berlin – Un défi aux droits de l'homme*, Genève, mars 1962.

⁶⁷ *Departure from the Union Regulation Act, 1955*, (loi de 1955 réglementant la sortie du territoire de l'Union) art. 2.

⁶⁸ Rapport de la Commission internationale des juristes, *L'Afrique du Sud et la primauté du droit*, Genève, 1961, p. 38.

primée notamment par son représentant au cours des débats de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection de minorités, aux Nations Unies.⁶⁹ Ce représentant a déclaré que l'on ne pouvait pas demander aux Etats de considérer comme un droit collectif la liberté de quitter le pays, ainsi que le prévoit l'al. 2 de l'art. 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et que l'on ne pouvait y voir qu'un droit de l'individu. Le représentant de la R.A.U. a fait valoir à l'appui de cette conception les conséquences dommageables qu'une émigration en masse pourrait avoir pour l'économie d'un pays. Mais, comme on l'a relevé avec raison, la liberté de quitter un pays serait réduite à néant si l'on déclarait qu'elle ne peut être invoquée qu'à titre individuel. L'al. 2 de l'art. 13, en parlant de « toute personne » (*the right of everyone*), rend impossible une telle interprétation. Même en tenant pleinement compte du droit qu'a l'Etat de restreindre cette liberté lorsque son économie nationale est en danger, il est nécessaire de repousser toute distinction entre le droit collectif et le droit individuel de se rendre à l'étranger. Il incombe à l'Etat en cause d'assurer à ses habitants ce minimum de liberté et de bien-être économique et social nécessaire pour que ne se produise pas une émigration en masse. Un Etat perd tout droit d'invoquer les dommages qu'une telle émigration causerait à son économie lorsque la terreur politique ou le mauvais fonctionnement d'un régime économique imposé incite les habitants à sortir du pays.

C'est dans les régimes totalitaires, quelle que soit leur idéologie, que l'on constate les atteintes les plus graves et les plus fréquentes au droit de franchir la frontière. Cela tient essentiellement au fait que tout régime fondé sur la contrainte ou la terreur est inévitablement conduit à refuser aux habitants du pays le droit de s'en aller librement. En effet, si les habitants peuvent se soustraire à la pression politique en quittant le pays, le régime ne pourra parvenir à ses fins et l'économie s'effondrera parce qu'elle se trouvera peu à peu privée de main-d'œuvre. Tel est le sort commun à tous les Etats totalitaires. Quant aux Etats communistes, dont le régime totalitaire est fondé sur un mélange d'idéologie et de terreur, ils ont encore d'autres raisons qui leur imposent d'isoler hermétiquement le pays des Etats non communistes. Au premier rang de ces raisons sont l'atteinte qu'ils subiraient dans leur prestige si la population fuyait en masse, et l'effet négatif qu'aurait un tel mouvement sur les partis communistes d'autres pays. En outre, puisque l'idéologie communiste, d'après ses porte-parole, constitue la base de la meilleure forme de société, la seule qui ait un avenir, et qu'elle a pour objet de conquérir le monde entier, la pensée que quelqu'un puisse quitter cette société pour se soumettre à un régime « inférieur » serait

⁶⁹ Voir plus haut, note 46.

tout-à-fait insupportable. En outre, à notre époque de course aux armements, les puissances mondiales craignent que les citoyens qui se rendraient à l'étranger ne trahissent des secrets d'Etat ou des secrets militaires.

Le caractère international du droit de se rendre à l'étranger

Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent montre que le départ du pays est en premier lieu un problème interne. A ce titre, il peut et doit même être réglé par les divers Etats dans l'intérêt particulier de leurs ressortissants, et aussi dans l'intérêt justifié de leur collectivité nationale. En même temps, il s'agit aussi d'une question qui relève aujourd'hui du droit des gens, du fait que la liberté de se rendre à l'étranger est inscrite parmi les droits de l'homme. Ce n'est que depuis quelques dizaines d'années que les droits de l'homme ont pris un caractère international. Jusqu'alors on y voyait seulement des droits fondamentaux relevant de la réglementation de chaque Etat. L'évolution a commencé à se manifester après la première guerre mondiale, et c'est la Charte des Nations Unies qui a proclamé comme l'un de ses grands objectifs la reconnaissance et le respect des droits de l'homme et en a fait une matière qui doit être réglée à l'échelon international.⁷⁰ L'art. 68 de la Charte des Nations Unies a prévu que le Conseil économique et social instituerait une Commission des droits de l'homme; celle-ci a constitué diverses sous-commissions, dont l'une s'occupe de la protection des minorités et de la lutte contre les mesures discriminatoires. Cette sous-commission s'apprête à entreprendre une enquête approfondie sur l'ensemble du problème posé par le droit qu'a tout individu de se rendre à l'étranger. C'est également la Commission des droits de l'homme qui a élaboré la Déclaration universelle et divers projets de conventions des droits de l'homme encore en discussion aujourd'hui. Le droit de se rendre à l'étranger a trouvé place dans la Déclaration comme dans le projet de pacte relatif aux droits civils et politiques.⁷² On sait que la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies n'a pas le caractère d'un traité international, mais que, selon l'opinion la plus répandue, elle constitue une recommandation que l'Assemblée générale a adressée aux membres des Nations Unies au sens de l'art. 10 de la Charte. En

⁷⁰ Au sujet du caractère international des droits de l'homme, voir également Heinz Guratzke, *Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht*, Göttingen, 1956.

⁷¹ Voir plus haut, notes 45 et 46.

⁷² Voir l'al. 2 de l'art. 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. L'al. 2 de l'art. 12 du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques, adopté par la troisième Commission de l'Assemblée générale le 17 novembre 1959, stipule que «toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien».

revanche le pacte relatif aux droits civils et politiques, qui n'existe pour le moment qu'en projet, lierait les Etats qui le ratifieraient. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 oblige les Etats à respecter les droits de l'homme.⁷³ Le droit de se rendre à l'étranger n'avait pas été inscrit dans cette Convention européenne, car les négociateurs n'avaient pas pu se mettre d'accord à ce sujet, et ils avaient réservé à une codification ultérieure le soin de réglementer cette liberté, parmi d'autres, pour éviter de retarder, voire de compromettre la conclusion de la Convention. Cette solution a déjà permis d'adopter un protocole additionnel, en vertu duquel trois droits fondamentaux ont été ajoutés à la liste figurant dans la Convention.⁷⁴

Le 22 janvier 1960, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a adopté la recommandation no. 234, dans laquelle elle a préconisé la conclusion d'un deuxième protocole additionnel, qui sauvegarderait six droits non encore garantis par la Convention et par le premier protocole additionnel.⁷⁵ Parmi ces six droits se trouve également la liberté de circuler et de se rendre à l'étranger. On lit ce qui suit à l'al. 2 de l'art. 2 de ce projet de protocole: «Toute personne est libre de quitter n'importe quel Etat, y compris le sien». Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a transmis cette recommandation à un comité d'experts qui fera rapport au cours de l'année 1962, après quoi s'ouvriront les débats des Etats membres du Conseil de l'Europe, qui seront suivis de l'éventuelle signature du protocole additionnel.

On trouve également mention du droit de se rendre à l'étranger dans un autre texte de droit international, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, qui a été adoptée par la neuvième conférence de l'Organisation des Etats d'Amérique, réunie à Bogota du 30 mars au 2 mai 1946.⁷⁶

⁷³ Th. Eustathiades, dans l'article *la Convention des Droits de l'homme et le statut du Conseil de l'Europe*, publié dans: *Die Friedenswarte*, vol. 52, 1955, dit ce qui suit: «La Convention est une sorte de Constitution commune des droits et libertés. Elle est une Charte sanctionnée par un système spécifique de contrôle collectif. Elle aboutit ainsi à internationaliser les garanties constitutionnelles et législatives».

⁷⁴ Il s'agit du droit à la propriété, du droit à être élevé par ses parents et de la liberté des élections. Ce premier protocole additionnel a été signé lors de la séance du 26 mars 1952 du Comité des ministres. Voir K. J. Partsch, *Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention* dans: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, 1953/1954, vol. 15, p. 631 ss.

⁷⁵ Voir Conseil de l'Europe, *La Coopération européenne en 1960*, Rapport du Secrétaire général - 1961, Strasbourg, avril 1961, p. 210 ss.

⁷⁶ L'art. VIII de la Déclaration est rédigé comme suit: «Toute personne a le droit de fixer sa résidence sur le territoire de l'Etat dont elle est ressortissante, d'y circuler librement et de ne le quitter que de sa propre volonté».

Enfin, le Conseil interaméricain de jurisconsultes a élaboré en 1959 le projet d'une convention des droits de l'homme qui a été transmis au Conseil de l'Organisation des Etats d'Amérique. Ce texte mentionne également le droit de se rendre à l'étranger parmi les droits de l'homme qui doivent être protégés.⁷⁷

Ce bref aperçu de la place qu'occupe dans le droit des gens la faculté de se rendre à l'étranger nous paraît suffisant pour permettre de conclure qu'il s'agit, selon la conviction de la grande majorité des Etats, d'un droit de l'homme susceptible de protection internationale. Il en résulte que toute la question relève désormais du droit international, sans cesser pour cela d'être en même temps une question de droit interne.

RUDOLF TOROVSKY

*Docteur en droit (Vienne),
membre du secrétariat
de la Commission
internationale de Juristes.*

⁷⁷ L'art. 15 du projet de convention dit ce qui suit: «Sous réserve de toutes dispositions législatives de caractère général établissant dans un Etat les restrictions qui peuvent être raisonnablement nécessaires à la sécurité nationale, à la protection de l'ordre, de l'hygiène et de la morale publics, ou des droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits définis dans la présente Convention: ... 1 b) Toute personne a le droit de quitter librement n'importe quel pays, y compris le sien propre ».

L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

SOMMAIRE

Introduction	104
§ I. <i>Le droit international et l'ordre juridique interne</i>	105
1° Le droit international s'intègre-t-il dans l'ordre juridique interne?	107
a) Le droit international coutumier	107
b) Le droit international conventionnel	108
2° Quelles sont les conditions et les modalités de l'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne ?	109
3° Quelle est la place des normes « incorporées » dans la hiér- archie des normes du droit interne ?	109
4° Quelle est la situation des individus vis-à-vis des règles de droit international « incorporées » ?	112
§ II. <i>La Convention européenne : principe de son application dans l'ordre juridique interne</i>	115
1° Les dispositions de la Convention européenne s'intègrent-elles dans l'ordre juridique interne ?	116
a) Première solution : exclusion de l'ordre juridique interne .	116
b) Seconde solution : intégration dans l'ordre juridique interne	120
2° Quelle est la place des dispositions de la Convention euro- péenne dans la hiérarchie des normes du droit interne ? . .	122
a) Primauté de la Convention sur les lois ordinaires ?	122
b) Primauté de la Convention sur toutes les lois, ordinaires ou constitutionnelles	125
3° Dans quelle mesure les individus peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la Convention européenne ?	125
a) L'orientation de la Convention	126
b) Les réponses de la jurisprudence	128
§ III. <i>L'interprétation des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique interne</i>	130
1° Les règles d'une bonne administration de la justice (article 6)	131
2° Les droits et libertés garantis	132
<i>Conclusion</i>	137
<i>Annexe</i>	139

NOTE PRÉLIMINAIRE

1. Les textes constitutionnels cités dans la présente étude ont été empruntés aux recueils suivants :

Annuaire des droits de l'homme, publiée par le Secrétariat général des Nations Unies (New-York),

B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions européennes*, Paris (P.U.F.), 1951,

A. J. Peaslee, *Constitutions of Nations* (3 volumes), La Haye (M. Nijhoff), 1956.

2. Les abréviations suivantes ont été utilisées pour les références aux auteurs les plus fréquemment cités :

Cavaré Louis Cavaré, *Le droit international public positif*, tome I (2ème édition), Paris (Pedone), 1961,

Ch. Hyde Charles Cheney Hyde, *International Law*, tome II (2ème édition), Boston, 1947,

Oppenheim L. Oppenheim, *International Law*, tome I (8ème édition, revue par H. Lauterpacht), Londres, 1955,

Rousseau Charles Rousseau, *Les principes généraux du droit international public*, tome I, Paris (Pedone), 1944,

Scelle Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, tome II, Paris (Sirey), 1934,

Sibert Marcel Sibert, *Traité de droit international public*, tome II, Paris (Daloz), 1951.

3. Les abréviations suivantes ont été utilisées pour les références aux périodiques les plus fréquemment cités :

Annuaire *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, tomes II (1960) et III (1961), La Haye (M. Nijhoff),

BGH (S) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*,

BVG *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*,

I. L. R. *International Law Reports* (Lauterpacht), publiés jusqu'en 1949 sous le titre *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Londres,

Recueil *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Paris (jusqu'en 1952) et *Leyde* (depuis 1953).

4. Le texte des articles de la Convention européenne et du Protocole additionnel cités dans le cours de la présente étude est reproduit en annexe.

5. Nous devons à l'obligeance de M. Michel Virally, professeur aux Universités de Strasbourg et de Genève, la communication du rapport encore inédit de M. Adolf Süsterhenn, *L'application de la Convention européenne sur le plan du droit interne*, présenté au Colloque sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, tenu à la Faculté de droit de Strasbourg les 14 et 15 novembre 1960. Nous nous faisons un devoir d'exprimer à M. le professeur Virally toute notre reconnaissance.

INTRODUCTION

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 par les quinze Etats membres du Conseil de l'Europe, et le Protocole additionnel du 20 mars 1952, sont entrés en vigueur le 3 septembre 1953. A ce jour quatorze Etats ont ratifié la Convention et le Protocole; dix d'entre eux ont accepté que la Commission européenne des droits de l'homme puisse être saisie par des requêtes individuelles, et huit ont reconnu comme obligatoire la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme¹. Au 31 décembre 1960 la Commission avait été saisie de près d'un millier de requêtes individuelles et avait rendu 715 décisions; le 1er juillet 1961 la Cour statuait au fond sur l'affaire *Lawless*, la première dont elle ait été saisie². Une jurisprudence *internationale* sur la portée des droits et libertés garantis par la Convention est donc dès maintenant en voie de formation. Mais parallèlement, la Convention et le Protocole sont susceptibles d'être invoqués devant les tribunaux des quatorze Etats qui les ont ratifiés: des jurisprudences *nationales* sur l'application de ces textes sont donc également en formation. Un nombre important de décisions de principe rendues par les juridictions les plus élevées dans plusieurs des Etats signataires a déjà été publié dans l'*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* (tomes II et III) et dans les *International Law Reports*. L'étude de ces jurisprudences internes et parallèles présente un double intérêt: d'une part, elle rend compte des conditions dans lesquelles les dispositions de la Convention pénètrent dans l'ordre juridique particulier à chacun des Etats intéressés; d'autre part, elle montre comment le fond même de ces dispositions est interprété par les juridictions de ces Etats, et à ce titre elle complète l'étude de la jurisprudence internationale de la Commission et de la Cour européennes. On sait qu'un projet de convention panaméricaine pour la protection des droits de l'homme est actuellement en discussion, et qu'il est directement inspiré du modèle européen. D'autres projets seront

¹ *Annuaire*, III, p. 92 et suiv.: *Etat des ratifications, déclarations et réserves au 31 décembre 1960*.

² Rappelons qu'une analyse de l'affaire *Lawless* a été donnée dans la *Revue de la Commission internationale de Juristes*, tome III, n° 2, p. 116 et suiv.

peut-être élaborés demain dans un cadre régional africain. Ceux qui ont ou auront la responsabilité de leur étude ont avantage à ne rien perdre de l'expérience que font en ce domaine les Etats membres du Conseil de l'Europe, et l'application de la Convention dans l'ordre juridique propre à chacun de ces Etats est un élément de cette expérience.

La question des conditions d'application de la Convention dans le droit interne des pays signataires, premier objet de notre étude, est un cas particulier d'un problème très général, celui des rapports entre le droit international conventionnel ou coutumier et l'ordre juridique interne. Il nous semble indispensable de situer le sujet qui nous occupe dans son cadre, et de rappeler très schématiquement les éléments essentiels du problème général: ce sera l'objet d'un premier paragraphe. Dans un deuxième paragraphe, nous exposerons quelles sont les solutions du droit positif quant à l'application des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique interne des Etats signataires. Nous consacrerons enfin un troisième paragraphe à l'analyse de la jurisprudence déjà élaborée dans plusieurs de ces Etats sur le fond même des dispositions de la Convention.

§ I. LE DROIT INTERNATIONAL ET L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

Beaucoup de constitutions récentes affirment le principe de la primauté des « règles du droit international généralement reconnues ». Pour nous limiter aux Etats liés par la Convention, nous citerons seulement les constitutions de l'Autriche (article 9), de l'Irlande (article 29) et de l'Italie (article 10). Des auteurs comme L. Oppenheim affirment par ailleurs que le droit international « fait partie du droit national (*municipal law*) même sans qu'il ait été expressément adopté », et que « cette règle est une règle de droit positif »³. Des formules de ce style prêtent aux pires malentendus, car elles simplifient abusivement une question en réalité fort complexe. La primauté du droit international sur le droit interne est un truisme si l'on entend seulement par là que l'Etat est tenu de s'y conformer; mais la question est précisément de savoir *comment s'opère la liaison* entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne. On sait qu'en doctrine, sur ce problème qui met en jeu les bases mêmes du droit international, deux écoles sont en présence. Heinrich Triepel fut, dès la fin du siècle dernier, le chef de file de l'école *dualiste* dont il édifia la théorie dans son

³ Oppenheim, p. 44.

ouvrage *Völkerrecht und Landesrecht* publié en 1899⁴. Pour la doctrine dualiste, dont l'autre grand théoricien fut Dionisio Anzilotti, le droit international et le droit interne propre à chaque Etat constituent des systèmes entièrement indépendants et séparés, jamais superposables l'un à l'autre. A cette position s'oppose celle de l'école *moniste*, fondée sur une conception unitaire de l'ensemble des normes juridiques. La doctrine moniste a d'ailleurs été développée dans deux directions différentes qui donnent la primauté, l'une au droit interne et l'autre au droit international. Les théoriciens de cette dernière tendance affirment que les normes du droit interne sont hiérarchiquement subordonnées à celles du droit international. C'est ainsi que pour le professeur Hans Kelsen le système unitaire et hiérarchisé que forment l'ensemble des normes juridiques dérive d'une *hypothetische Ursprungsnorm*, l'Etat n'étant par ailleurs qu'un « point final d'imputation » (*Zurechnungspunkt*); pour Georges Scelle, qui a magistralement construit une théorie originale du monisme dans le second volume de son *Précis de droit des gens* publié en 1934, la première démarche est d'éliminer impitoyablement de la science juridique un bon nombre de fictions, telles celles de la « personnalité », de la « volonté » ou de la « souveraineté » de l'Etat; le droit positif ne lie que des êtres doués d'un volonté consciente, gouvernants, agents et gouvernés⁵.

Si nous recherchons maintenant quelles sont en cette matière les solutions du droit positif, nous mesurons immédiatement toute la relativité du droit international qui n'apparaît que réfracté à travers une pluralité de systèmes nationaux. Plus exactement, la question se situe dans une zone d'interférences entre le droit international conçu comme une discipline unitaire et le droit constitutionnel propre à chaque Etat. Pour la clarté de notre exposé nous la décomposerons en quatre points: 1) le droit international s'intègre-t-il dans l'ordre juridique interne? 2) dans l'affirmative, quelles sont les conditions et les modalités de cette intégration? 3) quelle est la place du droit international « incorporé » dans la hiérarchie des normes du droit interne? 4) quelle est la situation des individus vis-à-vis des normes internationales « incorporées »?

1° – Le droit international s'intègre-t-il dans l'ordre juridique interne?

La réponse des tenants de l'école dualiste est évidemment négative: l'un et l'autre se situent sur des plans différents. Pour Triepel,

⁴ Traduction en français (par René Brunet) sous le titre *Droit international et droit interne*, Paris (Pedone) 1920. Voir également, du même auteur: *Les rapports entre le droit international et le droit interne*, Recueil 1923, p. 77 et suiv.

⁵ Scelle, p. 345.

les deux systèmes se distinguent par les sources dont ils dérivent et par les rapports sociaux qu'ils régissent; le droit international procède de la volonté commune de deux ou plusieurs Etats, et il s'applique aux rapports réciproques d'Etats égaux et souverains; le droit interne procède de la seule volonté d'un Etat et s'applique à ses rapports avec ses ressortissants et aux rapports réciproques de ses ressortissants⁶. Pour Anzilotti, « les normes internationales ne peuvent influencer sur la valeur obligatoire des normes internes, et *vice versa* »⁷. Pour l'un et l'autre, quand une règle de droit international passe dans le droit interne ce n'est pas, quelles que soient les apparences, par l'effet d'un automatisme ou d'une réception passive, mais par l'effet d'une novation qui en modifie entièrement la nature. En lui-même le droit international crée des obligations d'Etat à Etat, rien de plus. La solution défendue par l'école moniste est diamétralement opposée. Pour Georges Scelle, le droit international coutumier et conventionnel pénètre *de plano* dans l'ordre juridique interne sans qu'il soit besoin d'aucun acte formel de « réception » ou d'« introduction » pour lui donner force obligatoire, et il abroge de plein droit les règles de droit interne qui seraient en discordance avec lui⁸.

Il serait vain de poursuivre l'examen de la question sur le plan théorique. Les solutions du droit positif apparaîtront plus clairement si l'on fait une première distinction entre le droit coutumier et le droit conventionnel.

a) *Le droit international coutumier*

La tendance des constitutions les plus récentes est de reconnaître les règles du droit international coutumier comme partie intégrante du droit interne. Cette solution est très clairement consacrée par les constitutions de la République fédérale d'Allemagne (article 25), de l'Autriche (article 9) et de l'Italie (article 10). C'est également la solution admise au Royaume-Uni en vertu d'une longue tradition qui remonte à Blackstone et qui s'exprime dans l'adage *International Law is held to be a part of the Law of the Land*. Il est sans intérêt d'ergoter comme le font certains théoriciens dualistes pour savoir si cette incorporation du droit international dans le droit interne est réelle ou seulement apparente et si, dans le cas particulier du droit anglais, elle ne doit pas être préalablement « acceptée »

⁶ Trieppl, *Recueil* 1923, p. 77 et suiv.

⁷ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, tome I (traduction en français par Gilbert Gidel), Paris 1929, p. 50 et suiv.

⁸ Scelle, p. 349.

(*adopted*) par le Common Law⁹. L'important est que la règle existe. Le professeur Paul de Visscher, dans un cours sur *les Tendances internationales des constitutions modernes* professé en 1952 à l'Académie de droit international, ne craint pas d'affirmer que cette règle est en fait aujourd'hui commune à tous les pays¹⁰.

b) Le droit international conventionnel

Sur ce second aspect de la question qui concerne plus directement l'objet de notre étude, les solutions du droit positif sont beaucoup plus nuancées.

Les constitutions de certains Etats admettent l'incorporation immédiate dans le droit interne des dispositions des traités au même titre que des principes traditionnels du droit international. C'est ainsi qu'aux termes de la constitution fédérale des Etats-Unis (article VI, alinéa 2): « La présente constitution et les lois fédérales ... ainsi que les traités déjà conclus ou qui seront conclus par le gouvernement des Etats-Unis, constitueront la loi suprême du pays (*shall be the supreme Law of the Land*) ». Les constitutions françaises de 1946 (article 26) et de 1958 (article 55) consacrent une solution identique. La plupart des constitutions européennes ne tranchent pas formellement la question.

La tradition constitutionnelle du Royaume-Uni exige au contraire que les dispositions des traités soient reprises dans une loi du Parlement pour valoir dans l'ordre juridique interne¹¹. Nous reviendrons plus loin sur ce point important pour le sujet qui nous occupe. Retenons qu'en droit anglais un traité est par lui-même inopérant pour modifier ou compléter la loi coutumière ou écrite.

Retenons également que dans les Etats comme les Etats-Unis et la France qui sont le plus libéralement ouverts à l'introduction dans leur ordre juridique interne du droit international conventionnel, cette incorporation n'en est pas moins subordonnée à l'observation de certaines formes. Georges Scelle doit lui-même reconnaître que la substitution immédiate et inconditionnelle de la norme interétatique à la norme interne, solution qu'il défend sur le seul plan de la logique, n'est pas conforme au droit positif français, et que du point de vue pratique il y a un intérêt certain à enregistrer l'entrée de la norme interétatique dans l'ordre juridique interne¹². Cette observation nous conduit à l'étude de la deuxième question.

⁹ Triepel, *Recueil* 1923, p. 89.

¹⁰ *Recueil* 1952, I, p. 523 à 525.

¹¹ Oppenheim, p. 39.

¹² Scelle, p. 353.

2° – Quelles sont les conditions et les modalités de l'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne ?

Précisons bien qu'il s'agit ici seulement du droit conventionnel, en fait des dispositions des traités, puisque l'intégration automatique du droit coutumier est, comme nous l'avons vu, une règle communément admise. Nous passerons très vite sur ce point, en réservant pour une étude plus approfondie, sous l'angle particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, le cas des pays dont la constitution laisse la question ouverte et ceux dont la tradition constitutionnelle exige que le contenu du traité soit repris dans une loi interne. Nous voulons seulement signaler comme tout à fait caractéristique la solution du droit français. Sous le régime de la constitution de 1875 les traités, une fois signés et ratifiés, devaient être encore *promulgués* par le chef de l'Etat, et l'on discutait en doctrine pour savoir si cette promulgation était ou non une consécration de la thèse dualiste, si elle emportait ou non novation¹³. Aujourd'hui le débat est devenu sans objet. La constitution de 1946 (article 26) et celle de 1958 (article 55) ont supprimé la formalité de la promulgation, exigeant seulement que les traités soient *publiés* pour avoir force de loi. Le droit constitutionnel américain consacre une solution voisine en subordonnant l'entrée en vigueur des traités à une « proclamation » par le président des Etats-Unis. Le droit constitutionnel suisse prévoit également une simple publication des conventions diplomatiques comme condition de leur entrée dans l'ordre juridique interne, et le professeur Paul Guggenheim souligne que cette publication n'a qu'une portée déclarative et non constitutive¹⁴.

3° – Quelle est la place des normes « incorporées » dans la hiérarchie des normes du droit interne ?

Nous limitant ici encore au cas d'une règle de droit international conventionnel, nous supposons qu'elle a été incorporée suivant les formes appropriées dans l'ordre juridique interne. Une formule en faveur dans la jurisprudence française dit que les traités, une fois ratifiés et publiés, ont « force de loi ». Cette formule est ambiguë, car en France comme ailleurs l'ordre juridique interne se présente comme un ensemble hiérarchisé de normes, et la question est précisément de savoir à quel niveau de cette hiérarchie se situent les traités.

Voici d'abord deux observations préliminaires.

¹³ Voir A. Mestre, *Les traités et le droit interne*, Recueil 1931, IV, p. 254 et suiv.

¹⁴ P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, tome I, p. 33 à 35. Genève, 1953.

1. Comprenons bien le sens de la hiérarchie des règles juridiques. En bref, cela signifie qu'une règle ne peut être modifiée ou abrogée que par une règle d'un niveau égal ou supérieur. Dans le cas d'un traité qui vient s'insérer dans l'ordre juridique interne d'un Etat déterminé, ce traité peut-il modifier ou abroger certaines normes internes? Ses dispositions peuvent-elles être modifiées ou abrogées par d'autres normes internes?

2. Dans la perspective de la doctrine dualiste, la question est immédiatement résolue. La règle de droit international ne vaut qu'une fois reprise par une règle de droit interne. Celle-ci pourra donc être maintenue, abrogée ou modifiée au même titre et dans les mêmes conditions que toute autre norme du droit interne. Il en est ainsi dans les systèmes juridiques comme celui du Royaume-Uni où les dispositions des traités ne passent dans l'ordre juridique interne que par le relais d'une loi du Parlement: il est évident qu'une telle loi n'aura ni plus ni moins d'autorité que toute autre loi du Parlement.

Les théoriciens du monisme affirment évidemment la primauté du droit international conventionnel ou coutumier sur toutes les lois internes, même constitutionnelles. Georges Scelle ne craint pas de déclarer qu'en cas de conflit entre les dispositions d'un traité et celles de la constitution, ces dernières doivent être considérées comme abrogées *ipso facto*¹⁵. Ce point de vue est loin d'être purement doctrinal, car c'est très généralement celui de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice. Nous ne pouvons que renvoyer aux ouvrages qui donnent un tableau complet des sentences arbitrales, avis consultatifs et arrêts dans lesquels est affirmée la primauté des dispositions des traités sur celles des lois ordinaires ou constitutionnelles¹⁶. Nous rappellerons seulement les termes souvent cités de l'arrêt n° 7 de la Cour permanente de Justice internationale, rendu le 25 mai 1926 (*affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*): « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, des manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »¹⁷.

Nous ne pouvons cependant nous limiter au seul point de vue du droit international « en soi », ni nous dispenser d'en étudier la réfraction à travers les divers systèmes constitutionnels qui sont

¹⁵ Scelle, p. 356.

¹⁶ Voir notamment Rousseau, p. 418-9, et Cavaré, p. 162 à 166.

¹⁷ Série A, n° 7, p. 19.

loin de s'accorder. Le professeur Paul de Visscher, dans son étude déjà citée, classe ces systèmes en quatre groupes¹⁸.

1. Un premier système place le traité sur le même plan que la loi ordinaire. C'est celui du droit constitutionnel américain. Interprétant les dispositions déjà citées de l'article VI (alinéa 2) de la constitution fédérale, la jurisprudence situe d'ailleurs les traités au niveau des lois ordinaires *des Etats*, mais déclare que les lois *fédérales* priment le droit international conventionnel et coutumier, et dans le doute les tribunaux s'efforcent d'interpréter les traités dans un sens qui permette de les concilier avec la législation nationale¹⁹.

2. Un deuxième système place le traité au-dessus de la loi ordinaire, mais l'absence d'un contrôle juridictionnel de la validité des lois enlève au principe une partie de sa portée pratique. C'est la solution du droit français depuis la constitution de 1946 (article 26). Elle est confirmée dans des termes très nets par la constitution de 1958 (article 55): « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». En cas de conflit entre les dispositions d'un traité et celles d'une loi antérieure en date, une jurisprudence constante applique les dispositions du traité.²⁰ Quoi si la loi est postérieure au traité? La jurisprudence est flottante; il semble que les tribunaux, s'ils ne peuvent concilier les dispositions en conflit, soient portés à appliquer la loi interne, tant est grande leur réticence à exercer une forme quelconque de contrôle sur la validité des actes législatifs²¹.

3. Un troisième système placerait également le traité au-dessus de la loi ordinaire, et l'existence d'un contrôle constitutionnel de la validité des lois donnerait au principe sa pleine efficacité. Cette solution serait consacrée par les constitutions de la République fédérale d'Allemagne (article 100, alinéa 2) et de l'Autriche (article 145). L'application de la Convention européenne des droits de l'homme ayant directement mis en jeu ces dispositions, nous les étudierons dans le paragraphe II et nous verrons que leur interprétation est en réalité très controversée.

¹⁸ *Recueil* 1952, I, p. 563 et suiv.

¹⁹ Oppenheim, p. 42; Ch. Hyde, p. 1463.

²⁰ Voir les décisions les plus récentes rapportées dans l'*Annuaire français de droit international*, 1960, p. 1027.

²¹ Voir les nombreuses décisions rapportées dans Rousseau, p. 419 à 424, et Sibert, p. 246-7.

4. Un quatrième système enfin, dont le seul exemple semble être actuellement celui de la constitution des Pays-Bas dans sa rédaction la plus récente du 11 septembre 1956 (articles 63 et 66), situe le traité à un niveau supérieur à toute la législation interne, ordinaire ou constitutionnelle. Aux termes de l'article 66: « Les lois en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées quand leur application est incompatible avec les dispositions des accords internationaux ayant force obligatoire à l'égard de chacun, *que ces accords soient conclus ou non après l'adoption de telles lois* ». Donc le traité prévaut sur la loi ordinaire, que celle-ci lui soit antérieure ou postérieure. Aux termes de l'article 63: « Quand le développement de l'ordre juridique international le rend nécessaire, il peut être dérogé par un accord international aux dispositions de la constitution ». Donc le traité *peut* prévaloir sur la constitution, à la condition d'ailleurs qu'il ait été ratifié par les Chambres à une majorité renforcée.

4° – Quelle est la situation des individus vis-à-vis des règles de droit international « incorporées » ?

Il est hors de doute que les *gouvernants* d'un Etat partie à un traité régulièrement ratifié sont liés par ses dispositions, et peuvent être tenus à ce titre « d'apporter à la législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »²². Ils sont liés vis-à-vis des gouvernants des autres Etats contractants, et leur défaillance éventuelle sera sanctionnée suivant les règles du droit international sur la responsabilité des Etats. Mais à l'intérieur même de l'Etat, les *gouvernés* peuvent-ils se prévaloir des dispositions du traité ? Peuvent-ils notamment en invoquer le bénéfice devant les tribunaux ? Notons que cette question est tout à fait différente de celle, examinée ci-dessus, du principe et des modalités de l'incorporation dans l'ordre juridique interne des normes internationales. Du fait que les dispositions d'un traité soient passées dans le droit interne, il ne résulte pas nécessairement que les individus puissent s'en prévaloir.

Pour les théoriciens de l'école dualiste, la réponse ne fait aucun doute: l'Etat est le seul sujet du droit international, les droits et obligations découlant des traités sont rapportés au groupe social pris dans son ensemble, ils ne s'appliquent qu'à la « personne » de l'Etat. Triepel écrit: « (Les individus) ne sont jamais ni sous aucun rapport gouvernés par les normes du droit international. Le droit international ne leur accorde des droits d'aucune sorte, ne leur adresse aucun ordre, aucune interdiction »²³. La théorie dualiste a pendant

²² Cour permanente de Justice internationale, avis consultatif n° 10, Série B, n° 10, p. 20.

²³ *Droit international et droit interne*, p. 252.

très longtemps inspiré la jurisprudence, non seulement en Angleterre où la solution découlait tout naturellement de la non-pénétration des normes conventionnelles dans l'ordre juridique interne, mais aussi en Autriche, en Allemagne, et même en France où les tribunaux proclamaient par ailleurs que les traités avaient « force de loi », ce qui montre bien qu'il s'agit de deux questions distinctes. La jurisprudence internationale était, de son côté, flottante²⁴.

On note comme premiers indices d'un revirement dans la jurisprudence interne des pays d'Europe continentale deux arrêts du *Reichsgericht* des 29 novembre 1927 et 28 mars 1928 et un arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam du 13 mars 1928; cette dernière décision déclarait très clairement que le traité de Lausanne concernait directement les droits et intérêts des ressortissants des Etats contractants, et que lesdits ressortissants étaient liés par ses dispositions²⁵. Mais le tournant décisif a été pris dans la jurisprudence internationale avec le célèbre avis consultatif n° 15 rendu le 3 mars 1928 par la Cour permanente de Justice internationale sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig*²⁶. Il s'agissait de savoir si le personnel des chemins de fer de Dantzig passé dans l'administration polonaise pouvait se prévaloir devant les tribunaux, à l'appui de certaines revendications pécuniaires, des dispositions d'un accord dantziko-polonais dit *Beamtenabkommen*. La Cour déclare: « Le *Beamtenabkommen* fait-il partie du complexe de dispositions qui régissent les rapports juridiques entre l'administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantziçois passés à son service? La réponse dépend de l'intention des parties contractantes... On ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et des obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Que telle ait été l'intention dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux termes du *Beamtenabkommen*. » *L'intention des parties*, c'est-à-dire des gouvernants des Etats signataires, *de créer des droits et des obligations pour les individus*: tel est le fil conducteur qui guidera désormais la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, et qui nous guidera aussi dans le paragraphe II de cette étude. Cette nouvelle orientation, qui reconnaît l'individu comme sujet du droit international et lui donne au moins une vocation à se prévaloir directement et personnellement de ses dispositions, s'est traduite dans la constitution de la République fédérale d'Allemagne

²⁴ Voir les nombreuses décisions rapportées dans Rousseau, p. 431 à 434 et Sibert, p. 364 à 266.

²⁵ *Annual Digest*, 1927-8, n° 285, p. 415.

²⁶ Série B, n° 15, p. 17.

par la clause de l'article 25 aux termes de laquelle les règles du droit international « ... font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. »

On ne peut donc définir le droit des individus à se prévaloir des dispositions des traités par une formule uniforme. C'est une question d'espèce. Il serait imprudent de dire, comme la constitution allemande semble le laisser entendre, qu'un traité crée *toujours* des droits et des obligations directement applicables aux individus, mais il *peut* en créer. Dans quel cas ce résultat sera-t-il atteint ? D'après ce qui semble être la position dominante dans le droit international actuel, deux éléments doivent être considérés.

1. Le premier élément, c'est suivant les termes mêmes de l'avis consultatif n° 15 l'*intention des parties contractantes*. Cette intention ressortira en général des *dispositions intrinsèques du traité*, et avant tout de son *objet*. Il est peu vraisemblable qu'un pacte d'alliance militaire ou politique puisse avoir une incidence directe sur des situations individuelles. Une rectification conventionnelle de frontière peut au contraire affecter des intérêts privés. A plus forte raison une convention internationale sur la nationalité, les droits des étrangers, l'état des personnes, la propriété industrielle ou littéraire, crée des règles de droit manifestement destinées aux gouvernés plus qu'aux gouvernants.

2. Le second élément doit être recherché, non seulement dans les *dispositions intrinsèques du traité* (et ici c'est principalement leur rédaction qui devra être considérée), mais aussi dans les *structures d'accueil des Etats signataires*. Pour qu'un traité puisse être directement appliqué aux individus et invoqué par eux au même titre qu'une loi interne il faut, d'une part que ses dispositions soient assez complètes et précises, d'autre part que les institutions de l'Etat signataire en permettent l'application immédiate. C'est à cette double condition que le traité sera, suivant la terminologie habituelle empruntée au droit anglais, *self executing*, et la question de savoir si tel traité y répond est évidemment une question d'espèce laissée à l'appréciation des tribunaux²⁷. Les tendances très libérales de la jurisprudence la plus récente dans beaucoup de pays confirment le déclin de la doctrine dualiste: on ne conteste plus que l'individu puisse être un sujet de droit international et puisse se prévaloir des dispositions d'un traité, à condition que celles-ci se prêtent à une application immédiate. On connaît le célèbre *Sei Fujii case*, à l'occasion duquel une cour d'appel de Californie a estimé que les articles 1, 2 et 55 de la Charte des Nations Unies étaient *self executing* et qu'un sujet japonais pouvait les invoquer pour contester la

²⁷ Ch. Hyde, p. 1462 et suiv.

validité d'une loi interdisant à certaines catégories d'étrangers l'acquisition de biens immobiliers²⁸. Devant le Conseil d'Etat français, un plaideur a récemment attaqué une décision de l'administration qui refusait de proroger la validité de son passeport, en se fondant sur la Déclaration universelle des droits de l'homme; on peut déduire *a contrario* des motifs de l'arrêt qui a rejeté le recours que si le texte adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948 avait pris la forme d'un pacte signé et ratifié par la France, le requérant aurait eu de fortes chances d'obtenir satisfaction²⁹. Notons qu'un traité peut parfaitement être *self executing* dans un pays signataire et non dans un autre, puisque ce caractère dépend de deux conditions, l'une interne et l'autre externe au document. Si complètes et précises que soient les dispositions d'une convention, il est possible que les institutions d'un Etat ne se prêtent pas à leur application immédiate; la convention n'aura alors d'effet qu'à l'égard des gouvernants, qui seront tenus d'effectuer les adaptations nécessaires. Nous verrons dans le paragraphe II dans quelle mesure la Convention européenne des droits de l'homme peut à cet égard être considérée comme *self executing*.

La terminologie juridique française ne semble pas s'être fixée sur une traduction communément admise des mots *self executing*. Nous proposerons l'expression *susceptible d'application immédiate*, le mot *immédiate* étant entendu dans son sens le plus littéral, comme *sans intermédiaire*.

§ II. LA CONVENTION EUROPÉENNE : PRINCIPE DE SON APPLICATION DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

Les explications qui précèdent ont pu sembler parfois nous conduire très loin de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Nous persistons à croire qu'elles étaient nécessaires, car elles sont la toile de fond sur laquelle les données particulières à la Convention européenne apparaîtront immédiatement et clairement.

Procédons à un rapide bilan des points à étudier et de la documentation disponible. Quatorze Etats ont ratifié la Convention européenne et le Protocole additionnel. La question est de savoir, pour chacun de ces Etats: 1) si les dispositions de la Convention et du Protocole ont été incorporées dans l'ordre juridique interne, 2) dans

²⁸ *American Journal of International Law*, 1950, p. 590 et 1952, p. 559.

²⁹ Conseil d'Etat, 11 mai 1960, *Sieur Car*, *Journal du droit international* (Clunet), 1961, p. 404, note R. Pinto.

l'affirmative, quelles sont les conditions et les conséquences de cette intégration. Nous chercherons une réponse dans les textes constitutionnels et législatifs, dans les travaux parlementaires et dans la jurisprudence des tribunaux. Or nos sources de documentation, et principalement l'*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* (tomes II et III) et les *International Law Reports*, nous informent sur les solutions adoptées dans neuf seulement des Etats liés par la Convention: République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni. La question ne semble pas encore avoir été débattue devant le Parlement ni devant les tribunaux dans les cinq autres Etats: Danemark, Luxembourg, Norvège, Suède et Turquie. Par ailleurs, les constitutions de ces cinq Etats ne comportent aucune disposition qui permette de donner une réponse décisive. Nous nous limiterons donc à l'exposé des solutions du droit positif dans les neuf pays énumérés ci-dessus, et nous abstiendrons de toute conjecture sur les solutions à attendre dans les cinq autres pays. Nous décomposerons la question comme nous l'avons fait dans le paragraphe I, sauf que les points 1) et 2) pourront être groupés sans nuire à la clarté de la discussion, et c'est dans le même ordre que nous en étudierons les différents aspects.

1° – Les dispositions de la Convention européenne s'intègrent-elles dans l'ordre juridique interne ?

La réponse est négative pour trois Etats, affirmative pour les six autres.

a) Première solution: exclusion de l'ordre juridique interne

1. Nous commencerons par le cas le plus simple, celui de l'Irlande. La solution est fondée sur la tradition « dualiste » du droit anglais, sur un texte constitutionnel formel et sur un arrêt de la Cour suprême.

L'article 29 de la constitution irlandaise du 1er juillet 1937 déclare: « (3) L'Irlande accepte les principes de droit international généralement reconnus comme règles de conduite dans ses rapports avec les autres Etats ... (6) Aucun accord international ne fera partie de la loi interne de l'Etat, sauf dans les cas déterminés par le Parlement (*Oireachtas*) ». C'est la traduction sous une forme écrite de la tradition constitutionnelle anglaise telle que nous l'avons schématiquement décrite: adoption du droit international coutumier comme « loi du pays »; exclusion du droit international conventionnel tant qu'il n'a pas été coulé dans le moule d'une loi interne. Le jour où la Cour suprême a été saisie par le biais d'une procédure d'*habeas corpus* d'un recours fondé sur la violation des articles 1, 5 et 6 de la Convention, elle ne pouvait donc que le rejeter, vu que les

dispositions de la Convention n'avaient pas été incorporées dans une loi irlandaise. L'espèce à l'occasion de laquelle a été rendu cet arrêt de principe n'est autre que la célèbre affaire *G. R. Lawless*, qui en était alors à son stade initial et qui devait trouver son terme quatre ans plus tard devant la Cour européenne de Strasbourg³⁰. Rappelons que Lawless avait, le 12 juillet 1957, été frappé d'une mesure d'internement administratif comme suspect d'appartenir à une organisation armée clandestine et illégale, et cela en vertu d'une loi de 1940 sur la sûreté de l'Etat. Il engagea une procédure d'*habeas corpus* qui vint en définitive devant la Cour suprême. Outre plusieurs autres moyens, il faisait valoir que la disposition législative invoquée contre lui était contraire aux articles 1, 5 (al. 1) et 6 de la Convention européenne, et que le gouvernement irlandais était lié par cette Convention. La Cour a statué par un arrêt du 3 décembre 1957³¹. Sur le moyen indiqué ci-dessus, la Cour rappelle le caractère rigide de la constitution irlandaise et les termes de l'article 29 (6), et déclare:

L'*Oireachtas* n'a pas décidé que la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales devait faire partie de la législation interne de l'Etat; la Cour ne peut donc faire exécuter la Convention si celle-ci est contraire à la législation interne ou tend à conférer des droits ou imposer des obligations en plus de ceux prévus par ladite législation. Aucun argument ne peut prévaloir contre la clause impérative du paragraphe 6 de l'article 29 de la Constitution aux yeux des juges qui ont expressément pour devoir de maintenir la constitution et les lois. En conséquence la Cour ne peut admettre l'idée que la primauté de la législation interne se trouve écartée par le fait que l'Etat soit devenu partie à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour a donc rejeté la requête de Lawless, qui n'avait plus dès lors qu'à tenter sa chance devant les instances européennes.

2. Une solution identique a été adoptée en *Islande*, par un jugement du tribunal municipal de Reykjavik du 28 juin 1960³². Un contribuable demandait l'annulation d'une décision du fisc, qui l'avait taxé en application d'une loi de 1957 instituant un impôt sur les grandes propriétés foncières, et soutenait que cette loi était incompatible avec les dispositions de la Convention européenne. Bien que ne pouvant motiver sa décision, comme dans l'espèce précédente, par un texte constitutionnel formel, le tribunal a rejeté

³⁰ *Revue de la Commission internationale de Juristes*, tome III, n° 2, p. 116 et suiv.

³¹ *Annuaire*, II, p. 608; *I.L.R.*, 1957, p. 420. Dans l'arrêt de la Cour suprême d'Irlande, le nom du demandeur est cité suivant l'orthographe irlandaise: *O' Laighleis*.

³² *Annuaire*, III, p. 642.

la demande. Tout en reconnaissant que la Convention européenne a été signée et ratifiée par l'Islande, il déclare :

Toutefois cette convention n'a pas reçu force de loi dans le pays, ni à titre de loi générale ni à titre de loi constitutionnelle. Le demandeur ne peut, dans ces conditions, fonder ses conclusions devant le tribunal sur ladite convention en alléguant qu'elle lui accorde le droit de ne pas se voir appliquer les dispositions fiscales de la loi n° 44/1957.

Notons qu'un autre contribuable avait porté un recours contre la même loi devant la Commission européenne des droits de l'homme, qui l'a rejeté par décision du 20 décembre 1960³³.

3. Il ne fait aucun doute que cette solution est enfin celle du droit positif au *Royaume-Uni*. Sans doute n'existe-t-il encore, au moins à notre connaissance, aucune décision de jurisprudence sur ce point. Il n'y a, bien entendu, aucun texte constitutionnel. Mais nous pouvons en toute sûreté fonder notre affirmation, d'une part sur une tradition constitutionnelle très forte, d'autre part sur la position prise par le gouvernement britannique devant le Parlement.

La tradition constitutionnelle, nous l'avons déjà exposée. Le principe est qu'il appartient au gouvernement et à lui seul de se prononcer sur l'exécution de ses obligations internationales; il lui appartient, s'il l'estime opportun et quand il le jugera opportun, de demander au Parlement de voter une loi qui transformera la norme internationale en règle juridique interne. Quant au traité lui-même, il ne concerne que les gouvernants. C'est le dualisme à l'état pur. Il est intéressant d'observer que cet aspect parmi beaucoup d'autres du droit constitutionnel anglais a été transposé sous une forme écrite dans la constitution de l'Inde. La partie IV de cette constitution est consacrée aux « Principes directeurs de la politique générale de l'Etat » Elle contient un article 51 sur les relations internationales, aux termes duquel l'Etat doit notamment « respecter le droit international et les obligations découlant des traités ». Mais elle comporte aussi un article 37 qui dit en substance: les principes exposés dans ladite partie IV sont fondamentaux, ils doivent orienter le gouvernement du pays, c'est le devoir de l'Etat de les respecter... mais aucun tribunal ne peut lui en imposer l'application³⁴.

D'autre part le porte-parole du gouvernement britannique a très fortement exprimé à deux reprises, devant la Chambre des Communes, sa volonté de ne pas se départir de cette tradition. Le débat avait pour objet la reconnaissance par le Royaume-Uni de la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme

³³ *Annuaire*, III, p. 394 (requête n° 511/59).

³⁴ Voir sur ce point H. Mosler, *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, *Recueil* 1957, I, p. 636 et suiv.

en matière de requêtes individuelles, que l'article 25 de la Convention laisse à la discrétion des Etats signataires. Le 26 novembre 1958, répondant à une question orale de M. Brockway, le sous-secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères, M. D. Ormsby-Gore, déclarait: « Le gouvernement de Sa Majesté s'est toujours refusé à reconnaître le droit de recours individuel parce qu'il considère que les Etats sont les véritables sujets du droit international, et que si des droits sont accordés aux particuliers en vertu de traités internationaux, la mise en application de ces droits doit être laissée à la législation nationale des Etats intéressés... Lorsque l'Etat devient partie à une convention, il veille à ce que les lois soient conformes à la convention, et les cas individuels sont alors jugés d'après la législation nationale ». Le 25 juin 1959, M. Elwyn Jones a courageusement tenté de remonter le courant et adjuré le gouvernement de reconnaître le droit de recours individuel; il soulignait que l'individu était aujourd'hui à peu près unanimement reconnu comme sujet du droit international, et qu'en lui refusant de saisir directement la Commission on privait la Convention d'une grande partie de sa portée. Répliquant au nom du gouvernement, M. Allan a entièrement maintenu sa position, déclarant notamment: « Il a toujours été entendu que le gouvernement britannique n'accepterait pas le droit de recours individuel, et cette conviction est parfaitement conforme à la conviction que l'introduction des requêtes incombe aux Etats... Les obligations assumées du fait de la Convention incombent au gouvernement, et nous entendons y faire honneur »³⁵.

Le seul effet de la Convention européenne, dans les trois Etats signataires qui viennent d'être mentionnés, sera donc d'obliger les gouvernants à adapter leurs législations nationales respectives: obligation sans délai ni sanction autre que la très improbable mise en jeu de la responsabilité de l'Etat réfractaire par les autres Etats contractants. Rappelons d'ailleurs que l'article 57 de la Convention oblige chacune des parties à fournir sur demande au secrétaire général du Conseil de l'Europe « les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention ». Un exemple intéressant de cette adaptation du droit interne a été donné par l'un des Etats qui n'ont pas encore pris position sur la question de principe, la Norvège. L'article 2 de la constitution norvégienne, après avoir dit que la religion évangélique luthérienne demeurerait la religion officielle de l'Etat, déclarait *ex abrupto*: « Les jésuites ne sont pas tolérés ». En ratifiant la Convention, le gouvernement norvégien avait cru devoir faire des réserves sur l'article 9 qui consacre la liberté de religion sous ses divers aspects. Par la suite, le Parlement norvégien s'est mis

³⁵ *Annuaire*, II, p. 546 et suiv.

tout à fait en règle en votant une loi du 1er novembre 1956 qui élimine de la constitution cette disposition peu conforme à la liberté des cultes, et en tout cas peu courtoise pour ceux qu'elle concernait³⁶.

b) Seconde solution: intégration dans l'ordre juridique interne

1. Il semble que cette solution soit celle du droit positif actuel en *Italie*, bien qu'elle n'ait encore été consacrée, à notre connaissance, par aucune décision de jurisprudence: elle ressortirait des travaux préparatoires et du texte même de la loi de ratification, dont l'article 2 dit que « pleine et entière exécution est donnée » aux dispositions de la Convention et du Protocole³⁷.

2. Pour les cinq autres pays compris dans ce groupe – *République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Grèce et Pays-Bas* – une jurisprudence déjà importante et toujours constante des tribunaux nationaux nous permet d'affirmer sans aucun doute possible que les dispositions de la Convention européenne et du Protocole additionnel sont considérées comme partie intégrante du droit interne.

Dans la majorité des cas cette solution ressort de ce que la juridiction, saisie d'une demande fondée sur une ou plusieurs de ces dispositions, cherche immédiatement à définir le sens et la portée du texte invoqué, tranchant implicitement par l'affirmative la question préalable de son applicabilité. Donc, toutes les décisions de jurisprudence qui seront analysées ci-dessous sont autant de réponses affirmatives à cette question de principe. Nous nous bornerons pour l'instant à citer deux décisions qui abordent de front le problème et lui donnent une solution explicite.

La première est une décision rendue en *Allemagne*. Aux termes de l'article 59 de la constitution allemande, le président de la Fédération négocie les traités; ceux-ci, quand ils sont destinés à lier la Fédération dans son ensemble, doivent être ensuite ratifiés par le Parlement fédéral dans les formes prévues pour le vote de la législation fédérale. La constitution ne prévoit pas d'autre condition pour la mise en vigueur des traités. La Convention européenne a suivi les étapes de cette procédure. La question de l'incidence de sa ratification sur le droit interne allemand a été posée pour la première fois devant la Cour administrative supérieure de Münster, à l'occasion d'une espèce que nous analyserons plus loin. La Cour a

³⁶ *Annuaire des droits de l'homme* (publié par le Secrétariat général des Nations Unies), 1956, p. 175.

³⁷ En ce sens: A. Süsterhenn, *L'application de la Convention européenne sur le plan du droit interne*, p. 310.

tranché la question en des termes très clairs dans un arrêt du 25 novembre 1955³⁸. Elle commence par poser ainsi le problème:

... Il convient d'examiner si les dispositions de la Convention sont du droit positif et sont applicables par les tribunaux allemands, ou si elles impliquent seulement l'engagement pris par la République fédérale d'Allemagne de mettre son droit interne en conformité avec les dispositions de la Convention. La jurisprudence n'a pas encore tranché cette question ...

La Cour expose ensuite les diverses positions prises par les auteurs. N'oublions pas que le droit allemand, profondément influencé par Heinrich Triepel, a longtemps été l'une des citadelles du dualisme, et que les dispositions de la constitution de 1949 sont loin d'être explicites. Les jeux étaient donc loin d'être faits. C'est cependant dans un sens diamétralement contraire à la tradition dualiste que la Cour de Münster s'est prononcée:

La Cour considère ... que l'article 2 de la loi portant approbation de la ratification n'est pas seulement une loi formelle ... mais aussi une loi au sens matériel du terme. D'où il résulte *que la Convention est devenue un texte de droit interne, donc faisant partie du droit positif directement applicable.*

Depuis lors la jurisprudence allemande n'a pas varié de cette position, et nous verrons au paragraphe III que c'est elle qui est de très loin en tête quant au nombre de décisions rendues sur le fond même des dispositions de la Convention.

La seconde décision de principe a été rendue en *Autriche*. L'Autriche n'a ratifié la Convention et le Protocole qu'en septembre 1958. Aux termes des articles 49 (1) et 50 (1) de la constitution, les traités doivent être ratifiés par le Conseil national (*Nationalrat*) et publiés par ordre du chancelier fédéral au journal officiel de la Fédération (*Bundesgesetzblatt*). Leurs dispositions passent-elles de ce fait dans l'ordre juridique interne? La question a été posée pour la Convention européenne devant la Cour constitutionnelle, qui y a répondu par l'affirmative dans un arrêt du 27 juin 1960³⁹:

A la suite de son approbation par le Conseil national ... et de sa publication au journal officiel fédéral ... la Convention a acquis la qualité d'une source de droit *en tant que disposition équivalente à une loi fédérale*, et sa force obligatoire *en droit interne* n'est pas discutable.

Il nous reste à préciser quelles sont, aux deux points de vue déjà indiqués, les conséquences de l'entrée dans l'ordre juridique interne des dispositions de la Convention et du Protocole. Il va sans dire que dans la suite de notre étude, nous n'aurons plus à consi-

³⁸ *Annuaire*, II, p. 572; *I.L.R.*, 1955, p. 608.

³⁹ *Annuaire*, III, p. 616.

dérer que les six Etats dans lesquels cette incorporation dans le droit interne a été explicitement ou implicitement reconnue.

2° – Quelle est la place des dispositions de la Convention européenne dans la hiérarchie des normes du droit interne?

Nous préférons ne pas nous prononcer sur l'état du droit en Belgique, en Grèce et en Italie: aucun texte constitutionnel ni législatif, ni aucune décision de jurisprudence, tout au moins à notre connaissance, ne permet de donner une réponse sûre. Nous avons au contraire au moins quelques éléments de solution pour les trois autres pays.

a) *Primauté de la Convention sur les lois ordinaires?*

Nous avons rapidement indiqué dans le premier paragraphe que dans l'opinion du professeur Paul de Visscher ce système était celui du droit positif actuel en Allemagne et en Autriche. En réalité la question est complexe, et nous ne classerons le droit allemand et autrichien sous cette rubrique que sous la réserve d'un grand point d'interrogation.

1. Aux termes de l'article 25 de la constitution de la *République fédérale d'Allemagne*: « Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral. Elles priment les lois ... » La formule « les règles générales du droit international » (*die allgemeinen Regeln des Völkerrechts*), qui reproduit une formule à peu près identique de l'article 4 de la constitution de 1919 (*die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts*), vise manifestement le droit international coutumier. L'article 25 de la constitution ne tranche donc pas formellement la question de la primauté du droit international conventionnel sur les lois ordinaires. C'est d'ailleurs ce qu'a déclaré la Cour constitutionnelle fédérale dans un arrêt du 10 mai 1957, en rejetant un recours fondé sur ce qu'une violation de la Convention européenne constituerait *ipso facto* une violation de l'article 25 de la constitution⁴⁰.

Deux autres décisions de la Cour constitutionnelle fédérale en date des 18 novembre 1954 et 21 mars 1957 rejettent également des recours fondés sur la prétendue violation, le premier de certains articles de la Convention, le second de l'article 1er du Protocole⁴¹. Mais ces arrêts sont simplement fondés sur ce que les décisions attaquées étaient antérieures en date à l'entrée en vigueur de la Convention et du Protocole. Ils ne tranchent donc pas la question qui nous occupe.

⁴⁰ BVG, 6, p. 389.

⁴¹ BVG, 4 p. 110 et 6 p. 290.

D'autre part, l'article 100 de la constitution indique les conditions dans lesquelles la question de la validité constitutionnelle d'une loi peut être soulevée devant un tribunal. Aux termes de l'alinéa 1, le tribunal doit surseoir à statuer et provoquer une décision de la Cour constitutionnelle fédérale. L'alinéa 2 ajoute: « Si le tribunal a des doutes sur le point de savoir si une règle de droit international constitue une partie intégrante de la législation fédérale . . . , le tribunal provoquera une décision de la Cour constitutionnelle fédérale ». Il semble que cette disposition mette sur le même plan le droit international conventionnel et coutumier, mais elle ne dit pas d'une façon formelle que le droit conventionnel aura le pas sur la loi ordinaire au même titre que le droit coutumier.

Voici enfin un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 janvier 1960 qui a été abondamment commenté et critiqué⁴². Dans cette affaire, un prévenu condamné par le tribunal de Munich à une peine de dix-huit mois de réclusion pour tentative d'avortement avait interjeté appel, et il demandait sa mise en liberté provisoire jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue sur les poursuites. Sa demande de mise en liberté ayant été rejetée successivement par le tribunal et par la cour d'appel de Munich, il introduisit un recours constitutionnel. Son recours était fondé sur deux moyens: 1) violation des articles 2 (2) et 104 (1) de la constitution sur les libertés individuelles, ce qui est sans intérêt pour la question qui nous occupe; 2) violation des articles 5 (3) et (4) et 6 (1) de la Convention européenne. La Cour, après avoir assez longuement motivé le rejet du premier moyen, rejette également le second moyen en déclarant:

Un recours constitutionnel ne peut être fondé sur la Convention des droits de l'homme (article 90 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale).

Plusieurs commentateurs ont justement observé que ces motifs étaient plutôt une pétition de principe, et qu'ils étaient un peu courts pour trancher une question de cette importance! On a également observé que l'arrêt avait été rendu par le comité chargé de l'examen préalable des recours constitutionnels, et que la Cour statuant en séance plénière aurait peut-être adopté une position différente.

Il est également possible que la question ait été mal posée. Quand on parle de la primauté de la Convention européenne, ou en général des dispositions d'un traité, sur la loi fédérale ordinaire, que veut-on dire exactement? On entend que le législateur fédéral ne pourra ultérieurement, par une mesure unilatérale, prendre des dispositions qui y dérogent ou qui y soient contraires. Par exemple

⁴² *Annuaire*, III, p. 628. On trouvera sous cet arrêt les références des commentaires dont il a déjà fait l'objet.

une loi fédérale ne pourrait, en présence des dispositions très claires de l'article 3 de la Convention, introduire la torture dans l'instruction pénale ou les mutilations corporelles dans l'échelle des peines. Mais cela ne signifie pas nécessairement que les dispositions de la Convention aient une valeur constitutionnelle, ni qu'un recours constitutionnel soit le moyen approprié pour en sanctionner la violation. Entre « primauté » et « constitutionnalité », il y a une nuance. La Cour suprême fédérale, à laquelle l'article 95 (1) de la constitution confie le soin de veiller à l'harmonie de la législation fédérale, aurait peut-être été mieux qualifiée pour trancher le conflit.

2. Passons maintenant à l'*Autriche*. La constitution autrichienne prévoit également une Cour constitutionnelle à laquelle sont consacrés les articles 137 à 148. Aux termes de l'article 144, la Cour constitutionnelle statue sur les recours formés contre des mesures ou décisions de l'administration, et fondés sur la violation des droits « garantis par la constitution ». Aux termes de l'article 145, la Cour constitutionnelle statue « sur les violations du droit international, conformément aux dispositions d'une loi fédérale spéciale ». Il n'y a rien de très clair dans ces dispositions quant à la place du droit international conventionnel dans la hiérarchie des règles juridiques. Quelle est la position de la jurisprudence?

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juin 1960, déjà cité, ne nous donne pas de réponse décisive. Le recours dont elle était saisie était formé contre une décision du ministre des Finances prise en exécution d'une loi d'application du traité d'Etat. Il était fondé sur l'article 144 de la constitution, pour violation de certains « droits constitutionnellement garantis ». Parmi ces droits était invoqué celui, prévu par l'article 6 de la Convention européenne, à ce que toute cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Le requérant prétendait donc en substance: 1) qu'il y avait conflit entre la « loi d'application » et l'article 6 de la Convention; 2) que les droits protégés par la Convention prenaient rang parmi les « droits constitutionnellement garantis »; 3) que le conflit devait donc être tranché en faveur de la Convention. La Cour a rejeté le recours pour des raisons que nous exposerons ultérieurement. Nous retiendrons seulement, dans les motifs de l'arrêt, ces deux courts alinéas:

La Convention n'a par conséquent aucun effet sur l'application de la deuxième loi relative aux restitutions . . . L'inconstitutionnalité de la décision attaquée ne peut donc pas être déduite de l'article 6 de la Convention.

La Cour tranche donc le point 1) par la négative en déclarant qu'il n'y a pas conflit entre la loi d'application du traité d'Etat et la Convention. Cela la dispensait de trancher les points 2) et 3). Rappelons d'autre part que, dans le passage des motifs précédem-

ment cité, la Cour reconnaissait à la Convention la qualité de source de droit interne « *en tant que disposition équivalente à une loi fédérale* ». *Équivalente*, et non *supérieure*. Il semble que la Cour ait ainsi, au moins implicitement, situé les dispositions de la Convention à un niveau égal, mais non supérieur, à celui des lois fédérales ordinaires.

b) Primauté de la Convention sur toutes les lois, ordinaires et constitutionnelles

C'est, comme nous l'avons brièvement indiqué dans le premier paragraphe, le régime en vigueur aux Pays-Bas depuis la révision constitutionnelle de 1956. La situation est ici beaucoup plus claire, car elle est définie par des textes formels. Elle peut se résumer en deux points.

D'une part, en vertu de l'article 66 de la constitution, les dispositions des accords internationaux, donc de la Convention européenne et du Protocole, ont le pas sur les lois ordinaires, que celles-ci leur soient ou non antérieures en date. En cas de conflit, aucun doute n'est possible sur le sens dans lequel il doit être tranché.

D'autre part, en vertu de l'article 63: « Lorsque le développement de l'ordre juridique international le rend nécessaire, il peut être dérogé par un accord international aux dispositions de la constitution ». Cet accord doit seulement être ratifié par les deux Chambres des Etats généraux à une majorité renforcée. Observons qu'il n'est pas tout à fait exact de dire, comme on l'a fait parfois⁴³, que les traités en général et la Convention en particulier priment la constitution. C'est une primauté possible, mais qui n'est pas de droit, puisqu'elle est subordonnée à des conditions particulières de ratification. Mais le résultat pratique est identique du fait de l'article 60 de la constitution, aux termes duquel: « ... les tribunaux n'ont pas compétence pour se prononcer sur la validité constitutionnelle des accords internationaux ». Donc, que la Convention se trouve en conflit avec une loi ordinaire, antérieure ou postérieure, ou avec la constitution elle-même, rien ne peut faire obstacle à son application par les tribunaux.

3° – Dans quelle mesure les individus peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la Convention européenne ?

Il est entendu que nous traitons seulement des recours devant les juridictions internes des six Etats qui nous intéressent. Il n'est nullement question des recours dits « individuels » devant la Commission européenne des droits de l'homme. Nous avons vu au para-

⁴³ En ce sens: A. Süsterhenn, *loc. cit.*, p. 310.

graphe premier que le droit pour les gouvernés d'invoquer devant les tribunaux les dispositions d'un traité était subordonné à trois conditions: que l'intention des parties contractantes ait été de leur conférer ce droit, que les termes du document soient assez précis pour qu'il soit susceptible d'une application immédiate, que les structures d'accueil du pays intéressé soient propices à cette application. Nous savons également que certaines dispositions d'une convention peuvent être susceptibles d'application immédiate, et d'autres non, ou qu'elles peuvent l'être dans un pays signataire et pas dans un autre: c'est essentiellement une question d'espèce.

Dans le cas particulier de la Convention européenne, nous chercherons d'abord dans l'analyse de ses dispositions le sens d'une solution plausible, et ensuite dans l'étude de la jurisprudence la substance des solutions acquises.

a) *L'orientation de la Convention*

1. Il ressort très clairement de nombreuses dispositions de la Convention européenne que *l'intention des signataires*, ou au moins *des rédacteurs*, n'était pas seulement de lier les gouvernants, *mais aussi et surtout de donner des garanties aux gouvernés*. Nous citerons seulement les plus caractéristiques de ces dispositions.

Article 1er. Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.

Article 13. 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, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Article 26. La Commission ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes du droit international généralement reconnus . . .

Article 57. Toute Haute Partie contractante fournira sur demande du secrétaire général du Conseil de l'Europe les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention.

2. Dès le début des travaux préparatoires à l'élaboration de la Convention, en février 1950, deux thèses s'étaient opposées au sein de la commission d'experts chargée de la rédaction du projet. Les uns étaient favorables à un exposé de principes généraux que chaque partie appliquerait conformément à sa législation et à sa jurisprudence nationales. Les autres demandaient qu'une définition précise des droits à protéger en fixe la nature et la portée sous la forme de textes ayant une valeur législative propre. Sur les instruc-

tions du Comité des ministres, une commission de hauts fonctionnaires réunie en juin 1950 arbitra le différend. Le texte définitif de la Convention est la reproduction à peine modifiée du projet adopté par cette commission. Or ce projet avait emprunté à la deuxième thèse beaucoup plus qu'à la première, et ses rédacteurs entendaient bien donner *une définition détaillée des droits et libertés énumérés* ⁴⁴. En fait, les dispositions de la Convention sont dans l'ensemble *assez précises pour être susceptibles d'une application immédiate*.

Cette appréciation doit toutefois être nuancée. Il nous faut d'abord isoler dans la Convention celles de ses dispositions qui traitent directement des droits protégés. Ce sont celles contenues dans le titre I (articles 2 à 18), les autres titres ne comportant que des règles de procédure. Nous y ajouterons les articles 1 à 3 du Protocole additionnel. Toutes ces dispositions sont-elles à première vue susceptibles d'application immédiate, ou seulement certaines d'entre elles? M. Adolf Süsterhenn, membre allemand de la Commission européenne, retient comme *self executing* l'ensemble du titre I et les articles 1 et 2 du Protocole additionnel; il n'exclut que l'article 3 du Protocole, et il estime que cette solution est celle qu'a consacrée la jurisprudence allemande de ces dernières années ⁴⁵. Sur l'exclusion de l'article 3 du Protocole, aux termes duquel les parties s'engagent à organiser régulièrement des élections libres, personne ne fera certainement d'objection; il serait difficile de prétendre que cet article soit susceptible d'application immédiate. Mais pour le reste, il est bien difficile de donner à la formule proposée par M. Süsterhenn, sans doute valable en droit allemand, une portée générale.

3. Ici doit en effet intervenir le troisième élément de notre criterium, *les structures d'accueil du pays intéressé*. Nous le comprendrons immédiatement en lisant l'article 2 du Protocole, aux termes duquel « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». L'application de cette disposition ne fera certainement aucune difficulté en Allemagne; elle peut être plus délicate en Grèce ou en Turquie. Sans doute des règles simples et claires comme celles des articles 3, 7, 11, 12 ou 14 peuvent-elles être considérées comme étant à peu près n'importe où susceptibles d'application immédiate. Mais prenons l'article 6 qui fixe des directives très générales en matière de procédure civile et pénale; ces règles peuvent cadrer parfaitement avec les institutions de tel pays, nécessiter au contraire dans tel autre pays des adaptations jusqu'à l'issue desquelles leur stricte application ne peut se concevoir. On ne peut donc définir

⁴⁴ Voir sur ce point: *La Convention européenne des droits de l'homme* (brochure éditée par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1958), p. 24 et suiv.

⁴⁵ *Loc. cit.*, p. 303 et suiv.

par une formule de portée universelle ce qui, dans la Convention et le Protocole, est ou n'est pas *self executing*: le dosage devra être effectué dans la perspective propre à chacun des pays intéressés.

b) *Les réponses de la jurisprudence*

Chacune des décisions qui seront analysées dans le paragraphe III, et qui portent sur l'application de certaines dispositions du titre I de la Convention dans divers pays, peuvent être interprétées comme autant de réponses affirmatives de la jurisprudence au droit pour les individus de se prévaloir de ces dispositions devant les tribunaux nationaux. On verra que ce droit a été admis en *Belgique* pour l'article 8, en *Grèce* pour les articles 5 et 9, aux *Pays-Bas* pour l'article 9. La jurisprudence de la *République fédérale d'Allemagne* offre le choix de beaucoup le plus riche et semble, suivant l'analyse de M. Süsterhenn, admettre le caractère immédiatement exécutoire de la plupart des articles du titre I. Cela ne signifie pas que tous les recours ont été couronnés de succès, loin de là, mais seulement que leur recevabilité n'a pas été mise en doute. Pour l'*Italie* nous ne connaissons aucune décision.

Le cas de l'*Autriche* mérite une mention spéciale. Revenons une fois encore à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juin 1960, déjà cité à deux reprises. On se souvient que dans une première partie des motifs la Cour déclarait que la Convention avait acquis la qualité d'une source de droit équivalente à une loi fédérale, et que sa force obligatoire en droit interne n'était pas discutable. Cela pour le principe. Voici maintenant pour l'application. Le recours était fondé sur l'article 6 de la Convention. La Cour en vient donc à analyser l'article 6 et déclare:

La Cour estime que l'article 6 de la Convention n'est pas immédiatement applicable et exécutoire; à son avis, cet article est *non self executing* . . . 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.

Il n'y a rien de contradictoire dans cet arrêt. Il montre au contraire très bien qu'une convention peut être incorporée dans le droit interne sans que toutes ses dispositions soient par cela même susceptibles d'application immédiate: ce sont deux questions tout à fait différentes. Nous avons vu aussi que l'article 6 était l'un de ceux dont on pouvait très sérieusement contester le caractère *self executing*. Par ailleurs, avant que la Cour ait statué et dès le 23 septembre 1959, le gouvernement autrichien avait déposé devant

le *Nationalrat* un projet de loi constitutionnelle tendant « à remplir les engagements assumés du fait de la ratification de la Convention européenne »⁴⁶. Ce projet, qui n'a d'ailleurs pas encore été voté, incorpore à la constitution presque textuellement les dispositions des articles 3, 7, 8 (1) et 12 de la Convention; il incorpore d'autre part à la loi fondamentale du 21 décembre 1867 l'essentiel de l'article 10 de la Convention et de l'article 2 du Protocole. Cette démarche qui aura pour effet de donner à ces dispositions une valeur constitutionnelle est certainement excellente. Mais l'exposé des motifs laisse apparaître une contradiction certaine entre la position du gouvernement et celle de la Cour constitutionnelle. Il dit en effet⁴⁷:

Le gouvernement fédéral a estimé, lors de la signature et de la ratification de la Convention et du Protocole, que ces instruments ne créaient pour l'Autriche d'autre obligation que celle d'adapter sa législation interne aux dispositions de la Convention et du Protocole dans la mesure où la législation autrichienne n'y était pas déjà conforme . . . Par contre ces instruments n'ont pas donné naissance à un droit positif immédiatement applicable. Le gouvernement fédéral les considère comme non *self executing* . . . Cette interprétation a reçu l'agrément du *Nationalrat* et de sa commission compétente. Néanmoins cette interprétation, qui semble pouvoir s'appuyer sur le texte même de la Convention, est discutée par certains. Le préambule (du projet de loi) a donc pour but de préciser l'interprétation qui sera désormais obligatoire, à savoir: en ce qui concerne l'Autriche, la Convention n'est pas immédiatement applicable.

Ainsi, alors que la Cour a très judicieusement distingué les deux questions, celle de l'incorporation de la Convention prise dans son ensemble dans l'ordre juridique interne, et celle du caractère *self executing* de telle ou telle de ses dispositions prise en particulier, le gouvernement semble les confondre. En refusant en bloc à toutes les dispositions de la Convention le caractère *self executing*, il est manifeste qu'il entend en réalité contester l'automatisme de leur incorporation dans l'ordre interne. En affirmant que la Convention n'a pu avoir d'autre effet que d'obliger les autorités constitutionnelles responsables à adapter la législation aux principes qu'elle énonce, il exprime une adhésion tout à fait inattendue à la doctrine dualiste⁴⁸. On observera au surplus que le gouvernement a omis d'inclure dans le projet de loi des dispositions répondant à celles de l'article 6 de la Convention, que la Cour avait jugées n'être pas susceptibles d'application immédiate: sans doute estime-t-il que sur ce point la législation autrichienne donnait par avance satisfaction aux principes de l'article 6. Comment conclure, sinon qu'aussi

⁴⁶ *Annuaire*, II, p. 528 et suiv.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 539 à 541.

⁴⁸ En ce sens: K. Vasak, *Was bedeutet die Aussage "ein Staatsvertrag sei self executing"?*, dans *Juristische Blätter* (Vienne), 23 décembre 1961, p. 621-2.

longtemps que la nouvelle loi constitutionnelle n'aura pas vu le jour nous sommes autorisés à considérer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle comme étant l'expression du droit positif autrichien sur la question. Cette jurisprudence est conforme à la tradition de l'école viennoise de droit international dont un des plus brillants représentants, le professeur Alfred Verdross, dans la dernière édition de son *Völkerrecht*, soulignait récemment l'importance et l'étendue des droits conférés aux individus par la Convention européenne⁴⁹.

Nous résumerons comme suit les solutions du droit positif sur les questions étudiées dans le présent paragraphe.

1. Dans six au moins des Etats ayant ratifié la Convention européenne, les dispositions de la Convention et du Protocole sont entrées dans l'ordre juridique interne.

2. Hors le cas des Pays-Bas, il est malaisé de fixer pour chaque pays la place exacte de ces dispositions dans la hiérarchie des normes internes.

3. Si l'on s'en tient à l'esprit et à la lettre de la Convention, et notamment au texte de l'article 13, les dispositions du titre I sont en règle générale susceptibles d'application immédiate. La question doit cependant être envisagée séparément pour chaque article et pour chaque pays.

§ III. L'INTERPRÉTATION DES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

Les questions de recevabilité étant supposées résolues, il nous reste à voir comment la jurisprudence des tribunaux internes a interprété le fond même de certaines dispositions de la Convention européenne. Précisons d'abord les limites du sujet. 1) Cette jurisprudence ne concerne que les dispositions définissant les droits et libertés garantis, donc celles du titre I de la Convention et des articles 1 à 3 du Protocole. 2) Les solutions consacrées par cette jurisprudence ne valent, que pour le droit interne du pays considéré. C'est aux instances internationales – Commission des droits de l'homme, Comité des ministres, Cour européenne des droits de l'homme – qu'il appartient d'interpréter les mêmes dispositions sur le plan du droit international. Il y aura cependant, entre les jurisprudences nationales et la jurisprudence internationale, d'inévitables interférences. 3) Nous ne connaissons de décisions jurisprudentielles

⁴⁹ A. Verdross, *Völkerrecht* (4ème édition), p. 498-9. Vienne, 1959.

sur le fond du droit que dans quatre seulement des six Etats ayant incorporé la Convention dans l'ordre interne : Allemagne, Belgique, Grèce et Pays-Bas; ces décisions portent sur une dizaine d'articles du titre I; nous n'en connaissons aucune sur le Protocole.

Nous classerons les décisions de la jurisprudence en deux groupes. Certaines concernent l'article 6, qui fixe les règles générales d'une bonne administration de la justice. Les autres concernent les droits et libertés proprement dits. Nous les analyserons successivement.

1° – Les règles d'une bonne administration de la justice (article 6)

Les décisions rapportées sous ce titre sont toutes empruntées à la jurisprudence allemande.

a) *Droit au libre choix d'un défenseur*

Aux termes de l'article 6, alinéa 3 (c), tout accusé a droit à l'assistance d'un avocat de son choix; d'autre part, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, il doit pouvoir être assisté gratuitement par un avocat commis d'office. Le Cour constitutionnelle fédérale a été saisie d'un recours formé par un prévenu qui, en s'appuyant sur cette disposition, prétendait cumuler les avantages du choix du défenseur et de sa gratuité. Par un arrêt du 16 décembre 1958, elle a rejeté le recours en condamnant l'interprétation tendancieuse sur laquelle il était fondé⁵⁰.

b) *Droit à la publicité des débats et des jugements*

Aux termes de l'article 6, alinéa 1, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue *publiquement*; le jugement doit également être rendu *publiquement*. L'application de ces règles a rencontré quelques difficultés, principalement dans deux domaines.

D'une part, le code de procédure civile allemand prévoit la possibilité d'une procédure écrite à l'issue de laquelle le jugement n'est pas rendu en audience publique, mais simplement notifié aux parties. Cette procédure est-elle compatible avec l'article 6? On l'a contesté devant la Cour suprême fédérale. Mais cette haute juridiction, dans un arrêt du 27 juin 1957, a rejeté le pourvoi en s'attachant avant tout à l'esprit de l'article 6 et en soulignant très justement que les débats et le prononcé publics du jugement ne sont pas nécessaires si les parties ont opté en faveur d'une autre procédure et que celle-ci tient compte équitablement des intérêts en présence⁵¹.

⁵⁰ BVG, 9, p. 36.

⁵¹ *Annuaire*, II, p. 596.

D'autre part, certaines juridictions administratives appliquent des règles de procédure particulières, qui ne prévoient pas le prononcé du jugement en audience publique après la clôture des débats oraux. Ces procédures ne sont-elles pas en contradiction avec l'article 6? La question a été posée devant la Cour administrative supérieure de Münster, qui l'a tranchée dans l'arrêt déjà cité du 25 novembre 1955⁵². Recherchant si les règles sur la publicité des audiences et des jugements valent aussi pour les tribunaux administratifs, la Cour déclare :

Cette disposition (de l'article 6) ne vise que les tribunaux qui décident, soit «des contestations sur les droits et obligations de caractère civil», soit «du bien-fondé de toute accusation en matière pénale». Il s'agit là, suivant l'expression consacrée, des tribunaux «ordinaires», c'est-à-dire des tribunaux civils et répressifs, mais non des tribunaux administratifs qui statuent sur des litiges de droit public . . . Le texte très clair n'autorise pas une interprétation extensive.

Cette solution a été également adoptée par la Cour fédérale administrative dans un arrêt du 30 janvier 1958, et par la Cour constitutionnelle fédérale dans un arrêt du 25 avril 1958. Notons que la Commission européenne des droits de l'homme, saisie de la même question par une requête n° 423/58, s'est également prononcée dans le même sens par une décision du 7 juillet 1959. Ainsi, dans l'interprétation commune, les dispositions de l'article 6 sur la publicité des audiences et des jugements ne s'applique qu'aux juridictions civiles et pénales, mais non aux juridictions administratives⁵³.

c) Compétence en matière répressive

La question peut rebondir dans les cas où une juridiction administrative exerce une compétence répressive. Elle a été posée devant la Cour suprême fédérale, à l'occasion du pouvoir pour certaines juridictions compétentes en matière fiscale d'infliger des amendes. Dans un arrêt du 21 avril 1959, la Cour a déclaré que les règles de procédure de ces juridictions respectaient les principes posés par l'article 6 et étaient donc parfaitement régulières⁵⁴.

2° – Les droits et libertés garantis

1. La Commission européenne des droits de l'homme a maintes fois constaté la tendance de certains plaideurs à lire entre les lignes

⁵² *Annuaire*, II, p. 572; I.L.R., 1955, p. 608.

⁵³ Voir sur cette question l'étude de J. Velu, *Le problème de l'application aux juridictions administratives des règles de la Convention européenne des droits de l'homme relatives à la publicité des audiences et des jugements*, dans la *Revue de droit international et de droit comparé*, 1961, p. 129 et suiv. (Bruxelles).

⁵⁴ BGH (S), 13, p. 102.

de la Convention pour y trouver la garantie de *droits purement imaginaires*⁵⁵. Nous trouvons dans certaines décisions internes le reflet de la même expérience. De la première phrase de l'article 5, « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté », on a prétendu déduire :

le droit pour l'individu de fixer sa résidence et d'exercer une activité *sur le territoire d'un Etat autre que celui dont il est ressortissant*; la Cour administrative supérieure de Münster a été saisie par un sujet italien, voyageur de commerce de profession, d'un recours contre une décision par laquelle l'administration refusait de renouveler son permis de résidence en Allemagne; par un arrêt du 13 avril 1954 elle a rejeté le recours, soulignant que la Convention n'avait conféré aux ressortissants des Etats signataires aucun droit de résidence sur le territoire des autres Etats⁵⁶;

le droit pour l'individu *au libre choix de sa résidence* sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant; la question a donné lieu à un arrêt du Conseil d'Etat de Grèce de 1954⁵⁷; un individu condamné à la déportation pour crime de rébellion prétendait que cette forme de privation de liberté n'était pas prévue par l'article 5; le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi, motif pris de ce que l'article 5 n'empêchait nullement l'administration d'éloigner de certaines parties du territoire national un individu dangereux pour la sécurité publique.

2. On a parfois voulu tirer d'habiles déductions de l'article 3 sur l'*interdiction des traitements inhumains*. C'est ainsi qu'un sujet tchécoslovaque a attaqué devant la Cour administrative supérieure de Berlin une décision qui le refoulait dans son pays d'origine. Il faisait valoir que s'il était renvoyé en Tchécoslovaquie il serait à peu près certainement condamné à mort pour désertion ou espionnage. Avant de se prononcer, la Cour a examiné de très près, d'une part les éléments à vrai dire assez confus produits par le requérant pour expliquer sa situation vis-à-vis des autorités tchèques, d'autre part les dispositions de la législation tchécoslovaque sur la répression des crimes pour lesquels il risquait d'être poursuivi. Ayant confronté les dispositions pénales de cette législation avec celles qui sont en vigueur dans plusieurs pays occidentaux la Cour, dans son arrêt du 28 septembre 1960, conclut⁵⁸ :

C'est donc dans les limites usuelles dans les pays occidentaux que sont comprises les peines prévues par le code pénal tchécoslovaque, de sorte que l'expulsion ne peut pas être considérée comme un traitement inhu-

⁵⁵ Voir le tableau des décisions rendues en ce sens par la Commission dans *Annuaire*, II, p. 493 à 495.

⁵⁶ *I.L.R.*, 1954, p. 209.

⁵⁷ *I.L.R.*, 1954, p. 168.

⁵⁸ *Annuaire*, III, p. 638.

main. Contrairement à l'opinion émise (par les premiers juges), un traitement ne devient pas inhumain uniquement par le fait que le requérant se trouve soumis à la justice d'un pays du bloc de l'Est.

3. La disposition de l'article 5 (3) sur les *garanties données au prévenu dans la procédure pénale* a été parfois invoquée à l'appui d'une demande de mise en liberté provisoire. Le texte dit que l'inculpé a le droit « d'être jugé dans un délai raisonnable, ou libéré pendant la procédure ». Un tribunal peut donc avoir à rechercher si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la durée de la détention préventive excède ou non les limites du « raisonnable ». C'est ce qu'a fait la Cour d'appel de Brême dans un arrêt du 17 février 1960⁵⁹. Elle déclare :

L'importance du délai dépend, entre autres, des difficultés de l'instruction, du temps écoulé depuis que l'infraction a été commise et du comportement de l'inculpé, lequel doit supporter une prolongation de sa détention préventive quand, par son comportement, l'instruction a été retardée. Mais le délai raisonnable sera dépassé si la durée de la détention préventive excède, sans qu'il y ait faute du détenu, la durée de la peine d'emprisonnement à laquelle il serait au maximum condamné si l'on tient compte raisonnablement de toutes les circonstances de l'affaire. Dans la présente espèce, l'inculpé . . . se trouve en détention préventive depuis environ quatre mois. Or, compte tenu de la gravité des délits qui lui sont reprochés, et aussi de ses condamnations antérieures, *il peut s'attendre à une peine privative de liberté de plus de quatre mois.* (Rejet du recours)

4. Les dispositions de l'article 8 sur *le respect de la vie privée et familiale* ont été invoquées dans plusieurs sens.

Voici une première espèce qui montre jusqu'où peut aller l'imagination des plaideurs dans l'exégèse des textes. Elle a donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 10 mai 1957, que nous avons précédemment cité au sujet du recours constitutionnel⁶⁰. Un individu avait été condamné à un an d'emprisonnement par le tribunal de Hambourg en vertu de l'article 175 du code pénal allemand qui réprime le délit d'homosexualité. Il commença par se pourvoir devant la Cour suprême fédérale, qui le débouta. Il introduisit alors devant la Cour constitutionnelle fédérale un recours dans lequel il contestait la validité de l'article 175 du code pénal. Le recours était fondé sur deux moyens : a) violation des « droits constitutionnellement garantis » par les articles 3 (2 et 3) et 2 (1) de la constitution, qui sont les droits à l'égalité des sexes et au libre développement de la personnalité (!); b) violation de l'article

⁵⁹ *Annuaire*, III, p. 634.

⁶⁰ BVG, 6, p. 389.

8 (1) de la Convention européenne sur le respect de la vie privée et familiale. La Cour a pris la peine de réfuter point par point la subtile argumentation du requérant dans un arrêt de plus de cinquante pages imprimées, dont une partie reproduit d'ailleurs les dépositions d'experts médicaux qui avaient été consultés sur les rapports entre l'homosexualité et le libre épanouissement de la personnalité. Sur le seul point qui nous intéresse, l'article 8 de la Convention, la Cour observe que la portée du principe énoncé dans l'alinéa premier est limitée par les dispositions du second alinéa, qui autorisent les ingérences de l'autorité publique nécessaires notamment « à la protection de la santé et de la morale ».

Beaucoup plus sérieux sont les recours dans lesquels l'article 8 a été invoqué à l'encontre de décisions administratives qui conduisaient à dissocier la vie familiale de conjoints de nationalités différentes. Voici deux espèces parallèles: dans l'une et l'autre, un sujet belge avait épousé une femme allemande; les époux éprouvaient les plus grandes difficultés à fonder un foyer, les autorités belges voulant expulser la femme quand ils se fixaient en Belgique, les autorités allemandes voulant expulser le mari quand ils se fixaient en Allemagne. Une affaire a été portée devant un tribunal allemand, l'autre devant un tribunal belge; ces juridictions ont statué dans des sens diamétralement différents. La Cour administrative fédérale, saisie de la première affaire, dans son arrêt en date du 25 octobre 1956, a adopté une interprétation de l'article 8 très favorable aux droits de la famille⁶¹. Voici l'essentiel de ses motifs :

Si la famille est menacée dans son unité et dans son intégrité, il y a lieu de concilier l'intérêt de la famille et l'intérêt général. C'est l'article 8 de la Convention qui précise dans quelle mesure l'intérêt général doit être pris en considération. En vertu de cet article, toute personne a droit au respect de sa vie familiale. L'ingérence de l'administration publique dans l'exercice de ce droit n'est admise que pour autant qu'elle est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. *Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.*

La Cour, retenant la violation de l'article 8 de la Convention européenne, a donc annulé l'arrêté d'expulsion rendu contre le mari. Au contraire la Cour de cassation de Belgique, statuant dans l'autre affaire par un arrêt du 21 septembre 1959, a confirmé la décision prise contre la femme en se fondant sur les motifs suivants⁶² :

⁶¹ *Annuaire*, II, p. 584; *I. L. R.*, 1956, p. 393.

⁶² *Annuaire*, III, p. 624.

Attendu que l'article 8 visé au moyen permet l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale d'une personne, lorsque cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue notamment une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la sûreté publique ou à la défense de l'ordre;

Attendu que l'article 12 (5) de la loi du 28 mars 1952 punit l'étranger renvoyé ou expulsé qui pénètre dans le royaume sans autorisation spéciale du ministre de la Justice;

Que la mesure prise contre la demanderesse est donc prévue par la loi.

5. Plusieurs recours ont été fondés sur les dispositions de l'article 9 concernant *la liberté religieuse et la liberté des cultes*.

La Cour suprême de Grèce, dans un arrêt n° 386/1955, a déclaré que les dispositions d'une loi de 1938, qui subordonne la construction et l'usage des édifices de culte de toutes les confessions à une autorisation préalable de l'autorité ecclésiastique compétente et du ministre des Cultes, ne sont nullement contraires à l'article 9 de la Convention⁶³ :

En effet l'article 9 reconnaît la liberté de religion, mais dispose qu'elle peut faire l'objet des restrictions qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La Cour de cassation des Pays-Bas, dans un arrêt du 13 avril 1960, a statué sur le pourvoi d'un pasteur de l'Eglise réformée contre un jugement qui le condamnait à payer le montant des cotisations prévues par la loi sur l'assurance-vieillesse⁶⁴. Le demandeur contestait la compatibilité de cette loi, si on prétendait l'appliquer aux ministres des cultes, avec l'article 9 de la Convention, la liberté des cultes impliquant que seule l'Eglise devait avoir la charge de pourvoir aux besoins de ses ministres. La Cour de cassation a rejeté ce moyen avec les motifs suivants :

La liberté garantie (par l'article 9) à chacun de manifester sa religion ou ses convictions ne coïncide pas avec la liberté de chacun de confronter les prescriptions législatives avec ses propres conceptions ou convictions religieuses; partant, la disposition invoquée de la Convention ne signifie pas que chacun serait libre de se soustraire à l'application de ces dispositions législatives, même lorsque celles-ci n'ont aucun rapport avec la manifestation de la religion ou des convictions, en alléguant la nullité ou l'impraticabilité de ces dispositions législatives sur la base de griefs tirés de conceptions ou de convictions religieuses.

6. L'article 13 proclame le droit pour toute personne dont les libertés ont été méconnues à un recours effectif devant une

⁶³ *Annuaire*, II, p. 606.

⁶⁴ *Annuaire*, III, p. 648.

instance nationale. La Cour constitutionnelle du Land Rhénanie-Palatinat a eu à se prononcer sur le point de savoir si cette disposition exigeait que le recours *constitutionnel* soit ouvert pour la protection de *tous* les droits garantis par la Convention. En fait, la constitution du Land de Rhénanie-Palatinat ne prévoit l'ouverture du recours constitutionnel aux particuliers que dans un cas, celui d'une nationalisation de biens privés. Cette limitation est-elle compatible avec les termes de l'article 13 ? Dans son arrêt du 16 mars 1959, la Cour répond par l'affirmative⁶⁵. Elle note très judicieusement que le recours *effectif* exigé par l'article 13 n'est pas nécessairement un recours *constitutionnel*. Les droits des citoyens peuvent être parfaitement garantis par le système actuel qui ouvre très largement les recours devant les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs.

CONCLUSION

Le caractère insolite de beaucoup des recours qui ont été jusqu'à présent portés devant les juridictions nationales peut inciter au scepticisme. Nous n'avons enregistré en tout et pour tout qu'un seul cas d'annulation fondée sur la violation de la Convention européenne : celle qui a été prononcée par la Cour administrative fédérale le 25 octobre 1956, pour violation de l'article 8. Il ne semble pas qu'aucun autre recours ait reçu satisfaction. Il est certain 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. Un regard d'ensemble sur les espèces soumises à la Commission européenne des droits de l'homme laisserait sans doute une impression identique. On se demande alors : la Convention et les recours qu'elle institue étaient-ils faits pour cela ?

N'oublions pas cependant que l'étude des recours contentieux, qu'ils soient portés devant des instances nationales ou devant la Commission européenne, ne révèle que des *situations de crise*. Ce qui est essentiel et nous échappe, ce sont *les effets invisibles* de la Convention européenne, l'influence de ses dispositions sur la pratique quotidienne de l'administration et de la justice dans les pays où elle est en vigueur ; cette efficacité est évidemment conditionnée par l'existence de sanctions, c'est-à-dire de recours ; peu importe que ces recours ne soient que rarement exercés, et qu'ils le soient parfois maladroitement. Ce que la Convention européenne a apporté de réellement nouveau dans les quatorze Etats qui l'ont ratifiée, c'est un système de règles juridiques qui ne sont pas seulement internationales, mais aussi supranationales. Les Etats parties sont

⁶⁵ *Annuaire*, II, p. 598.

liés par ces règles plus qu'ils ne le seraient par les clauses d'un traité quelconque : car l'ouverture de recours devant les instances de Strasbourg, et l'éventualité de décisions majoritaires au Comité des ministres ou à la Cour, ouvre une première brèche dans leur souveraineté. C'est un premier pas vers ce régime de légalité qu'un maître français du droit international prématurément disparu, Marcel Sibert, décrivait comme devant être celui « de la primauté du droit international administrée par une volonté supérieure aux Etats et s'imposant directement à eux dans un ordre juridique unique »⁶⁶.

Un ordre juridique unique : c'est bien en ce sens que doit porter l'effort si l'on veut élargir la brèche. Pour que les dispositions de la Convention portent leur plein effet, il faut que suivant l'intention de leurs rédacteurs elles pénètrent dans l'ordre juridique interne, jusqu'au niveau des individus. Le système n'atteindra son plein équilibre que si les gouvernés, tirant des droits directs de la norme internationale, peuvent s'en prévaloir devant leurs juges nationaux comme devant la juridiction internationale. Dans ce système de droit unitaire, comme l'avait fortement souligné Georges Scelle, le juge national est appelé à exercer des compétences internationales dans la mesure où il fait application d'une norme supérieure au niveau étatique. C'est alors seulement que l'Etat est pleinement lié par la règle à laquelle il a adhéré.

Nous disions en commençant que les juristes américains et africains qui étudient actuellement des projets de pactes destinés à organiser la protection des droits de l'homme dans un cadre régional auraient avantage à ne rien négliger de l'expérience faite dans ce domaine depuis dix ans par quatorze Etats européens. Nous croyons que la première leçon à tirer de cette expérience, c'est qu'une convention faite pour garantir les droits individuels doit être conçue dans une optique telle qu'elle puisse s'appliquer immédiatement et directement aux individus. Si l'Etat accepte de se lier, il doit en tirer les conséquences : il ne peut indéfiniment donner et retenir. Toute expansion du droit suppose un recul de la souveraineté s'il est vrai que, comme l'écrivait Hans Kelsen : « l'idée de la souveraineté de l'Etat national a fait jusqu'à présent, à tort ou à raison, obstacle à toutes les tentatives pour organiser l'ordre international... et pour transformer la communauté internationale, aujourd'hui encore très peu évoluée, en une *civitas maxima* au plein sens du mot »⁶⁷.

PHILIPPE COMTE

*Licencié ès lettres, docteur en droit,
membre du secrétariat de la Com-
mission internationale de Juristes.*

⁶⁶ Sibert, p. 246.

⁶⁷ Hans Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil 1926, IV, p. 326.

EXTRAITS DE LA CONVENTION EUROPÉENNE ET DU PROTOCOLE ADDITIONNEL

Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

Article 1

Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention.

Article 3

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 5

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;

d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de la détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Article 6

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à:

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;

c) se défendre lui-même ou l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Article 7

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Article 8

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 9

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 11

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat.

Article 12

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

Article 13

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, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Article 14

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Article 25

1. La Commission peut être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la présente Convention, dans le cas où la Haute Partie Contractante mise en cause a déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière. Les Hautes Parties Contractantes ayant souscrit une telle déclaration s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.

2. Ces déclarations peuvent être faites pour une durée déterminée.
3. Elles sont remises au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, qui en transmet copies aux Hautes Parties Contractantes et en assure la publication.
4. La Commission n'exercera la compétence qui lui est attribuée par le présent article que lorsque six Hautes Parties Contractantes au moins se trouveront liées par la déclaration prévue aux paragraphes précédents.

Article 26

La Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive.

Article 57

Toute Haute Partie Contractante fournira sur demande du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention.

Protocole additionnel

Article 1

Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

Article 2

Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

Article 3

Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

LE POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA ZONE SOVIÉTIQUE D'ALLEMAGNE

(RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE ALLEMANDE)

1. Le mode d'élection et le statut des juges

Le 1er octobre 1959, la Chambre populaire de la zone soviétique d'occupation a adopté une loi sur l'élection des juges aux tribunaux de district et d'arrondissement par les représentations populaires locales, ainsi qu'une loi portant amendement à la loi d'organisation de la justice. Ces deux textes ont été réunis ensuite dans une version nouvelle de la loi sur l'organisation de la justice (*Gerichtsverfassungsgesetz*, ou GVG), qui est entrée en vigueur le 1er novembre 1959¹. En adoptant la loi sur l'élection des juges, l'organe législatif de la zone d'occupation soviétique s'est conformé à une déclaration qu'Ulbricht avait faite lors de la 33ème session plénière du comité central du parti socialiste unifié en octobre 1957, et selon laquelle l'élection des juges par les représentations populaires locales serait plus conforme aux principes démocratiques que la procédure jusqu'alors en vigueur de la nomination des juges par le ministre de la Justice². Les décisions du parti socialiste unifié doivent se traduire par des mesures concrètes dont l'appareil de la justice assure l'exécution³. En conséquence, le ministère de la Justice de la zone soviétique n'a pas manqué d'entreprendre, aussitôt après la 33ème session plénière, l'élaboration d'une loi sur l'élection des juges. Le texte en a été mis au point au cours de l'automne de 1959, conformément au plan des travaux législatifs établi à l'occasion du cinquième congrès du parti qui s'était tenu en juillet 1958⁴.

L'âge minimum des candidats aux fonctions de juge a été relevé de 23 à 25 ans (GVG, art. 16). Les dispositions relatives aux conditions politiques et aux qualifications professionnelles exigées des magistrats ont fait l'objet de modifications importantes. Jusqu'alors (GVG ancienne version, art. 11), un juge devait se mettre « sans réserve au service des objectifs de La République démocratique allemande ». La loi actuelle (art. 15) lui demande de « se vouer sans réserve à la victoire du socialisme dans la République démocratique ».

¹ *Gesetzesblatt* (GB1) I 1959, p. 756.

² *Neues Deutschland*, 20 octobre 1957.

³ Hilde Benjamin, *Neue Justiz*, 1956, p. 294.

⁴ *Neue Justiz*, 1959, p. 551.

cratique allemande et de servir fidèlement le pouvoir des ouvriers et paysans ». Les fonctions du juge ont donc reçu un contenu politique beaucoup plus spécifique. Le parti et l'administration disposent ainsi d'un critère encore mieux adapté à leurs objectifs pour vérifier si un juge est propre à exercer utilement ses fonctions. Dans le domaine professionnel, la loi continue à exiger qu'un juge ait « acquis une formation juridique dans un établissement d'enseignement spécialisé ». Mais il doit en outre « avoir confirmé ses aptitudes au cours de la période de stage prescrite » (art. 15, al. 2). Cette disposition répond également à une décision du cinquième congrès du parti socialiste unifié, aux termes de laquelle les jeunes « cadres » juridiques devaient être préparés aux responsabilités de la fonction de juge ou de représentant du ministère public « socialiste »⁵. Cette période de préparation a été qualifiée de stage (*Praktikantenzeit*) dans l'ordonnance d'exécution édictée en commun, le 22 juillet 1959⁶, par le ministre de la Justice et le procureur général de la République. Ce stage « doit avoir pour résultat que les candidats au diplôme » (des Universités et de l'Académie allemande des sciences politiques et juridiques Walter Ulbricht) « ne cèdent pas au risque d'une attitude juridique formaliste et apprennent à prendre parti systématiquement pour la cause des ouvriers et des paysans »⁷. On voit que l'espoir d'être élu aux fonctions de juge n'est permis qu'aux candidats qui, au cours de leur stage, ont démontré, par leur travail physique et leur activité « sociale et politique », qu'ils sont pénétrés de la pensée du parti et qu'ils sont des représentants de la classe ouvrière étroitement liés aux masses. Au fond, le stage doit permettre de vérifier si le candidat qu'il est envisagé d'élire aux fonctions de juge ou de représentant du ministère public satisfait aux conditions politiques de sa future charge (GVG, art. 15).

Les juges au Tribunal suprême sont élus par la Chambre populaire pour une période de cinq ans en application de dispositions antérieurement valables, et rien n'a changé aux règles relatives à leur élection. Ils sont proposés à la Chambre populaire par le Conseil des ministres. Les juges des tribunaux inférieurs sont élus pour trois ans (GVG art. 19). Les magistrats des tribunaux d'arrondissement sont élus par les conseils d'arrondissement ; ceux des tribunaux de district sont élus selon le cas par le conseil de district rural, par l'assemblée des délégués du district urbain et, enfin, lorsqu'il existe des arrondissements urbains, par l'assemblée de l'arrondissement.

Un examen attentif de la nouvelle procédure applicable à l'élection des juges aux tribunaux d'arrondissement et de district ne

⁵ Seifert, *Neue Justiz*, 1958, p. 553.

⁶ *Praktikantenordnung*, numéro spécial publié en août 1959 des *Verfügungen und Mitteilungen des Ministeriums der Justiz* (Décisions et communications du ministère de la Justice).

⁷ Benjamin, *loc. cit.*, p. 692.

révèle aucune différence sensible d'avec la procédure de nomination par le ministre de la Justice que l'on avait qualifiée de « moins démocratique ». Les représentations populaires locales (conseil d'arrondissement, conseil de district, assemblée des délégués de ville, assemblée d'arrondissement urbain) procèdent sans doute à un acte électoral, mais sans aucune liberté de choix entre plusieurs candidats. Le ministre de la Justice arrête en premier lieu le nombre des juges à élire pour chacun des tribunaux, puis il propose exactement le même nombre de candidats, en accord avec les comités du « Front national » de la représentation populaire compétente (GVG art. 19, al. 4). Ainsi, lorsqu'il s'agit d'élire trois juges à un tribunal de district, l'assemblée de ce district reçoit une liste de trois candidats. Elle n'a donc aucune possibilité de procéder à un choix, et pourrait tout au plus ne pas élire un candidat qui ne lui paraîtrait pas propre à remplir la fonction. En réalité, même cela ne peut pas se produire, car la liste des candidats a été établie par le ministre de la Justice en accord avec le « Front national » dont les représentants composent également la représentation populaire locale. La loi nouvelle, en faisant participer le « Front national » à la procédure, n'a pratiquement rien changé au système antérieur, car le ministre de la Justice ne pouvait pas non plus nommer jusqu'alors un juge sans l'accord de l'aile marchante du « Front national », c'est-à-dire du parti socialiste unifié. Contrairement à ce qu'avait annoncé Ulbricht, le système de l'élection des juges n'a pas rendu la justice plus démocratique. Hilde Benjamin, ministre de la Justice, a conservé le pouvoir de décision. Cela résulte tout particulièrement de l'al. 5 de l'art. 19 du GVG, aux termes duquel :

Le ministre de la Justice choisit parmi les juges élus les présidents des tribunaux d'arrondissement et de district et leurs suppléants, ainsi que les juges supérieurs des tribunaux d'arrondissement.

On voit que les représentations populaires locales n'exercent aucune influence sur la désignation des titulaires de ces postes judiciaires supérieurs.

Après leur élection, les juges doivent souscrire l'engagement suivant devant la représentation populaire :

En ma qualité de juge de la République démocratique allemande, je m'engage à exercer mes fonctions conformément aux principes de la Constitution, à veiller toujours au respect absolu de la légalité socialiste et à mettre en tous temps et sans réserve mes forces au service de la victoire du socialisme dans la République démocratique allemande, du renforcement incessant de l'Etat des ouvriers et des paysans, de la réunification démocratique de l'Allemagne et de la paix.

Les premières élections aux tribunaux de district et d'arrondissement ont eu lieu entre le 15 octobre et le 30 novembre 1960⁸. Le

⁸ 1. DB zum Richterwahlgesetz (Premières dispositions d'exécution de la loi sur l'élection des juges), GB1. 1960, p. 248.

résultat a été conforme à l'attente et les représentations populaires locales n'ont repoussé aucun des quelques mille candidats aux fonctions de juge que le ministre de la Justice Hilde Benjamin avait présentés avec l'accord des comités de district et d'arrondissement du « Front national ». En revanche on a pu constater que tout l'intérêt des élections résidait dans la « campagne électorale » et dans l'exploitation politique de cette campagne tandis qu'on s'efforçait, d'autre part, d'accentuer encore l'assujettissement des juges au parti socialiste unifié.

Lors de la campagne électorale qui a commencé le 1er septembre 1960 ont été organisées des milliers d'assemblées électorales, au cours desquelles les candidats aux fonctions de juge ont dû se présenter à la population et participer avec les citoyens à des débats sur l'exécution de leurs charges. Les fonctionnaires de l'Etat appartenant au parti, en organisant ces manifestations, tenaient essentiellement à faire adopter des déclarations par lesquelles « les travailleurs s'engageaient à dépasser leur plan de production ou à fournir d'autres prestations sociales »⁹. Ainsi, en l'honneur des élections judiciaires, la brigade « Vorwärts » des fabriques de chaudières de Halle s'est engagée à produire jusqu'au 20 octobre 1960 une certaine quantité de tuyaux et à prendre de la sorte quatre jours d'avance sur le plan de production. De même, les membres de la coopérative agricole de production « Einheit », à Plössnitz, ont pris l'engagement de fournir, en dépit de sérieuses difficultés, les quantités de lait inscrites au plan et d'augmenter de un pour cent les sommes versées au « fond des cultures ». Les habitants de la circonscription électorale no. 17 de Halle-Sud ont promis, à l'occasion de la présentation des candidats, de contribuer par un nombre supplémentaire d'heures de travail à « l'Oeuvre de l'édification nationale ». Dans d'autres assemblées électorales, les jeunes gens se sont inscrits dans les rangs de « l'armée populaire nationale ». Les fonctionnaires du parti et de l'Etat n'ignorent pas que la proclamation de ces engagements spontanés (dont par la suite l'exécution n'est presque jamais portée à la connaissance du public) est tout-à-fait étrangère à la préparation d'élections judiciaires; aussi bien ne s'en soucient-ils guère car il s'agit avant tout d'exploiter encore un peu plus la capacité de travail des citoyens.

Les juges sont élus pour trois ou cinq ans. Il ne faudrait pas en conclure qu'ils ne peuvent pas être relevés de leurs fonctions avant l'expiration de leur mandat. Le principe de l'inamovibilité des juges n'est reconnu ni dans la zone soviétique d'occupation, ni dans le reste des pays du bloc de l'Est. En vertu de l'art. 25 de la loi sur l'organisation judiciaire, un juge de district ou d'arrondissement peut être révoqué avant la fin de son mandat par la représentation popu-

⁹ *Neue Justiz*, 1960, p. 740.

laire qui l'a élu, agissant en accord avec le ministre de la Justice, dans l'un ou l'autre de trois cas :

s'il a contrevenu à la Constitution ou à d'autres lois, ou a commis de quelque autre manière une grave violation de ses devoirs de juge; s'il a été frappé d'une peine judiciaire devenue exécutoire; s'il a été dévoilé, au sujet de sa conduite antérieure à son élection, des faits qui, compte tenu de toutes les circonstances, ne lui permettent plus d'exercer sa charge.

Il peut, en outre, être révoqué s'il est frappé d'une incapacité physique ou intellectuelle qui l'empêche de remplir ses fonctions.

En vertu de la loi du 2 octobre 1952 sur l'organisation de la justice, les juges nommés par le ministre de la Justice pouvaient être révoqués par le même ministre après consultation d'un conseil (Kollegium) constitué au sein du ministère. Les nouvelles dispositions (GVG art. 25) ont transféré à la représentation populaire le droit de révoquer les juges élus par elle, mais l'assemblée compétente ne peut prendre cette décision qu'avec l'accord du ministre de la Justice. Faute d'un tel accord, c'est certainement l'opinion du ministre de la Justice qui l'emportera, de sorte qu'en fin de compte la décision continue à dépendre de l'administration. Les juges du Tribunal suprême peuvent être destitués dans les mêmes conditions par la Chambre populaire après que celle-ci eut demandé l'avis de sa propre commission de la justice. Au préalable le juge en cause est invité à prendre position, mais il ne dispose d'aucune garantie de procédure, ni d'aucune voie de recours contre une mesure de révocation.

Les juges qui font l'objet d'une procédure de révocation ou d'une poursuite pénale peuvent être provisoirement suspendus jusqu'à la fin de la procédure (GVG art. 31). La représentation populaire ne participe d'aucune manière à cette décision de suspension qui est de la compétence du Conseil des ministres pour les membres du Tribunal suprême et du ministre de la Justice pour les autres magistrats. La représentation populaire qui a élu l'intéressé doit simplement être informé de cette suspension provisoire. Ces dispositions garantissent qu'un juge qui n'est plus agréé par ceux qui détiennent le pouvoir dans la zone soviétique ne conservera pas sa charge un jour de plus qu'ils ne l'aurent décidé.

La disposition selon laquelle un juge peut être révoqué s'il commet une « grave violation » de ses devoirs est caractéristique de la nouvelle législation de la zone soviétique. Cette disposition est si vague qu'elle peut en pratique s'étendre à toute espèce de situation. Elle est devenue encore plus souple depuis que l'article 18 de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire énumère les « devoirs fondamentaux du juge ». Cet article fait notamment une obligation aux juges

de vivre conformément aux principes de la morale socialiste,¹⁰ ainsi que de coopérer activement et de façon exemplaire à l'édification du socialisme, de se perfectionner constamment dans les domaines politique et professionnel, d'être vigilant et de prendre une part active à l'action politique parmi les travailleurs.

Il ne sera jamais difficile, si on l'estime à propos, de dénoncer une violation grossière de ces devoirs fondamentaux de façon à pouvoir à coup sûr destituer un juge qui aura cessé de plaire.

La quatrième série des dispositions prises pour l'exécution de la loi sur l'organisation judiciaire du 14 décembre 1960 (GB1. II, p. 517) réglemente la participation des conseils locaux et des représentations populaires locales au déroulement des procédures de poursuite disciplinaire ou de révocation ouverte contre des juges. Le président du conseil de district ou d'arrondissement doit recevoir communication de toute proposition tendant à ouvrir une procédure disciplinaire contre un juge, ainsi que de la citation, de la date de l'audience et de la décision, et il peut participer aux débats. S'il estime qu'il existe des motifs justifiant la révocation en application de l'article 25 GVG, le ministre de la Justice suggère au président du conseil du district ou de l'arrondissement de proposer à la représentation populaire locale une mesure de révocation. Si c'est le président du conseil du district ou de l'arrondissement qui reçoit en premier lieu connaissance de ces motifs, il doit obtenir l'accord du ministre de la Justice avant de demander au conseil de district ou d'arrondissement d'adresser une proposition de révocation à la représentation populaire locale. Il n'est donc pas possible d'ouvrir une procédure de révocation sans l'accord du ministre de la Justice.

¹⁰ En fait, cette disposition donne force de loi à l'égard des juges de la zone soviétique d'occupation, aux « Dix commandements de la morale socialiste » proclamés par Ulbricht lors du cinquième congrès du parti socialiste unifié, en juillet 1958. Ces commandements sont les suivants:

1. Tu dois te mettre toujours au service de la solidarité internationale de la classe ouvrière et de tous les travailleurs, et de l'inébranlable union de tous les pays socialistes.
2. Tu dois aimer ta patrie et être toujours prêt à engager entièrement ta force et tes capacités dans la défense de l'Etat des ouvriers et des paysans.
3. Tu dois contribuer à mettre fin à l'exploitation de l'homme par l'homme.
4. Tu dois accomplir de bonnes actions pour le socialisme, car le socialisme conduit tous les travailleurs à une vie meilleure.
5. Tu dois contribuer à l'édification du socialisme dans un esprit d'aide réciproque et de collaboration entre camarades, respecter la collectivité dont tu es membre et prendre sa critique à coeur.
6. Tu dois protéger et accroître la propriété du peuple.
7. Tu dois toujours t'efforcer d'améliorer ton travail, d'être économe et d'affermir la discipline socialiste du travail.
8. Tu dois élever tes enfants dans l'esprit de la paix et du socialisme, pour en faire des être humains bénéficiant d'une formation complète, fermes de caractère et physiquement aguerris.
9. Tu dois vivre de façon propre et décente et respecter ta famille.
10. Tu dois faire preuve de solidarité en faveur des peuples qui luttent pour leur libération nationale et défendent leur indépendance nationale.

2. La légalité socialiste et l'esprit de parti dans le prononcé du jugement

Il résulte de la loi sur l'organisation judiciaire qu'en République démocratique allemande, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas reconnu. Les tribunaux sont « des organes du pouvoir public unifié de la démocratie populaire » (article 1, deuxième phrase). En plaçant les tribunaux dans la catégorie des organes de l'Etat, on entend – par opposition avec la situation régnant dans un Etat bourgeois-capitaliste – faire apparaître un progrès qualitatif dû à l'instauration de la « démocratie socialiste »¹¹. Au même titre que tous les autres organes de l'Etat, les tribunaux sont appelés à assurer l'exécution de la mission suprême de cet Etat et qui est d'ordre économique. L'article 2 de la même loi indique que la jurisprudence doit contribuer à la « victoire du socialisme ». Les tribunaux (art. 2, al. 2) doivent, par leur action, aider à « l'heureuse réalisation des tâches de l'Etat dans leur domaine, et notamment à l'accomplissement des plans économiques ». Cette exigence de la loi est conforme, elle aussi, au principe de l'unicité des pouvoirs publics : comme tous les autres organes de l'Etat, les tribunaux doivent en premier lieu apporter leur contribution à la réalisation du plan politique final et à l'établissement de ses fondements économiques; la réalisation de l'œuvre économique fondamentale constitue un programme d'action concrète, valable également pour les tribunaux¹². Il s'ensuit que les décisions judiciaires qui ne sont pas considérées comme étant de nature à favoriser la « victoire du socialisme » ou qui lui sont peut-être nuisibles ne sauraient avoir aucune validité. Méconnaissant la disposition légale qui veut que la jurisprudence contribue à la victoire du socialisme, de telles décisions violent la « légalité socialiste » et doivent donc être annulées. L'article 2 formule ainsi un principe politico-juridique qui doit orienter toute la jurisprudence.

La notion de « légalité socialiste » a provoqué de nombreuses discussions et même des controverses dans la zone soviétique d'occupation. Cette notion ne peut être comparée ni assimilée aux conceptions admises dans le monde occidental, et surtout elle n'a rien de commun avec la notion de la Primauté du Droit¹³. D'autre part, le principe de légalité socialiste ne se traduit pas par la sécurité de l'individu consacrée par le droit, même si les juristes et le personnel des tribunaux entendent prouver qu'une stricte observation de la légalité socialiste met précisément les citoyens au bénéfice de cette sécurité au regard du droit. Il est vrai que le « respect absolu de la

¹¹ Hilde Benjamin, *Neue Justiz*, 1959, p. 689 ss.

¹² Hilde Benjamin, *op. cit.*, p. 691.

¹³ Cf. Bilinsky, *Begriff und Entwicklung der sozialistischen Gesetzmäßigkeit* (La notion de légalité socialiste; son évolution) dans *Studien des Instituts für Ostrecht*, München 1959, vol. 8, p. 5 ss.

loi » doit être « un élément indispensable de la légalité socialiste »¹⁴. Cependant, ce respect « ne doit pas prendre la forme d'une conception du droit positif contraire à la dialectique »¹⁵. Il serait donc erroné de dire que la légalité socialiste correspond à une conception positiviste du droit. Un tel souci d'assurer la légalité laisse assurément transparaître certaines tendances positivistes dans la jurisprudence et dans la doctrine de la zone soviétique, mais une importance beaucoup plus grande s'attache aux conséquences qui découlent du principe de la légalité socialiste : dans la pratique, en effet, il est possible d'appliquer toute norme de façon arbitraire, de détourner une disposition législative de son objet, voire même en cas de besoin de déclarer qu'une telle disposition est périmée et n'a plus à être appliquée.

C'est l'état de la lutte des classes à un moment donné qui doit guider l'interprétation exacte de la notion de « légalité socialiste » et permettre de prévoir les effets concrets de la stricte observation de cette légalité. Les objectifs et les « tâches principales » que le parti socialiste unifié assigne au pays dans son cheminement vers le socialisme et le communisme déterminent ce qu'il convient de considérer comme la légalité socialiste du moment. Considérées sous cet angle, certaines normes peuvent, selon l'opinion générale, ne plus correspondre aux nécessités pratiques et gêner l'évolution de l'ordre socialiste au lieu de la favoriser¹⁶. Ce serait méconnaître les principes de la dialectique et faire preuve d'un formalisme inadmissible, que d'appliquer des normes devenues embarrassantes en invoquant à contre-temps le principe de légalité socialiste. C'est ce qu'a dit en des termes particulièrement clairs le professeur Karl Polak, collaborateur scientifique du comité central du parti socialiste unifié¹⁷.

¹⁴ Hilde Benjamin, *Das 7. Plenum des Zentralkomitees der SED und die Arbeit der Justizorgane* (La septième session plénière du comité central du parti socialiste unifié et l'activité des organes de la justice) dans *Neue Justiz*, 1960, p. 1 ss (p. 4).

¹⁵ Leymann/Petzold, *Zum Wesen der sozialistischen Gesetzlichkeit in der DDR* (La nature de la légalité socialiste dans la République populaire allemande) dans *Staat und Recht*, 1959, p. 691.

¹⁶ Heinicke, *Über die Aufgaben der Arbeitsgerichte im Jahre 1959* (Les tâches des tribunaux du travail pendant l'année 1959) dans *Arbeitsrecht*, 1959, fascicule 4, p. 101.

¹⁷ K. Polak, *Zur Dialektik in der Staatslehre* (La dialectique dans le droit public), Berlin-Est 1959; voir également du même auteur, *Zur Lage der Staats- und Rechtswissenschaft in der Deutschen Demokratischen Republik* (L'état des sciences politiques et juridiques dans la République démocratique allemande) dans *Staat und Recht*, 1959, p. 1326, ss. et 1960, p. 1 ss.

S. Mampel, dans un article intitulé *Dialektik und Recht* (La dialectique et le droit) paru dans le *Jahrbuch für Ostrecht* édité par l'Institut pour le droit de l'Est (Münich 1960, vol. 1, pp. 91 ss.) fournit un exposé détaillé et un examen critique des conceptions défendues par Polak et les autres juristes de la zone soviétique d'occupation.

Tandis que Polak conclut qu'il est loisible de s'écarter de telles normes juridiques lorsque le sens de l'évolution définie par la direction du parti l'exige, le ministre de la Justice Hilde Benjamin veut réserver de telles mises au point aux seuls organes centraux de l'Etat; les organes subordonnés auraient pour seul droit, et d'ailleurs aussi pour seule obligation, de signaler les cas constatés par eux-mêmes ou dénoncés par les citoyens dans lesquels les lois en vigueur ne sont plus conformes à l'évolution¹⁸; c'est ainsi seulement que le principe de légalité socialiste pourrait se concilier avec celui du « centralisme démocratique ». A vrai dire, il ne s'agit là, entre Polak et Hilde Benjamin, que d'une divergence théorique et, en pratique il n'y aura jamais de flottement dans l'application du principe de légalité socialiste par l'appareil de la justice; ce principe n'est jamais qu'un instrument au service de la dictature du parti d'Etat, le parti communiste :

La légalité socialiste sera observée par un tribunal tant que les lois de notre Etat garderont leur pleine signification politique et seront appliquées conformément aux objectifs de la République démocratique allemande... Le principe de légalité socialiste donne pour tâche aux tribunaux de contribuer à l'affermissement de l'Etat ouvrier-paysan dans la procédure et dans les jugements, et de convaincre la population que notre ordre juridique coïncide avec l'intérêt des citoyens.¹⁹

Le principe de légalité socialiste est complété par celui d'après lequel l'« esprit du parti » (*Parteilichkeit*) doit infléchir les décisions des tribunaux. Pris ensemble, ces deux principes constituent une unité dialecte^{20, 21}.

Cet esprit de parti se manifeste en ceci que, dans chaque décision, le juge prend délibérément parti pour la juste cause des masses travailleuses et sert ainsi les intérêts immédiats de ces masses. Toutefois, comme la conscience des masses travailleuses (du prolétariat) n'est pas encore entièrement unifiée et qu'elle ne se dégage pas spontanément, la classe ouvrière a besoin d'être dirigée par le groupe de ceux qui connaissent l'évolution de la société et savent discerner le cheminement de l'histoire humaine. Ce groupe dirigeant de la classe ouvrière, son « avant-garde », ne peut être que le parti communiste²² (ou en R.D.A. le parti socialiste unifié). Pour que la

¹⁸ Hilde Benjamin, article déjà cité de la *Neue Justiz* 1960, p. 1 ss.

¹⁹ *Gericht und Rechtsprechung in der DDR* (Tribunaux et jurisprudence dans la République démocratique allemande), 3ème supplément de la *Schöffenzzeit-schrift*, décembre 1956, p. 11 ss.

²⁰ Programme de travail du ministère de la Justice, dans *Neue Justiz* 1954, p. 322.

²¹ Hilde Benjamin, *Die dialektische Einheit von Gesetzlichkeit und Parteilichkeit durchsetzen* (Assurer l'unité dialectique de la légalité et de l'esprit de parti) dans *Neue Justiz* 1958, p. 365.

²² Voir l'article 126 de la Constitution de l'U.R.S.S., ainsi que Polak, *Zur Dialekt in der Staatslehre* (op. cit.), Berlin-Est, 1959, p. 201.

jurisprudence, se mettant au service du parti, défende les intérêts de la classe ouvrière et paysanne ou du prolétariat, elle doit prendre en considération avant tout les directives du parti communiste ; c'est alors seulement que les tribunaux peuvent « appliquer correctement les lois dans l'esprit du parti et du gouvernement »²³. Le respect de la légalité socialiste et de l'esprit de parti conduit aux résultats suivants :

La décision doit montrer que le juge est décidé à faire respecter les décisions prises par le parti de la classe ouvrière et par le gouvernement.²⁴

Ou bien encore :

Appliquer la loi dans le sens du parti, c'est l'appliquer de la façon qui correspond à l'idée de la majorité des travailleurs et, en conséquence au but politique du parti de la classe ouvrière et du gouvernement. Cela signifie en même temps reconnaître et traduire dans la réalité l'unité dialectique de la légalité et de l'esprit du parti.²⁵

Ainsi, les tribunaux ont comme première obligation de contribuer à traduire dans la réalité les décisions et les dispositions du parti socialiste unifié. On ne cesse d'exiger des juges de la zone soviétique qu'ils remplissent leurs fonctions en s'inspirant délibérément de l'esprit de parti, qu'ils « prennent leurs décisions en tant qu'hommes politiques, selon la ligne du parti »²⁶. En effet, dit-on²⁷, « mieux ils rempliront leurs importantes fonctions dans le sens du parti, plus chaque acte d'accusation, chaque plaidoyer et chaque jugement sera de nature à persuader les masses ».

Il n'y a donc rien d'étonnant que les juges, dans l'exposé des motifs d'un jugement, citent souvent dans leur texte même des décisions ou d'autres déclarations du parti socialiste unifié. La recherche d'un véritable esprit de parti dans la jurisprudence explique également pourquoi le ministre de la Justice Hilde Benjamin prend position dans la revue officielle *Neue Justiz* au sujet des ordres du jour de chaque session plénière du comité central du parti, et assigne en conséquence de nouvelles tâches à la Justice :

²³ Déclaration de Hilde Benjamin au quatrième congrès du parti, *Neue Justiz* 1954, p. 223.

²⁴ Melsheimer, *Sozialistische Gesetzlichkeit im Strafverfahren* (La légalité socialiste dans la procédure pénale), dans *Neue Justiz*, 1956, p. 289 ss.

²⁵ Hilde Benjamin, *Die dialektische Einheit von Gesetzlichkeit und Parteilichkeit durchsetzen* (article déjà cité) dans *Neue Justiz*, 1958, p. 368.

²⁶ Böhme, *Den neuen Schöffen auf den Weg* (A l'intention des nouveaux échevins) dans *Neue Justiz*, 1955, p. 327.

²⁷ Benjamin Welsheimer, *10 Jahre demokratischer Justiz in Deutschland* (Dix années de justice démocratique en Allemagne), dans *Neue Justiz*, 1955, p. 259 ss. (p. 266).

Les résolutions du comité central du parti de la classe ouvrière contiennent toujours des indications et des suggestions importantes pour tous les organes de l'Etat; en particulier, elles dirigent l'attention, surtout des organes de la justice, sur les champs d'activité qui présentent la plus grande importance à un moment donné et auxquels ils doivent donc vouer tous leurs soins. Tous les agents de la justice ayant le sens de leurs responsabilités, et principalement les juges, les membres du ministère public et les notaires, ont pour devoir solennel d'assurer la réalisation rapide des suggestions qu'ils ont ainsi reçues.²⁸

A nos yeux, elles (c'est-à-dire les décisions du parti, note de l'auteur) ne fournissent pas seulement des indications de politique générale; elles établissent aussi le fondement de mesures tout à fait concrètes qu'il nous appartient de prendre dans l'administration de la Justice.²⁹

C'est ainsi que l'on transforme en lois certaines décisions du parti! Toutefois, bien qu'il soit clairement indiqué que le juge est subordonné au parti de la classe ouvrière, le principe de l'indépendance de la magistrature, proclamé dans l'art. 27 de la Constitution et dans l'art. 7 de la loi sur l'organisation judiciaire, est constamment rappelé, non sans insistance. Hilde Benjamin prétend que cette indépendance du juge est assurée, en dépit du fait « que les camarades juges sont également soumis à l'orientation politique de notre parti, et qu'il est même particulièrement nécessaire que le rôle directeur du parti s'affirme à leur égard »³⁰. Melsheimer dit que « le juge doit constamment avoir présent à l'esprit qu'il dit le droit au nom des travailleurs et qu'il est responsable devant eux »³¹; il en résulte clairement que le juge doit répondre de ses décisions devant le parti, car le « parti de la classe ouvrière » est censé représenter la fraction consciente et progressiste de la population laborieuse. Cette conception est encore confirmée en ces termes par un fonctionnaire du comité central, Josef Streit: « Nombreux sont les juges et les représentants du ministère public qui n'ont pas une conception nette des problèmes fondamentaux de notre politique . . . Ils n'ont pas compris qu'ils encourent une grande responsabilité à l'égard du parti car c'est en tant que camarades qu'ils se sont vu confier leurs fonctions et, en leur qualité de membres du parti ils sont soumis aussi à la surveillance de ce dernier et ils doivent des comptes au

²⁸ Das 17. Plenum der SED und die Aufgaben der Justiz auf dem Dorfe (La 17ème session plénière du parti socialiste unifié et les tâches de la justice au niveau du village) dans *Neue Justiz*, 1954, p. 97.

²⁹ Die Ergebnisse des 21. Plenum des ZK des SED und die Arbeit der Organe der Justiz (Les résultats de la 21ème session plénière du comité central du parti socialiste unifié et l'activité des organes de la justice) dans *Neue Justiz*, 1954 p. 679.

³⁰ "Die sozialistische Gesetzlichkeit strikt verwirklichen" (Assurer strictement la légalité socialiste) dans *Neue Justiz*, 1956, pp. 228-229.

³¹ Sozialistische Gesetzlichkeit im Strafverfahren (La légalité socialiste dans la procédure pénale) dans *Neue Justiz*, 1956, p. 294.

parti pour toutes leurs actions »³². Or, un juge lié de la sorte à un parti politique perd son indépendance de magistrat. Les mesures concrètes qui tendent à supprimer les derniers vestiges de l'indépendance du juge servent simplement à concrétiser le principe de l'esprit de parti dans la jurisprudence.

3. La responsabilité du juge

La loi du 18 janvier 1957 sur les pouvoirs publics locaux contient des dispositions très importantes sur les rapports réciproques des organes judiciaires et des assemblées et conseils populaires locaux³³. Aux termes de cette loi les représentations populaires locales – conseils d'arrondissement, conseils de district, assemblée de députés des villes et conseils municipaux – sont, dans leurs ressorts respectifs, les organes de la puissance publique (art. 1). L'art. 8 spécifie ce qui suit:

Les organes de la justice et du ministère public exerçant leur activité dans le ressort des représentations populaires locales... doivent collaborer étroitement avec ces dernières, tenir pleinement compte de leur compétence d'organes de la puissance publique et les soutenir dans leur action.

Les représentations populaires locales ont le droit d'exiger des dirigeants des organes et institutions énumérées à l'al. 1 des informations au sujet des questions qui relèvent de leur compétence.

Par application de ce principe, l'alinéa 3 du même article 8 autorise les représentations populaires locales à critiquer le travail des tribunaux lorsqu'il manifeste des défauts qui « font obstacle à l'accomplissement des tâches incombant aux représentations populaires locales, à l'édification du socialisme et à l'épanouissement de la vie démocratique ». Un conseil de district peut donc critiquer les décisions d'un tribunal de district, et il en est de même du conseil d'arrondissement pour le tribunal d'arrondissement. Le tribunal est « tenu de s'expliquer sur ces critiques dans un délai de quatre semaines »; il doit donc se justifier devant la représentation populaire locale. Cette restriction supplémentaire de l'indépendance du juge découle de la thèse selon laquelle il est « responsable devant le peuple ».

Ces dispositions de la loi sur les organes publics locaux sont maintenant complétées par l'art. 5 du GVG, aux termes duquel les juges des tribunaux d'arrondissement et de district doivent rendre compte de leur activité aux représentations populaires locales compétentes. Ces magistrats doivent montrer par là dans quelle mesure ils ont su, dans leurs décisions et dans leur activité en général, résoudre les tâches politiques et économiques de leur circonscription

³² *Für einen neuen Arbeitsstil in der Justiz* (Un nouveau style de travail dans la justice), dans *Neue Justiz*, 1958, p. 369.

³³ BB1. 1, p. 65.

(district ou arrondissement). C'est, en outre, une occasion pour la représentation populaire locale d'exercer une influence sur les principes directeurs de la jurisprudence. L'art. 5 du GVG établit d'autre part une liaison étroite entre les tribunaux et les échelons locaux du pouvoir central. Les juges doivent « prendre en considération les tâches mentionnées dans les décisions des organes locaux de l'Etat, contribuer activement à l'exécution de ces tâches, en fournissant notamment des renseignements sur l'évolution de la criminalité ou sur d'autres considérations découlant d'une analyse des décisions judiciaires et du travail politique accompli par les travailleurs ». Ainsi, les juges se trouvent contraints d'adapter leur activité aux grands objectifs assignés à leur district ou à leur arrondissement par le plan économique (actuellement le plan septennal). Ils ne doivent pas permettre que le cours de la justice soit déterminé par la simple « spontanéité », c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas attendre passivement que des cas leur soient soumis par décision; ils doivent intervenir activement et prendre l'initiative de procédures qui pourront contribuer à l'exécution des tâches économiques et politiques les plus importantes. Plus le juge pourra fournir, dans son compte-rendu d'activité, des indications sur les dispositions qu'il a prises pour favoriser la collaboration avec les échelons locaux du pouvoir central, plus il aura de chance de voir la représentation populaire approuver son activité et adopter à son égard une attitude bienveillante.

Pour apprécier exactement la portée de cette subordination du juge aux organes publics locaux, il faut encore tenir compte de la loi sur l'élection des juges qui est entrée en vigueur à la même date, ainsi que des dispositions relatives à la révocation des juges³⁴. On déclare que la responsabilité du juge à l'égard des « masses travailleuses » qui l'ont élu par l'intermédiaire des représentations populaires est une preuve éclatante du règne de la démocratie dans les rapports entre les citoyens. Rappelons enfin que les représentations populaires locales sont également soumises à la direction du parti socialiste unifié et que cette suprématie de la volonté du parti se manifeste de façon particulièrement évidente au sein des représentations populaires. La sujétion des juges à l'égard du parti est donc renforcée par leur subordination aux représentations populaires locales. Cette « démocratisation de la justice » prive précisément la population d'une garantie dont elle aurait besoin : la sécurité de l'individu consacrée par le droit qui ne pourrait lui être assurée que par un appareil judiciaire échappant à l'influence des partis politiques et n'obéissant réellement qu'à la Constitution et à la loi.

³⁴ Voir ci-dessus.

4. Orientation et contrôle de la jurisprudence par les services administratifs de la Justice

L'art. 13 de la loi sur l'organisation de la justice a introduit dans la législation de la zone soviétique, sous le titre de « Relations entre le ministère de la Justice et les tribunaux » (désignation anodine ne présentant au premier abord aucun sens précis pour les juristes occidentaux), un principe repris du droit soviétique qui n'avait été énoncé jusque-là que dans des textes administratifs mais qui a eu pourtant, depuis plusieurs années, une influence décisive sur la jurisprudence. C'est le principe de l'orientation (*Anleitung*) et du contrôle. Aux termes de l'art 13 du GVG :

Le ministère de la Justice oriente et contrôle l'activité des tribunaux de district et d'arrondissement. Cette orientation et ce contrôle ont pour objet d'assurer l'exécution des tâches de la jurisprudence, ainsi que la réalisation du travail politique parmi les travailleurs. Ces mesures s'étendent également à la collaboration entre le tribunal et les organes publics locaux. Elles doivent donner l'assurance que le tribunal contribue, par son activité, à l'exécution des tâches découlant des décisions prises par les représentations populaires et les conseils locaux.

Cette orientation et ce contrôle prennent des formes diverses. Les contrôles judiciaires qui, selon l'ancienne méthode, se faisaient une fois l'an et portaient sur toute l'action du tribunal, ont passé peu à peu à l'arrière-plan; ils ont été remplacés par ce que l'on appelle les « directives ». Ces « directives » sont données, selon le cas, par un spécialiste appartenant à l'administration de la justice, ou par des « brigades intégrées » (*Komplexbrigade*). L'institution remonte à « l'orientation que l'administration de la Justice avait prise en vue d'assurer le jugement des criminels du putsch de juin »³⁵. Il semble que Hilde Benjamin, au cours d'un voyage d'études qu'elle avait fait en Union soviétique en 1952, avait observé avec une attention particulière l'influence exercée par l'administration de la justice sur les décisions des tribunaux. Après les événements du 17 juin 1953, Mme Benjamin, devenue ministre de la Justice, a tiré des enseignements pratiques de ses impressions de voyage. Elle a constitué un « état-major opérationnel » qui comprenait à part elle-même, le procureur général de la République Melsheimer, des juges du Tribunal suprême, des membres du parquet général et quelques juristes du ministère de la Justice. Deux femmes membres de tribunaux populaires, Mmes Grube et Neumann, furent désignées comme « instructrices ». Elles ont parcouru toute la zone et, utilisant le téléphone surtout pendant la nuit, ont soumis à un membre de l'état-major opérationnel qui assurait la permanence dans le bâtiment du Tribunal suprême

³⁵ Il s'agit de la révolte populaire du 17 juin 1953. Les citations fournies ici sont tirées de Hilde Benjamin, *Der Instrukteur-Helfer und Berater* (L'instructeur, assistant et conseiller) dans *Neue Justiz*, 1954, p. 285.

les cas de personnes mises en jugement en raison de leur participation aux événements du 17 juin. Si ce membre de l'équipe en service de nuit estimait que le cas était clair et simple, il indiquait lui-même à l'instructrice la peine à appliquer. Dans le cas contraire il différait la décision jusqu'au moment où, le lendemain matin, il aurait rendu compte à Mme Benjamin; ensuite l'instructrice recevait, par téléphone, communication de la décision de cette dernière. Les instructrices transmettaient ces ordres aux juges chargés de prendre la décision et ceux-ci n'avaient plus qu'à s'y conformer. Bien entendu, au sein de l'état-major opérationnel, on ne parlait pas d'ordre, mais simplement d'une « assistance fournie au juge ». Ce système de l'orientation, institué alors dans des circonstances bien déterminées, fut étendu systématiquement à tout le domaine des affaires pénales et civiles ainsi qu'à l'activité des notaires. Les instructeurs ont commencé à exercer leur activité au sein du ministère de la Justice de la zone, ainsi que dans les administrations de la Justice des districts. Toute l'importance qui est attribuée à cette activité ressort du fait que la direction et le contrôle au ministère de la Justice ont été confiés à l'ancien président du Kammergericht de Berlin-Est, Ranke, devenu ministre-adjoint. Ranke a deux tâches : il doit faire appliquer les instructions par l'administration de la Justice et par les tribunaux dans les arrondissements; il doit, en outre, parfaire « la formation » des instructeurs, au niveau tant du ministère que du district.

L'instructeur a pour tâche de transmettre les consignes politiques directement du haut vers le bas. L'instructeur apporte aux juges tous les éléments nouveaux qu'il convient de leur fournir. Il est leur assistant et leur conseiller politique. Il doit être le tout premier à comprendre le sens de chaque étape nouvelle franchie au cours de notre évolution politique, publique et juridique, afin de pouvoir le transmettre sans erreur.³⁶

Cette disposition nouvelle de l'art. 13 a fondé en droit le corps des instructeurs dans la Justice de la zone soviétique. Cette même disposition impose au ministère de la Justice l'adoption de mesures telles que les décisions des tribunaux puissent contribuer à la victoire du socialisme. Parmi ces mesures il convient de citer une nouvelle « Ordonnance sur le travail des services administratifs de la Justice » du 30 septembre 1960³⁷, qui confia le contrôle et l'orientation des tribunaux de district et d'arrondissement aux services administratifs de la Justice installés dans les arrondissements. Aux termes de l'article 2 (alinéa 2) de cette ordonnance, « l'orientation doit avoir

³⁶ Hilde Benjamin, op. cit., p. 290.

³⁷ Ce texte figure dans un numéro spécial, daté de décembre 1960, d'une publication à usage intérieur intitulée *Verfügungen und Mitteilungen des Ministeriums der Justiz* (Décisions et communications du ministère de la Justice).

comme objet essentiel le prononcé des jugements qui est la tâche fondamentale des tribunaux". Toutefois cette orientation et ce contrôle, comme il est spécifié à l'art. 13 du GVG, doivent s'étendre également au travail politique auquel les tribunaux se livrent parmi les travailleurs. Les instructeurs du ministère de la Justice, porte-parole du ministre, doivent expliquer les directives provenant de l'administration centrale et transmettre les avis du ministère et les conclusions que celui-ci a tirées de l'expérience.

« Ils conseillent et soutiennent le chef des services administratifs de la Justice dans son activité de dirigeant et assistent les instructeurs de ce service dans l'accomplissement de leurs tâches ». (art. 1, alinéa 2 de l'ordonnance). Le chef des services administratifs de la Justice exerce une activité de contrôle et d'orientation à l'égard des présidents des tribunaux, tandis que les instructeurs des services administratifs de la Justice ont pour fonction principale d'orienter et de contrôler les jugements des tribunaux de district et d'arrondissement (art. 14). L'orientation ainsi donnée a pour objet principal d'intégrer systématiquement la jurisprudence à l'activité de direction des affaires publiques déployée par les représentations populaires locales, comme aussi d'assurer le respect des principes de la légalité socialiste. Dans leur travail les instructeurs doivent, d'après l'art. 17, appliquer comme méthode principale celle de « l'orientation pratique directe ». Cette orientation peut prendre la forme « de directives, d'interventions de brigades collaborant avec les instructeurs assignés à la division des cadres, ou encore de l'action de brigades intégrées ». On recourt en outre à des discussions, des cycles d'études, des comparaisons d'activités, des commentaires de statistiques ou à des publications.

Les instructeurs envoyés par l'administration de la Justice doivent faire en sorte que toutes les décisions judiciaires soient imprégnées d'un « esprit de parti délibéré »³⁸. Il est vrai que l'art. 7 de la loi sur l'organisation judiciaire n'en dit pas moins que les juges « sont indépendants dans leurs décisions et ne sont soumis qu'à la Constitution et à la loi ». Mais cela signifie simplement que l'esprit de parti en matière judiciaire et le système de l'orientation qui doit assurer ou favoriser les manifestations de cet esprit de parti, sont considérés comme étant pleinement conformes à la conception de l'indépendance judiciaire qui prévaut dans la zone soviétique d'occupation³⁹. Cette orientation impérative des instructeurs porte à la liberté de décision des juges une atteinte que condamne toute la conception de l'état de droit; mais d'après l'opinion qui domine en zone soviétique, on ne saurait y voir une violation du principe de l'indépendance judiciaire car de telles interventions ont pour objet

³⁸ Voir ci-dessus.

³⁹ C'est ce que dit, par exemple, Melsheimer dans *Neue Justiz*, 1956, p. 289.

d'empêcher que ne triomphent dans la jurisprudence des tendances hostiles à la classe ouvrière, c'est-à-dire au peuple. Il vaut la peine de remarquer que la zone soviétique, en subordonnant légalement les tribunaux aux services administratifs, suit une direction qui s'écarte de la tendance constatée en Union soviétique. Dans ce pays, après la dissolution du ministère de la Justice de l'U.R.S.S.⁴⁰, l'étroite liaison qui avait été établie entre les services administratifs et les tribunaux sous la forme d'un contrôle administratif n'a pas été totalement supprimée, mais du moins a-t-elle pris une forme très atténuée dans les diverses républiques membres de l'Union⁴¹. En ce qui concerne la zone soviétique d'occupation, le ministre de la Justice Hilde Benjamin déclarait déjà en 1957 que les juges ont encore besoin de l'orientation et du contrôle du ministère de la Justice⁴². Cette conception a d'ailleurs trouvé son expression par la suite dans l'art. 13 du GVG. Le cercle est ainsi fermé : légalité socialiste – jugements inspirés par l'esprit de parti – responsabilité des juges à l'égard des masses travailleuses et des représentations populaires locales – contrôle et orientation exercés par les services administratifs. C'est ainsi que l'on a entouré d'un véritable rempart la fonction essentielle du juge qui est de dire le droit, afin d'empêcher toute décision judiciaire politiquement fausse ou inopportune.

La manifestation concrète de l'esprit de parti et du système du « centralisme démocratique » permet au régime d'agir sur ses juges par les moyens les plus divers. Non seulement ceux-ci sont soumis à la critique des représentations populaires locales et doivent suivre l'orientation que leur donnent les instructeurs, mais au surplus le parti socialiste unifié lui-même peut agir directement sur eux, tout au moins sur ceux qui comptent parmi ses membres, ce qui est le cas de quatre-vingt-quinze pour cent des magistrats ! Au sein de chaque tribunal, comme d'ailleurs dans chaque administration et chaque « entreprise du peuple » (*Volkseigener Betrieb*), il existe une *Betriebs Partei Organisation* (organisation du parti pour l'entreprise ou B.P.O.). Les « camarades juges » doivent prendre part aux séances et aux discussions de leur B.P.O. Le parti a ainsi l'occasion de communiquer ses remarques et ses desiderata aux juges par l'intermédiaire du président de la B.P.O. ou des organisateurs des groupes d'entreprises. La discipline du parti exige qu'il soit tenu compte de telles remarques, même si elles ont pour objet évident d'influencer un juge dans une de ses décisions judiciaires. La représentation

⁴⁰ Par une ordonnance du 31 mai 1956.

⁴¹ Cf. Dirnecker dans *Recht in Ost und West* (Le droit à l'est et à l'ouest), 1957, p. 232 et 1959, p. 117.

⁴² « *Staat und Recht im Lichte des Grossen Oktober* » (L'Etat et le droit à la lumière de la grande révolution d'octobre), publication commémorative du VEB Deutscher Zentralverlag, Berlin 1957.

populaire locale, l'administration de la justice et le parti lui-même agissent sur les juges en leur donnant des indications qui sont de véritables directives. Dans ces conditions, il ne peut donc plus être question d'une indépendance de la magistrature.

WALTHER ROSENTHAL

*Directeur de l'Institut d'études des
juristes libres de Berlin-Ouest.*

NOTES

UN « OMBUDSMAN » EN GRANDE-BRETAGNE ?

Justice, section britannique de la Commission internationale de Juristes, a publié en octobre 1961 un rapport¹ important, appelé communément depuis lors *Rapport Whyatt*, qui traite du redressement des torts que subit un citoyen à la suite d'un différend avec l'Administration. Afin de bien comprendre la nature des propositions contenues dans ce rapport, il est nécessaire d'examiner les données générales qui en sont à l'arrière-plan.

Historique

C'est seulement au début de notre siècle que les gouvernements britanniques successifs, comme les gouvernements d'autres pays ayant à faire face à des difficultés du même genre, promulguèrent de nombreuses lois de caractère social et économique qui eurent pour effet de mettre toujours davantage le citoyen en contact quotidien avec l'Etat – citons seulement à titre d'exemple les régimes de prévoyance et de sécurité sociale, les pensions de guerre et les indemnités d'expropriation perçues de l'Etat. Lorsque s'élevait un différend entre le gouvernement et un citoyen, il n'existait aucune instance ou procédure particulière qui aurait permis à ce dernier de contester le bien-fondé d'un acte de l'Exécutif. Il n'y eut jamais en Grande-Bretagne d'institution comparable au Conseil d'Etat français ni aux tribunaux administratifs allemands. En outre, avant 1947, le citoyen ne pouvait intenter d'action en dommage-intérêts contre un représentant de la Couronne (c'est-à-dire, en l'espèce, un Ministère). Toutefois, au fur et à mesure que des lois nouvelles furent promulguées, elles instituèrent souvent des tribunaux qui étaient chargés d'entendre les plaintes des parties sur les questions en cause, bien que jusqu'à une certaine époque il eût été impossible de dire si ces tribunaux étaient destinés à faciliter la tâche de l'Administration ou à trancher les litiges entre le citoyen et le Ministère intéressé. A la suite d'une vague de protestations soulevées principalement par des juristes et dirigées contre les Ministères, la Commission des Pouvoirs ministériels (appelée également Commission Donoughmore) fut créée en 1929 pour enquêter sur les pouvoirs exercés par les Ministres, aussi bien en matière législative que quasi-

¹ *Le Citoyen et l'Administration : Les voies de recours* – Rapport publié par *Justice*, Section britannique de la Commission internationale de Juristes. Directeur des Recherches : Sir John Whyatt ; avant-propos de Sir Oliver Franks, G.C.M.G., K.C.B., C.B.E. et préface de Lord Shawcross, Q.C., Président de *Justice*. Publié à Londres par Stevens and Sons, Ltd., xiv et 104 p. 10 s. 6 d. net.

judiciaire. S'il est vrai que les recommandations de cette Commission ne furent reprises dans aucune loi, ses travaux servirent toutefois à rendre évidents les pouvoirs immenses dont l'Exécutif dispose de nos jours. Entretemps, le nombre de tribunaux continua de croître. Il convient de préciser ici que ces tribunaux n'étaient pas considérés à proprement parler comme un élément du système judiciaire ordinaire, bien que la Cour Suprême fut habilitée, dans certains cas, à reviser leurs décisions au moyen des anciennes ordonnances appelées *Writ of Certiorari* (ordonnance judiciaire de revision), *Writ of Prohibition* (ordonnance judiciaire déclinatoire de compétence) et *Writ of Mandamus* (ordonnance judiciaire d'une cour supérieure à une instance inférieure).

Après la deuxième guerre mondiale de nouvelles lois de sécurité sociale furent promulguées, mais un fait nouveau se produisit lorsque fut créée en 1955 la Commission des tribunaux et des enquêtes en matière d'administration (connue sous le nom de Commission Franks); elle avait pour mandat: « de faire des études et des recommandations sur

- a) la composition et le fonctionnement des tribunaux autres que les cours de justice ordinaires, constitués en vertu d'une loi quelconque du Parlement par un Ministre de la Couronne ou aux fins des attributions de ce Ministre;
- b) le déroulement des procédures administratives qui comprennent une enquête ou une audition, faite par un Ministre, ou en son nom, au sujet d'un recours ou à la suite d'objections ou de représentations, et en particulier le déroulement de la procédure d'acquisition de terrains par mesure d'autorité.

La Commission, dont le rapport fut publié en 1957, étudia de façon très approfondie l'organisation des tribunaux et présenta un certain nombre de recommandations importantes; elle conclut sans ambages que la tâche essentielle des tribunaux devait être de se prononcer objectivement sur les questions faisant l'objet d'un différend entre les deux parties intéressées; elle déclara, en outre, que les qualités qui devaient caractériser les tribunaux étaient la franchise, l'équité et l'impartialité. Elle recommanda notamment la création de deux Conseils des Tribunaux, qui auraient un droit de surveillance sur tous les tribunaux relevant de leur compétence. Cette recommandation fut mise en œuvre par le Gouvernement en 1958 lorsqu'il institua le Conseil des Tribunaux. L'une des solutions au problème de plus en plus aigu posé par le droit administratif que la Commission Franks rejeta vigoureusement, comme l'avait d'ailleurs fait la Commission Donoughmore avant elle, fut celle qui aurait consisté à créer une chambre administrative auprès de la Cour Suprême, selon une suggestion répandue dans une brochure intitulée « la Primauté du Droit », publiée en 1955 par l'Association conservatrice et unioniste des *Inns of Court*.

Il y a lieu de remarquer qu'en ce qui concerne son mandat, la

Commission Franks limita son enquête aux cas pour lesquels il existait déjà une procédure judiciaire consacrée. Elle n'envisagea jamais de l'étendre au vaste domaine dans lequel les pouvoirs publics étaient en mesure de prendre des décisions que le simple citoyen ne pouvait attaquer devant aucun tribunal, faute de tribunal ou de procédure prévue par la loi, et à propos desquelles la loi ne lui fournissait en conséquence aucun moyen d'obtenir réparation du tort qui lui était fait.

Toutefois, depuis quelques années, le sentiment se répand en Grande-Bretagne que lorsque s'élève un différend entre un Ministère et un simple citoyen, le plateau de la balance penche trop lourdement en faveur des pouvoirs publics. Plusieurs affaires célèbres, dont la plus connue est l'affaire Crichton Down, ont fait ressortir les lacunes de ce que l'on peut appeler les voies de recours administratif. Il ne faudrait cependant pas penser qu'en Grande-Bretagne le citoyen n'a aucun moyen de s'élever contre une décision des pouvoirs publics. C'est loin d'être le cas. L'intéressé peut avoir un recours devant un tribunal ordinaire ou un tribunal administratif. Il peut toujours s'adresser directement au Ministère intéressé et chercher à obtenir ainsi satisfaction. Il lui est également loisible de s'adresser au Membre du Parlement de sa circonscription qui, lui, peut examiner la plainte en son nom et, en cas de besoin, évoquer la question à la Chambre des Communes; cette procédure peut amener le Gouvernement à ordonner une enquête officielle qui pourra prendre le caractère, soit d'une enquête ministérielle, soit d'une enquête effectuée en vertu du *Tribunal of Inquiry (Evidence) Act* (loi de 1921 sur les témoignages recevables par les tribunaux d'enquête). Il peut encore s'adresser à une organisation représentative telle que l'un des bureaux d'aide et de consultation au citoyen pour demander conseil et assistance. Enfin, il se peut que la Presse consente à se saisir de sa réclamation.

Le Rapport de « Justice »

En 1959 *Justice*, section britannique de la Commission internationale de Juristes, décida de mener de sa propre initiative une enquête indépendante et nomma son propre comité composé de personnalités éminentes (trois juristes et un économiste) qui reçurent le mandat suivant:²

² Le Comité était composé des personnalités suivantes : Sir John Whyatt, ancien Président de la Cour Suprême de Singapour, Mr. Norman S. Marsh, Directeur du *British Institute of International and Comparative Law* (Institut britannique de droit international et de droit comparé) et ancien secrétaire général de la Commission internationale de Juristes, Sir Sydney Caine, directeur de la *London School of Economics* et M. H. W. R. Wade, professeur de droit anglais à l'Université d'Oxford. Lord Shawcross, Président de *Justice*, nommé à l'origine président de ce Comité, n'ayant pas été en mesure de prendre une part active aux travaux du Comité, la présidence en fut confiée à Mr. Marsh.

Examiner si les moyens permettant actuellement d'enquêter sur des plaintes visant des actes ou des décisions de caractère administratif qui mettent en cause des ministères et d'autres organismes publics, lorsqu'il adéquat; et étudier les améliorations qui pourraient être apportées à n'existe pas de tribunal ou d'autre procédure prévue par la loi, sont ces moyens, en songeant particulièrement à l'institution scandinave connue sous le nom d'*Ombudsman*.

Justice proposa alors de faire porter sa recherche sur ce domaine particulier de l'activité de l'Etat dont le Comité Franks s'était tenue à l'écart, en raison de son mandat, c'est-à-dire le domaine particulier et très important dans lequel il n'existait « aucun tribunal ou autre procédure prévue par la loi » qui pût connaître de plaintes dirigées contre un acte des pouvoirs publics. Il convient de rappeler brièvement ici la situation et les attributions de l'*Ombudsman* scandinave qui est cité dans le mandat du Comité mentionné ci-dessus. En Suède, depuis 1809, l'*Ombudsman* est un fonctionnaire du Parlement dont la tâche consiste à veiller que les fonctionnaires de l'Etat accomplissent consciencieusement leur tâche, et à prendre des mesures lorsque tel n'est pas le cas; l'*Ombudsman* peut, dans l'exercice de ses fonctions, recevoir et examiner des plaintes émanant d'individus et concernant un acte des pouvoirs publics. La fonction d'*Ombudsman* instituée en 1955 par le Danemark est semblable à celle de l'*Ombudsman* suédois. Il existe un *Ombudsman* en Finlande, et il est probable qu'en Norvège le projet de loi portant création de la fonction de commissaire à l'administration civile sera rendu applicable en 1962. Enfin, il convient de noter qu'un projet de loi, actuellement à l'étude devant le Parlement de la Nouvelle-Zélande, tend à instituer la fonction de commissaire parlementaire aux enquêtes et que les pouvoirs de ce dernier seront fort semblables à ceux de l'*Ombudsman* scandinave.

Le Gouvernement britannique avait par avance manifesté son intérêt à l'égard des conclusions auxquelles aboutirait le rapport de *Justice* et avait fait savoir au Parlement qu'il serait préférable de ne pas prendre de mesures dans ce domaine du droit administratif avant que les conclusions du Rapport ne soient connues. Ce document, attendu par un nombreux public, fut donc reçu avec un intérêt particulier lorsqu'il parut à la fin du mois d'octobre dernier. L'avant-propos est de Sir Oliver Franks, président de la Commission Franks de 1957, et la préface de Lord Shawcross, président de « *Justice* ». Bien que l'enquête ait été confiée à une commission, il est indiqué dans la préface que les travaux d'enquête proprement dits sont essentiellement l'œuvre de Sir John Whyatt, directeur des recherches de *Justice*.

A l'exception de son annexe A, qui traite brièvement des plaintes visant des autorités locales, le Rapport ne traite que de départements ministériels. Le Comité Whyatt a sans doute été bien avisé de ne pas faire porter son enquête sur les plaintes visant les autorités

locales, la police (une Commission royale procède actuellement à une étude à son sujet) et les industries nationalisées. Une enquête trop vaste aurait pu mener à des propositions de réformes trop nombreuses et, de ce fait, difficilement acceptables. Le Rapport divise les plaintes des citoyens en deux catégories. À la première appartiennent celles qui concernent des décisions discrétionnaires de fonctionnaires au sujet desquelles le plaignant s'élève contre la façon dont le fonctionnaire intéressé a fait usage de son pouvoir de discrétion, mais où il n'a pas la possibilité de contester cette décision. Dans ce cas, le citoyen se plaint en somme du fait que la décision soit sans appel. Les auteurs du Rapport citent l'exemple suivant de ce genre de décision:

Un médecin avait prescrit une préparation alimentaire spéciale et de l'eau distillée pour un enfant qui souffrait d'hypercalcémie. Le père était un ouvrier gagnant £ 9 par semaine; les préparations revenaient à £ 9 par mois. Le médecin aurait pu demander au médecin-chef du Service national de Santé de sa région l'autorisation de prescrire ces préparations à titre gratuit, mais il ne le fit pas. En pareil cas, il n'existe pas le possibilité de recours contre la décision d'un médecin.

Dans la deuxième catégorie rentrent les plaintes déposées contre des actes que le Rapport qualifie de mauvaise administration; dans ce genre de cas, le citoyen se plaint d'un acte blâmable ou injuste de la part d'un fonctionnaire de l'Administration, qui peut provoquer par exemple une perte, un dommage ou imposer une épreuve au citoyen en cause, du fait de l'incapacité, de l'erreur de jugement ou de la négligence d'un ou plusieurs fonctionnaires.

On ne trouve dans le Rapport qu'un petit nombre de cas de mauvaise administration. Nous citerons à titre d'exemple le cas suivant:

X était employé par l'*Electricity Board* (Compagnie nationale d'électricité) à la réparation des compteurs. Il tomba malade, et le médecin diagnostiqua finalement un empoisonnement au mercure dû à des causes professionnelles. La maladie de X l'obligea à cesser toute activité durant de longues périodes. Par la suite il attaqua la Compagnie en justice et lui réclama £ 1.200 pour perte de salaire et dommages de caractère général. La Compagnie admit que le chiffre était exact, mais déclina toute responsabilité. Lors du procès, il apparut (après rectification des conclusions) que X était forcé du fait que le motif de l'action était de plus de trois ans antérieur à l'assignation en justice de la Compagnie. Le juge admit que le mauvais état de santé de X était directement imputable à un acte de négligence de la Compagnie, mais il trancha la question en faveur de celle-ci, étant donné que la réclamation de X était couverte par la prescription. Ultérieurement, X demanda à être mis au bénéfice d'une loi sur les allocations spéciales. On lui offrit £ 750, et plus tard on augmenta ce chiffre. Il refusa ces offres, car la Compagnie, observa-t-il, avait reconnue que le chiffre de £ 1.200 correspondait au montant de sa perte de salaire, et en outre il souffrait toujours beaucoup. Son invalidité permanente ne lui permettait plus de gagner sa vie et son revenu hebdomadaire total - autrement dit sa pen-

sion d'invalidité - était de 13 sh. 6 d. Il était sans moyens. Des démarches furent faites en son nom auprès du Ministre des Combustibles et de l'Energie, qui déclara ne pouvoir intervenir. Ultérieurement l'affaire fut portée à l'attention du Premier Ministre; ce dernier appuya le Ministre et déclara qu'il avait pris connaissance de l'affaire avec intérêt mais « que toute correspondance supplémentaire à ce sujet serait inutile ».

Les propositions du Rapport

En ce qui concerne la première catégorie de plaintes, les recommandations contenues dans le Rapport ne donnent pas trop de prise à la controverse. Il est proposé de créer des tribunaux supplémentaires au moyen de textes législatifs, là où la nécessité s'en fait sentir, et de constituer également un Tribunal qui serait chargé d'examiner les recours formulés contre des décisions discrétionnaires lorsqu'il n'existe pas de tribunaux compétents à cet effet. Ainsi le citoyen aurait toujours droit à un recours devant un organe indépendant dans un domaine où la décision d'un fonctionnaire aurait été discrétionnaire. Il n'y a là rien de révolutionnaire, mais ces propositions sont importantes si les recommandations relatives aux plaintes de la deuxième catégorie doivent un jour être mises en œuvre avec réalisme.

C'est à l'égard de cette deuxième catégorie de recommandations que les auteurs du Rapport font vraiment œuvre nouvelle. Leurs propositions donneront presque inévitablement lieu à controverse puisqu'elles impliquent des amendements d'ordre constitutionnel. C'est donc à ce propos que les membres de la Commission recommandent la création de la fonction de Commissaire parlementaire, dont les attributions seraient du même ordre que celles de l'*Ombudsman* scandinave (tout en étant évidemment différentes sous de nombreux aspects). Ce Commissaire serait un fonctionnaire du Parlement, et n'appartiendrait donc pas à l'Exécutif. Du point de vue constitutionnel, il occuperait des fonctions et un statut aussi stables que le Directeur général du Budget et de la Comptabilité publique dont la charge existe depuis près d'un siècle et qui a pour tâche de vérifier les comptes de la nation.

Les plaintes qui seraient adressées à l'Office du Commissaire n'émaneraient, dans une première phase, que de membres du Parlement, qui vraisemblablement ne feraient en cela que transmettre les plaintes de leurs électeurs. Ultérieurement (au bout d'une période de cinq ans, peut-être) les citoyens pourraient soumettre leurs plaintes directement. Avant que le Commissaire ne commence à enquêter sur une plainte, le Ministre dont le département serait en cause aurait le droit d'interdire l'enquête en faisant usage de son droit de veto, étant bien entendu qu'il devrait sans doute ultérieurement justifier ce veto devant le Parlement. Pendant l'enquête le Commissaire aurait accès aux dossiers des divers Ministères, mais non aux notes de

service. De même que l'*Ombudsman* scandinave, le Commissaire adresserait un rapport annuel au Parlement; il pourrait lui en adresser de plus fréquents si les circonstances l'exigeaient. Toutefois, à la différence de l'*Ombudsman* scandinave, il n'aurait aucune possibilité d'introduire une instance contre des fonctionnaires de l'Etat, dont les noms ne figureraient jamais dans les rapports adressés au Parlement. La fonction du Commissaire consisterait à enquêter, faire rapport et formuler des recommandations; ses rapports seraient à la disposition de la Presse. Il ne pourrait redresser un tort par ses propres moyens, et il ne serait pas appelé à intervenir dans les cas où le plaignant aurait la possibilité de soumettre une décision discrétionnaire à l'appréciation d'un tribunal. Ainsi, comme on peut le constater, une condition importante qui devrait être remplie au préalable pour que le Commissaire puisse exercer efficacement son mandat serait de multiplier le nombre des tribunaux et d'instituer le Tribunal général qui a fait l'objet des premières recommandations du Rapport, mentionnées plus haut. En effet, il n'y aurait pas de plus sûr moyen de rendre cette nouvelle charge inefficace dès l'abord que de permettre qu'elle soit submergée sous un flot de causes qui relèveraient plutôt de la compétence de tribunaux chargés de se prononcer sur les décisions discrétionnaires de l'Exécutif.

Difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des propositions du Rapport

Ceux qui s'opposent à la création de la fonction de Commissaire parlementaire aiment à faire valoir que si cette charge peut se révéler efficace dans de petits pays, il n'en irait pas de même en Grande-Bretagne. Il est vrai que la Suède, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Nouvelle-Zélande ont tous une population peu nombreuse si on les compare à la Grande-Bretagne, mais ce sont aussi des exemples de pays dans lesquels la démocratie parlementaire est véritablement florissante. On pourrait aussi faire valoir qu'il est nécessaire de disposer en Suède d'un moyen de contrôle spécial parce que le fonctionnaire d'Etat n'y est pas responsable devant les Ministres, et qu'ainsi, puisque ce fonctionnaire l'est en Grande-Bretagne, un genre de contrôle supplémentaire tel que celui qu'exercerait l'*Ombudsman* serait superflu. Ce dernier argument ne semble pas devoir se vérifier dans la pratique; il ne tient pas compte, en effet, de la situation changeante créée par la législation très complète de prévoyance sociale, qui a pour effet de soumettre la vie quotidienne du citoyen à un contrôle minutieux de la part de l'Administration.

Il est probable que, le cas échéant, l'opposition à la mise en œuvre des propositions du Rapport viendra de deux sources, à savoir du Parlement lui-même, et aussi de la Fonction publique. En pré-

sentant leur Rapport, Sir John Whyatt et ses collègues n'ont sans doute jamais perdu de vue qu'il était indispensable de présenter des propositions qui fussent acceptables aux Grands Corps de l'Etat. C'est sans doute pour cette raison qu'ils ont prévu le droit de veto du Ministre et la transmission des plaintes par l'intermédiaire d'un Membre du Parlement. Certains Membres du Parlement verront peut-être poindre, dans les propositions visant à créer la fonction de Commissaire parlementaire, un système qui portera atteinte à l'une des attributions et à l'un des privilèges conférés par l'histoire à tout Membre du Parlement, et qui consiste à recevoir les plaintes émanant de leurs électeurs et à en connaître. Toutefois, le Rapport a démontré clairement que la procédure parlementaire dont dispose un Membre du Parlement pour obtenir le redressement de torts causés à un habitant de sa circonscription est devenue insuffisante. Il conviendrait donc de considérer le Commissaire comme un auxiliaire de ce Membre du Parlement et non comme son remplaçant, lorsqu'il s'agira d'obtenir que justice soit faite à l'un de ses électeurs. En outre, le Commissaire serait un fonctionnaire du Parlement; il serait donc, en dernière instance, responsable devant lui. De toute façon, à l'heure actuelle, le Membre du Parlement ne peut bien souvent que servir de boîte aux lettres, et il ne fait que transmettre une plainte ou un dossier au Ministère intéressé pour observations ou pour suite à donner. Il faut aussi compter avec le temps dont dispose, en règle générale, un Membre du Parlement (surtout s'il fait partie de l'équipe ministérielle, qui comprend généralement un membre de la Chambre des communes sur dix); il est trop occupé pour pouvoir accorder suffisamment de temps à des recours qui exigent une étude très minutieuse; bien souvent, le Membre du Parlement devra donc accepter les décisions ou les réponses d'un ministère sans pouvoir les contester. Une enquête menée au nom d'un Membre du Parlement par le Commissaire serait sans doute plus objective qu'une enquête semblable menée par des fonctionnaires d'Etat eux-mêmes, car trop souvent la Fonction publique est appelée à être son propre juge. Tout ceci ne veut pas dire qu'il ne se trouvera pas de nombreux Membres du Parlement pour appuyer fortement la proposition de créer la fonction de Commissaire. Ainsi le Dr. Donald Johnson, député de Carlisle, défenseur acharné de la justice pour l'individu, a introduit à la Chambre des communes le 30 octobre dernier une motion demandant la nomination d'un Commissaire parlementaire.

Il est fort possible que la Fonction publique manifeste une opposition plus vive que le Parlement à l'égard des propositions du Rapport. En effet la Fonction publique a toujours eu pour tradition de se retrancher derrière l'anonymat, et elle pourrait bien s'opposer vigoureusement à des propositions qui, si elles étaient adoptées, dévoileraient au public, notamment lors de l'examen de ses dossiers,

les mécanismes internes de son action: car il ne faut pas oublier que l'examen des dossiers est d'une importance primordiale si l'on veut que le Commissaire puisse exercer sa charge avec succès. En outre on a donné à entendre que l'efficacité de la Fonction publique diminuerait si les fonctionnaires devaient se sentir en quelque sorte constamment menacés d'enquêtes. Il est bien certain en tout cas que dans les pays scandinaves les enquêtes de l'*Ombudsman* n'ont nullement amoindri le prestige ou l'efficacité de la Fonction publique. Il se pourrait même, au contraire, que les activités d'un Commissaire rehaussent encore le prestige des fonctionnaires britanniques. Pour reprendre les termes du Rapport, «... en fin de compte, (le Commissaire) ... apparaîtra peut-être aux yeux de la Fonction publique comme un défenseur précieux et impartial en cas d'attaques injustifiées auxquelles le fonctionnaire ne saurait de lui-même faire face ».

Il serait compréhensible que le Trésor public s'inquiât de connaître l'importance du nouvel office proposé et la dépense qu'il entraînerait. De l'avis de Sir Sydney Caine, membre de la Commission Whyatt, cette dépense ne serait certainement pas excessive et ne dépasserait vraisemblablement pas « quelques dizaines de milliers de livres sterling ». Au Danemark, les 1000 plaintes reçues en une année par l'*Ombudsman* ont été instruites par un personnel de 10 personnes, y compris les secrétaires. En Suède, l'*Ombudsman* dispose d'un personnel très peu nombreux pour s'occuper d'environ 1000 plaintes par an. L'importance de l'Office du Commissaire dépendrait du nombre de plaintes reçues et il est difficile d'évaluer ce nombre, car on ne dispose d'aucun moyen de savoir combien de plaintes transmettent chaque année les Membres du Parlement. Les chiffres cités par Mr. T. E. Utley dans son ouvrage *Occasion for Ombudsman*³ peuvent en donner une idée. Un Membre du Parlement a calculé que le nombre de plaintes qu'il avait reçues en deux mois était de 26; en se fondant sur ce chiffre on obtient 156 affaires par an (pour autant qu'une telle multiplication puisse se justifier), et si l'on poursuit le calcul on aboutit à un chiffre légèrement inférieur à 100.000 plaintes par an pour tous les Membres du Parlement, ce qui paraît plutôt élevé. Il est difficile d'évaluer à l'avance le pourcentage d'un tel chiffre que le Commissaire serait appelé à traiter. Toutefois, un grand nombre de ces plaintes seraient dirigées contre des administrations locales et ne seraient donc sans doute pas de la compétence du Commissaire. De même, bon nombre d'autres plaintes ne manqueraient pas d'être de celles que Mr. Geoffrey Marshall appelle, dans sa recension⁴ du Rapport Whyatt, des réactions de contribuables mal reçus à un guichet.

³ T. E. Utley *Occasion for Ombudsman* (Londres) Christopher Johnson, 1961, p. 43-45.

⁴ *The Lawyer* (Londres) Vol. 4, no. 3, Michaelmas 1961, p. 29.

Il convient de relever un autre point important; l'Office consultatif John Hilton pour les questions sociales et économiques, à Cambridge, qui, étant donné son genre d'activité, a de fréquents contacts avec des services gouvernementaux, est consulté par 200.000 personnes chaque année; pourtant, l'effectif de cet Office n'est que de 40 employés. Si donc il est impossible d'avancer des chiffres sûrs quant à l'importance du personnel qui assisterait le Commissaire, la crainte de voir sa fonction greffer une bureaucratie sur une autre est sans doute bien peu fondée.

Le Rapport a reçu un accueil favorable dans la presse, et les milieux bien informés semblent attendre avec intérêt une réforme. Il faut reconnaître que certains auteurs ont pris une attitude critique. C'est ainsi que le professeur Mitchell, de l'Université d'Edimbourg, est résolument hostile à ses conclusions et se déclare en faveur de recours juridictionnels plutôt que de recours administratifs.⁵ Un magistrat danois, Mlle I. M. Petersen, souligne que l'extension des recours juridictionnels préconisée dans le Rapport peut compromettre le principe de la responsabilité ministérielle:⁶ car cette extension pourrait aboutir à ce que, dans des questions de pure politique, le dernier mot appartienne à des tribunaux spécialisés. Par ailleurs, le professeur de Smith se déclare entièrement favorable aux conclusions du Rapport.⁷ Lady Iris Capell estime de son côté qu'un développement simultané de bureaux de consultation ouverts au public et de la compétence des diverses juridictions donnerait de meilleurs résultats que l'institution d'un *Ombudsman*.⁸ Il se peut enfin que les défenseurs du Rapport soient déçus par le peu d'enthousiasme que les propositions ont suscité chez certains orateurs influents lors des débats préliminaires auxquels le Rapport a donné lieu à la Chambre des Lords le 7 décembre 1961.

Certaines appréhensions se sont exprimées sur le point de savoir si les auteurs du Rapport ont eu raison de donner ce double caractère à leurs conclusions. Rappelons qu'ils ont eux-mêmes reconnu que certains chevauchements de compétence seraient inévitables. Toutefois, il convient de marquer l'importance qui s'attache à bien délimiter les attributions du Commissaire. A ce propos, le Rapport cite en exemple le cas intéressant d'un prisonnier qui purgeait une peine de 12 ans à la prison de Parkhurst, dans l'Île de Wight. Cet homme sollicita du Ministre de l'Intérieur son transfert, dans le contingent mensuel normal, à la prison de Bedford, située à quelque 160 km de là, afin que sa mère pût lui rendre visite. La raison donnée

⁵ *Public Law* (London, Stevens & Sons) Spring 1962, p. 24 à 33.

⁶ *Ibid.*, p. 15 à 23.

⁷ *The Political Quarterly* (London, Stevens & Sons) premier trimestre 1962, p. 9 à 19.

⁸ Iris Capell, *The Aggrieved Citizen* (London, The Liberal Publication Department).

à l'appui de sa requête était la suivante: Sa mère, âgée de 84 ans, devenait rapidement aveugle et n'était plus en mesure de voyager (tous ces faits furent admis). Si la requête du prisonnier était rejetée, sa vieille mère ne pourrait plus jamais le revoir. L'affaire fut portée devant la Chambre des Communes par le Membre du Parlement de la circonscription du prisonnier mais en vain; le prisonnier ne fut pas transféré. Bien que les fonctionnaires semblent avoir reconnu qu'il s'agissait là de souffrances morales réelles, ils estimèrent que les raisons de sentiment qui étaient invoquées n'étaient pas suffisantes pour justifier le transfert du prisonnier. Là, l'auteur se demande, sans pouvoir conclure, si un cas de ce genre appartient à la catégorie des décisions discrétionnaires dont on devrait pouvoir appeler devant un tribunal, ou bien s'il s'agit d'un exemple « de mauvaise administration », c'est-à-dire de décision injuste prise par un fonctionnaire sur les faits de la cause, et qu'il conviendrait de transmettre au Commissaire parlementaire pour enquête et rapport impartial.

Conclusion

Quoi qu'il puisse sortir du Rapport Whyatt, on ne peut mettre en doute ni sa valeur ni l'à-propos de ses recommandations. Etant donné la souplesse de la Constitution britannique, il suffirait d'une simple loi pour traduire dans la réalité les changements proposés dans le Rapport.

Il est important de noter que l'idée d'un *Ombudsman* ait pu, prendre racine dans des pays de *Common Law* autres que le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande. Ainsi, à la suite de la publication du Rapport Whyatt⁹, la question de l'*Ombudsman* a été soulevée récemment en Inde où il existe déjà, croit-on, plus de 110 tribunaux administratifs.

Je voudrais pour terminer dire combien j'ai trouvé le Rapport bien conçu et bien présenté. Il est regrettable qu'il ne soit pas accompagné d'un index et que les sources ne soient pas indiquées, mais, en ce qui concerne cette dernière remarque, il est peut-être compréhensible qu'un rapport privé de ce genre ne fasse pas connaître les sources auxquelles ses auteurs ont puisé. Une erreur de détail s'est glissée à la page 7, ligne 33 du texte; après « Commission, les mots de juristes » ont été omis.

A. A. DE C. HUNTER

*M.A. (Cantab.), of Lincoln's Inn,
Barrister-of-Law, membre du secré-
tariat de la Commission internatio-
nale de Juristes.*

⁹ *Thought* (Delhi), novembre 11, 1961, Vol. XIII, No. 45, p. 2.

DOCUMENT

LE PROJET DE CONVENTION PANAMERICAINE POUR LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Le projet de convention sur les droits de l'homme dont le texte est reproduit ci-dessous a été élaboré et approuvé par le Conseil interaméricain de juristes lors de sa quatrième réunion, tenue à Santiago (Chili) du 24 août au 9 septembre 1959. Ce projet a été transmis au Conseil de l'Organisation des Etats américains pour être soumis à la onzième Conférence interaméricaine.

Après le Conseil de l'Europe, dont la plupart des membres ont ratifié la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en vigueur depuis le 3 septembre 1953, l'Organisation des Etats américains est ainsi la deuxième organisation interétatique qui s'efforce de placer la protection des droits de l'homme sur le plan international en la confiant à des organes eux aussi internationaux: la Commission interaméricaine de protection des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

La Commission internationale de Juristes estime que cette idée de chercher dans une convention régionale plutôt que dans une convention universelle la garantie d'une protection internationale des droits de l'homme mérite une étude attentive. Nos lecteurs se souviennent que les juristes africains présents au Congrès sur la Primauté du Droit tenu à Lagos (Nigéria) en janvier 1961 avaient déclaré, dans la *Loi de Lagos* :

qu'afin de donner plein effet à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les gouvernements africains devraient étudier la possibilité d'adopter une Convention africaine des droits de l'homme prévoyant notamment la création d'un tribunal approprié et des voies de recours ouvertes à toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats signataires.

Contrairement à la Convention européenne de sauvegarde qui garantit seulement les droits civils et politiques traditionnels (droits à la vie, à la liberté et à la sécurité personnelles, égalité devant la loi, libertés de conscience et de religion, libertés de pensée et d'expression, libertés de réunion et d'association, etc.), le projet interaméricain de convention ne contient pas moins de quatorze articles traitant de la protection des droits économiques, sociaux et culturels (droits au travail, à la sécurité sociale, à l'instruction, etc.). Pour donner leur plein effet à ces droits il est dit que les Etats signataires

« s'appliqueront à favoriser le constant développement de la production ainsi que la répartition équitable des biens et services, aux mêmes titres dans les domaines social et culturel ». Il est évidemment que la mise en œuvre de telles dispositions imposera aux Etats signataires un vaste programme de réformes et de mesures législatives.

La quatrième réunion du Conseil interaméricain de juriscultes réunissait des représentants du Brésil, du Costa Rica, de l'Argentine, des Etats-Unis, du Venezuela, de l'Equateur, de la Bolivie, de la République dominicaine, du Nicaragua, de Cuba, du Pérou, du Mexique, du Paraguay, d'Haïti, de la Colombie, du Guatemala, du Salvador, de l'Uruguay, de Panama et du Chili.

La délégation de l'Argentine, tout en approuvant le projet, a fait une réserve d'après laquelle « certains aspects du projet, abstraction faite de la définition des droits civils et politiques, n'ont pas pu être étudiés avec la profondeur que mérite un domaine de cette importance ». La délégation des Etats-Unis a « fait des réserves à l'égard du projet de convention sur les droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi qu'en ce qui a trait à sa participation aux organes auxquels ces instruments peuvent donner naissance ». Enfin la délégation du Mexique s'est abstenue de voter « considérant que dans l'élaboration de la Convention sur les droits de l'homme, la Commission interaméricaine de protection des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'on n'a pas procédé avec la sagesse et la pénétration exigées pour la confection d'un instrument qui restreint dans une si large mesure la juridiction interne de l'Etat et engage si fortement sa responsabilité ».

On trouvera ci-dessous le texte intégral du projet de convention. Nos lecteurs sont invités à exprimer leur opinion et à faire part de leurs observations au secrétariat de la Commission internationale de Juristes.*

* * *

* Le texte reproduit est extrait de l'Acte final de la quatrième réunion du Conseil panaméricain de juriscultes publié par l'Union panaméricaine, Washington, D.C., décembre 1959.

DROITS DE L'HOMME

Le Conseil interaméricain de Jurisconsultes,

CONSIDÉRANT:

Que par sa Résolution VII la Cinquième Réunion de Consultation des Ministres des Relations Extérieures a chargé le Conseil d'élaborer au cours de sa Quatrième Réunion un projet d'accord sur les Droits de l'Homme, quitte, au cas où il n'aurait pas le temps d'achever le travail, à en confier le soin au Conseil de l'Organisation des Etats Américains, lequel, à cet effet, donnera mandat au Comité juridique interaméricain ou à l'organisme qu'il jugera compétent, et l'a chargé aussi de l'élaboration d'un ou de plusieurs projets de conventions relatifs à la création d'une Cour interaméricaine pour la Protection des Droits de l'Homme et d'autres organes propres à assurer la sauvegarde et l'observation de ces droits ; et

Qu'en sa Quatrième Réunion, ce Conseil a élaboré un projet de Convention comportant une définition des droits civils et politiques et instituant les organismes et la procédure propre à assurer le respect de ces droits : une Cour interaméricaine des Droits de l'Homme et une Commission interaméricaine pour la Protection des Droits de l'Homme,

DÉCIDE :

De renvoyer au Conseil de l'Organisation des Etats Américains, conformément au paragraphe 2 de la première partie de la résolution de la Cinquième Réunion de Consultation ci-dessus visée, ce pour être soumis à la Onzième Conférence Interaméricaine et aux gouvernements 60 jours avant l'ouverture de ladite Conférence, le document suivant :

PROJET DE CONVENTION SUR LES DROITS DE L'HOMME

PREMIÈRE PARTIE

DROITS DE L'HOMME

Article 1

Les Etats Parties à la présente Convention s'engagent à respecter les droits et libertés qui y sont reconnus et à en garantir le libre et plein exercice à tout individu se trouvant sur leur territoire et soumis à leur juridiction, sans distinction aucune de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de position économique, de naissance ou toute autre considération sociale.

Chapitre I. Droits civils et politiques

Article 2

1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. La loi protège ce droit à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'est pas abolie, celle-ci ne pourra être infligée en punition de crimes graves, qu'en vertu d'un jugement exécutoire rendu par un tribunal compétent et au titre d'une loi, prévoyant cette peine, qui était en vigueur avant la perpétration du crime.

3. En aucun cas la peine de mort ne sera infligée pour délit de caractère politique.

4. La peine de mort ne sera pas infligée aux personnes âgées de moins de 18 ans, ni aux femmes enceintes.

Article 3

1. Nul ne peut être soumis à la torture, à des traitements cruels, inhumains ou avilissants.

2. La peine ne peut s'étendre qu'à la personne du délinquant.

Article 4

1. Nul ne peut être tenu en esclavage, ni en servitude lesquels, ainsi que la traite des esclaves, sont prohibés sous toutes leurs formes.

2. Nul ne peut être contraint d'accomplir un travail forcé ou obligatoire. Cette disposition ne sera pas interprétée comme interdisant, dans les pays où certains délits sont passibles de la détention accompagnée de travaux forcés, l'accomplissement de cette peine infligée par un tribunal compétent.

3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » aux effets du présent article :

a) Le travail ou service normalement requis d'une personne légalement emprisonnée.

- b) Le service de caractère militaire, et, dans les pays où l'objection de conscience est reconnue, le service national que doivent prêter à la place du service militaire obligatoire, conformément à la loi, les objecteurs de conscience.
- c) Le service imposé en cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté; et
- d) Le travail ou service faisant partie des obligations civiques normales.

Article 5

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être l'objet d'une détention ou d'un emprisonnement arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf pour des causes prévues dans la loi et selon une procédure établie par celle-ci.

2. Toute personne détenue ou arrêtée doit être informée, sur-le-champ, des raisons de son arrestation et notifiée sans délai de l'accusation portée contre elle.

3. Toute personne détenue ou arrêtée à cause d'une infraction doit être traduite sans retard devant un juge ou un fonctionnaire habilité par la loi pour exercer les attributions judiciaires; et elle a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou d'être libérée. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution du prévenu à l'audience.

4. Toute personne privée de la liberté en vertu d'une arrestation ou d'une détention, ou étant sous menace de l'être, a le droit d'introduire un recours devant les tribunaux afin d'obtenir un référé sur la légalité de sa détention ou menace de détention, et une ordonnance d'élargissement si la détention se révèle illégale. Ce recours pourra être introduit par la personne même ou par un mandataire.

Article 6

1. Toute personne a droit à être entendue avec les garanties nécessaires pour l'instruction de toute charge ou de toute accusation portée contre elle, ou pour déterminer ses droits et obligations de caractère civil.

2. Tout inculpé est présumé innocent de plein droit jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement prouvée. Pendant le procès, toute personne a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties énumérées ci-après :

- a) A être informée sans retard, dans une langue comprise d'elle, et d'une manière détaillée, de la nature et des causes de l'accusation portée contre elle ;
- b) A disposer de temps et de moyens suffisants à la préparation de sa défense ;
- c) A être assistée d'un défenseur de son choix ; à être informée, si elle n'a pas de défenseur, de son droit à être aidée à en trouver un, et à ce qu'il lui soit adjoint un défenseur d'office si, pour un motif quelconque, elle n'en constitue pas un dans un délai raisonnable ;

- d) A obtenir, dans la mesure du possible, la comparution des témoins à décharge et leur interrogation et confrontation avec les témoins à charge ; et à interroger ou faire interroger tous autres témoins ;
- e) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle n'entend ou ne parle pas la langue employée à l'audience.
- f) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.

3. Nul ne pourra être jugé par des tribunaux d'exception ou par des commissions spéciales formées à cet effet.

Article 7

Nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui n'était pas considérée légalement comme une infraction au moment où ladite action ou omission a eu lieu. Il ne peut être non plus infligé une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction s'est produite.

Article 8

Toute personne a droit à la protection de la loi contre les ingérences arbitraires ou illégales dans sa vie privée, son foyer, son domicile ou sa correspondance, et contre les attaques attentatoires à son honneur et à sa réputation.

Article 9

1. Toute personne a droit à la liberté de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de garder sa religion ou ses croyances, celui d'en changer, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public comme en privé.

2. Nul ne peut être l'objet de mesures coercitives qui peuvent attenter à sa liberté de garder sa religion et ses croyances ou d'en changer.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prescrites par la loi, constituent des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé, de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés fondamentaux d'autrui.

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées de tous ordres, sans considération de frontières, que ce soit verbalement, par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

2. L'exercice du droit prescrit au paragraphe précédent, ne peut être subordonner à aucune censure préalable, mais il entraîne des responsabilités ultérieures qui, expressément fixées par la loi, sont nécessaires pour :

- a) Le respect des droits ou de la réputation d'autrui, ou
- b) La sécurité nationale, la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publiques.

3. Le droit d'expression ne pourra être restreint par des voies ou des moyens indirects, tels que monopoles officiels et privés sur le papier journal, l'outillage et le matériel de diffusion, ou par toutes mesures tendant à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions.

4. Les spectacles publics pourront être soumis par la loi à une censure, uniquement pour la sauvegarde des bonnes mœurs, le prestige ou la sécurité nationale.

Article 11

1. Toute personne, victime d'allusions inexactes et outrageantes faites par la presse ou par d'autres moyens de diffusion, a droit à ce que sa rectification ou sa réponse soit publiée dans la même forme.

2. La loi réglemente les limites et les modalités de ces droits.

3. L'exercice de ces droits ne s'oppose pas à l'action pénale à laquelle lesdites publications peuvent donner lieu.

4. Pour la protection effective de l'honneur et de la réputation de gens, toute publication ou entreprise de journalisme, de cinématographie, de radio-diffusion ou de télévision aura un gérant responsable qui ne sera couvert par aucune immunité ni exemption spéciale.

Article 12

Le droit de réunion pacifique et sans port d'armes est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté et à l'ordre publiques, ou à la protection de la santé et de la morale publiques, des droits et libertés d'autrui.

Article 13

1. Toute personne a le droit de s'associer librement.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par loi, sont nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté et à l'ordre publiques, à la protection de la santé et de la morale publiques, des droits et libertés d'autrui.

3. Nul ne peut être contraint d'adhérer à une association.

Article 14

1. La famille, élément naturel et fondamental de la nation, a droit à la protection de la société et de l'Etat.

2. L'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille, pourvu qu'ils réunissent les conditions requises à cet effet par les lois nationales.

3. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des parties.

Article 15

Sous réserve de toutes dispositions légales de caractère général établissant dans un Etat les restrictions qui peuvent être raisonnablement nécessaires à la sécurité nationale, à la protection de l'ordre, de l'hygiène et de la morale publiques, ou des droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits définis dans la présente Convention :

1. a) Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit : i) d'y circuler librement et, ii) d'y choisir librement sa résidence ; et
b) Toute personne a le droit de quitter librement n'importe quel pays, y compris le sien propre.
2. a) Nul ne peut être exilé arbitrairement.
b) Sous réserve de la clause énoncée à l'alinéa précédent, toute personne a le droit de retourner dans le pays dont elle est ressortissante.

Article 16

Tous les citoyens jouissent, réserve faite des exceptions prévues dans les lois de chaque Etat, lesquelles ne pourront comprendre aucune des distinctions mentionnées à l'article 17 de la présente Convention, des droits et opportunités :

- a) De participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus ;
- b) D'élire et d'être élus dans le cadre de consultations périodiques authentiques, réalisées au suffrage universel et égal, et par vote secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs.
- c) D'accéder, à égalité de conditions, aux fonctions publiques de leur pays.

Article 17

Tous les humains sont égaux devant la loi. La loi interdit toute discrimination et garantit à chacun une protection égale et effective sans distinction aucune notamment quant à la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, le niveau économique, la naissance ou toute autre considération sociale.

Article 18

Toute personne a droit à un recours efficace, simple et rapide devant les tribunaux nationaux compétents, qui puisse la protéger contre tous actes qui violeraient ses droits fondamentaux reconnus par la constitution ou par les lois.

Article 19

1. Exceptionnellement, en face de situations dont l'existence aura été officiellement proclamée, les Etats Parties à la présente Convention pourront adopter des dispositions suspensives des obligations contractées en vertu de ladite Convention, ce dans la mesure strictement limitée aux exigences du moment et à condition que de telles mesures n'entraînent aucune distinction fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.

2. La clause précédente n'autorise aucune suspension des droits définis aux articles 2, 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Tout Etat contractant qui fait usage du droit de suspension doit, par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains, informer immédiatement les autres Etats Parties à la présente Convention des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date à laquelle elle sera levée.

Chapitre II. Droits économiques, sociaux et culturels

Article 20

1. Tous les peuples et toutes les nations auront droit à la libre détermination, c'est-à-dire : décider librement leur Statut politique, économique, social et culturel.

2. Le droit des peuples à la libre détermination comprend, en outre, la souveraineté permanente sur leurs richesses et leurs ressources naturelles comme étant l'une des conditions indispensables à l'exercice effectif des droits définis dans la présente Convention.

Article 21

1. Les Etats reconnaissent à tous leurs habitants la faculté de jouir des droits économiques, sociaux et culturels.

2. Ils entendent aussi que l'exercice de ces droits ne peut être limité que par la loi, dans la mesure compatible avec la nature même desdits droits et dans l'unique dessein de favoriser le bien-être général d'une société démocratique.

Article 22

Toute personne a le droit de choisir librement un travail à effectuer dans des conditions équitables et satisfaisantes, et de recevoir une rémunération qui lui assure un niveau de vie décent ainsi qu'à sa famille. Conformément à la loi, le libre choix du travail est limité par la capacité de la personne et les considérations relatives à la morale, à la santé et à la sécurité publiques.

Article 23

Les Etats assureront aux travailleurs de toute catégorie :

- a) l'hygiène et la sécurité indispensables dans leur besogne et leurs travaux ;
- b) les conditions d'une existence digne avec un traitement suffisant, pour eux et leurs familles, et
- c) la limitation raisonnable des heures de travail, le droit à des vacances périodiques payées et le libre emploi des journées et des heures de loisirs.

Article 24

Les Etats garantissent, dans le cadre de la loi, le droit à tous de fonder des organisations ou des syndicats locaux ou nationaux, et celui de s'affilier librement aux syndicats et institutions déjà formés, en vue de protéger leurs intérêts économiques et sociaux.

Article 25

Les Etats reconnaissent à tous le droit à la sécurité sociale et, à cette fin, ils institueront des systèmes d'assurances et de prévoyance couvrant la diminution des aptitudes, les cas de maladie ou de décès, d'invalidité ou de veillesse, de chômage et autres risques.

Article 26

Toute personne a le droit de créer une famille, et celle-ci a droit à la protection de la loi et de l'Etat. A cette fin, seront adoptées les mesures légales appropriées tendant à :

- a) défendre la mère de famille, particulièrement la femme enceinte et dans la période qui suit immédiatement l'accouchement ;
- b) promulguer toutes mesures de salubrité et d'hygiène de nature à réduire la létalité infantile et à faciliter la croissance normale des enfants ;
- c) interdire la contrainte des enfants au travail et veiller aux conditions d'embauchement des adolescents ;
- d) aider à l'amélioration de l'habitat en même temps qu'à l'instauration d'un climat de dignité familiale permettant d'assurer la formation morale des enfants dès le foyer ;
- e) créer les moyens de garantir l'assistance médicale préventive et curative indispensable, et
- f) instituer des caisses d'allocations familiales qui contribuent à la stabilité économique de la famille.

Article 27

Les Etats reconnaissent à tous le droit à l'éducation ; celle-ci devra s'inspirer des principes de moralité, de liberté, de tolérance et de solidarité humaine.

Article 28

1. L'enseignement primaire est obligatoire, et il est gratuit dans les écoles publiques.

2. Les Etats s'engagent à faciliter à tous, à l'égalité de conditions, l'accès à l'enseignement secondaire, à l'enseignement technique et professionnel, ainsi qu'aux études supérieures et aux disciplines des carrières libérales ; à s'efforcer d'arriver, progressivement, à la gratuité de l'enseignement à tous les niveaux.

3. Les parents et les tuteurs ont le droit d'élever leurs enfants ou leurs pupilles dans les institutions privées où leurs convictions scientifiques, religieuses et autres, ne sont pas susceptibles d'être heurtées.

4. Les particuliers pourront dispenser l'enseignement à tous les degrés, en s'en tenant aux normes minima prescrites par la loi, lesquelles n'attenteront pas aux droits de l'homme énumérés dans cette Convention. La liberté du professorat sera respectée.

Article 29

Les Etats reconnaissent à tous le droit de participer librement à la vie culturelle de la communauté, d'en bénéficier et d'en jouir. Les Etats protègent le droit des auteurs d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, et celui des inventeurs, et ils veilleront au respect de la liberté indispensable à la recherche scientifique et la production intellectuelle.

Article 30

Afin d'aider à la réalisation des droits de tous à l'instruction, les Etats, dans la mesure de leurs possibilités économiques lutteront – et s'entraideront dans la lutte conformément aux programmes de coopération adoptés par les Etats – contre l'analphabétisme, dont la suppression importe au fonctionnement d'un régime démocratique ; et, afin d'aider à l'amélioration de l'enseignement et de la culture, ils faciliteront l'échange de livres et de revues, les voyages d'études et la création de bourses.

Article 31

1. Les Etats garantissent le droit à la propriété privée, et son libre usage, individuel et collectif, sera subordonné à l'intérêt social, en respectant toujours la dignité de la personne humaine et les besoins inhérents à la vie familiale.

2. Nul ne peut être exproprié, si ce n'est pour raison d'utilité publique, moyennant une indemnité équitable.

Article 32

Aux pleins effets des droits consacrés par la présente Convention, les Etats s'appliqueront à favoriser le constant développement de la production, ainsi que la répartition équitable des biens et services, au même titre que sur le plan social et culturel en comprenant dans leur programme, aussi bien leurs ressources naturelles propres, que celles qu'ils obtiendront par la coopération prévue dans les accords internationaux.

Article 33

1. Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant un droit quelconque pour un Etat, un groupement ou un individu de se livrer à des activités ou à commettre des actes visant à la suppression des droits et libertés reconnus dans la Convention.

2. Il ne peut être admis de restriction ou d'atteinte à un droit fondamental de l'homme, reconnu ou en vigueur dans un Etat Contractant en vertu des lois, des conventions, des règlements ou de la coutume, sous le prétexte que la présente Convention ne le reconnaît pas ou le reconnaît à un degré moindre.

3. Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme limitant, sous quelque forme que ce soit, le sens propre des principes énoncés dans la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme, dans la Charte internationale américaine des Garanties sociales, et dans la Déclaration de Santiago du Chili.

4. Aux termes de la présente Convention, les restrictions imposées aux droits et libertés reconnus par elle ne peuvent être appliquées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles auront été prévues.

DEUXIÈME PARTIE**ORGANES****Article 34**

Pour assurer l'exécution des engagements pris par les Hautes Parties Contractantes dans le cadre de la présente Convention, il est établi :

- a) Une Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, dénommée ci-après la Commission ; et
- b) Une Cour interaméricaine pour la Protection des Droits de l'Homme, dénommée ci-après la Cour.

TROISIÈME PARTIE**Chapitre I****Commission interaméricaine de protection des droits de l'homme.
Son organisation. Protection des droits civils et politiques****Article 35**

1. La Commission comprend sept membres; elle assume les fonctions indiquées ci-après.

2. La Commission est composée de nationaux des Etats Parties à la Convention, qui doivent être des personnes de grand prestige moral et d'une compétence reconnue dans les matières relatives aux droits de l'homme. On tient compte de l'utilité de désigner des personnes ayant une expérience dans les domaines judiciaire ou juridique.

3. Les membres de la Commission exercent leurs fonctions à titre personnel : ils représentent tous les pays qui ont ratifié la présente Convention ou qui y ont adhéré, et ils agissent en leur nom.

Article 36

1. Les membres de la Commission sont élus d'une liste de personnes réunissant les conditions prévues à l'article 21, liste proposée, à cet effet, par les Etats Parties à la Convention.

2. Chaque Etat propose trois personnes, choisies parmi ses nationaux ou les nationaux de tous autres Etats Parties à la Convention.

3. Les membres de la Commission sont rééligibles.

Article 37

1. Trois mois au moins avant l'élection de la Commission, lorsqu'il ne s'agira pas d'une élection visant à pourvoir à une vacance déclarée conformément à l'article 41, le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains invitera par écrit les Etats Parties à la Convention à présenter leurs candidats dans un délai de deux mois.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains dressera par ordre alphabétique une liste des candidats proposée et la communiquera au Conseil de l'Organisation des Etats Américains ainsi qu'aux Etats Parties à la Convention.

3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains priera le Conseil de l'Organisation des Etats Américains de fixer la date de l'élection des membres de la Commission et de limiter son choix aux candidats inscrits sur la liste mentionnée au paragraphe précédent, conformément aux conditions établies dans cette Partie de la Convention. Ne pourront participer aux scrutins tenus par le Conseil, aux effets du présent paragraphe, que les représentants des Etats qui ont ratifié la Convention, ou qui y ont adhéré.

Article 38

1. La Commission ne doit contenir, à aucun moment, plus d'un ressortissant du même Etat.

2. Pour ces élections, il est requis un quorum constitué par plus de la moitié des Etats habiles à participer aux scrutins visés à l'article précédent.

3. Seront élues les personnes qui auront obtenu le plus grand nombre de suffrages totalisant au moins la majorité absolue de tous les représentants habiles à voter.

Article 39

1. Les membres de la Commission sont élus pour quatre ans; ils sont rééligibles s'ils sont proposés à cet effet. Toutefois, le mandat de trois des membres élus lors de la première élection devra expirer au bout de deux ans. Le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains désignera ces trois membres, par tirage au sort, immédiatement après la première élection.

2. Les élections fixées à la fin du mandat ont lieu conformément aux articles précédents de cette Partie de la présente Convention.

Article 40

En cas de décès ou de démission d'un des membres de la Commission, le Président en informera immédiatement le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains, lequel prononcera la vacance du siège effective à la date du décès ou de la démission.

Article 41

1. Lorsqu'une vacance est déclarée, conformément à l'article 40, le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains la notifie à chacun des Etats Parties à la Convention, lesquels pour l'élection destinée à remplir la vacance, peuvent, s'il le faut, présenter dans le délai d'un mois leur liste de candidats disponibles, qui ne contiendra pas plus de 3 noms.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains dresse, par ordre alphabétique, une liste des candidats présentés, la communique au Conseil de l'Organisation des Etats Américains ainsi qu'aux Etats Parties à la Convention. L'élection pour remplir la place vacante a lieu conformément aux articles 37 et 38.

3. La personne élue en remplacement d'un membre dont le mandat n'est pas échu, occupe le poste pour le temps qui reste à courir. Mais si ce mandat devait arriver à expiration dans les six mois qui suivent le prononcé de la vacance conformément à l'article 40, il ne sera pas désigné de candidats, et la vacance ne sera pas comblée.

Article 42

1. Sous réserve des dispositions de l'article 40, tout membre de la Commission reste en fonctions jusqu'à l'élection de son successeur ; mais, si la Commission était engagée dans l'étude d'une question avant l'élection, le membre sortant continuera à siéger en ce qui a trait à ladite étude à l'exclusion de son successeur.

2. Tout membre de la Commission élu au titre d'une vacance, conformément à l'article 40, s'abstiendra de prendre part à l'examen d'une question entamée avec la participation de son prédécesseur, sauf pour constituer le quorum prévu à l'article 47.

Article 43

Les membres de la Commission reçoivent un traitement, dont les modalités et les conditions sont fixées par le Conseil, compte tenu de l'importance des responsabilités de la Commission.

Article 44

1. Le Secrétaire de la Commission doit être un haut fonctionnaire de l'Union Panaméricaine, élu par la Commission sur une liste de trois candidats présentée par le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains.

2. Est élu le candidat qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages totalisant au moins la majorité absolue de tous les membres de la Commission.

3. Le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains tiendra à la disposition de la Commission et de ses membres le personnel et les services nécessaires ; le personnel appartiendra à l'Union Panaméricaine.

Article 45

1. Le Secrétaire général de l'Organisation convoquera la première séance de la Commission au siège de l'Union Panaméricaine.

2. La Commission se réunit après sa première convocation :

- a) Toutes les fois qu'elle le juge nécessaire ;
- b) Lorsqu'elle est saisie d'une affaire conformément aux articles 48 et 49 ; et
- c) Lorsqu'elle est convoquée par son Président ou à la requête de quatre de ses membres au moins.

3. La Commission se réunit au siège de l'Organisation des Etats Américains, ou dans n'importe quelle autre capitale américaine, selon décision prise à la majorité absolue des voix de tous ses membres.

Article 46

Avant d'entrer en fonctions, les membres de la Commission doivent, déclarer solennellement en séance publique de la Commission qu'ils exerceront leurs pouvoirs en pleine impartialité et en toute conscience, étant les mandataires de tous les pays membres de l'Organisation des Etats Américains qui ont ratifié la présente Convention.

Article 47

1. La Commission élit son Président et son Vice-Président pour une période d'un an. Ils sont rééligibles. Le premier Président et le premier Vice-Président sont élus à la séance d'ouverture de la Commission.

2. La Commission établit son propre règlement intérieur lequel doit, toutefois, contenir, entre autres, les dispositions suivantes :

- a) Le quorum de cinq membres ;
- b) Les décisions de la Commission sont prises à majorité des membres présents ; en cas de partage égal des voix, celle du Président est prépondérante ; et
- c) Les audiences et toute séance de la Commission sont tenues à huis clos.

Article 48

1. Si un Etat Partie à la Convention estime qu'un autre Etat, également Partie à cette Convention, n'en observa pas certaines des dispositions du Chapitre 1er de la 1ère Partie de la Convention, il peut appeler l'attention de ce dernier, au moyen d'une communication écrite. Dans un délai de trois mois, à compter de la réception de la communication, l'Etat destinataire fournira sur la question à l'Etat plaignant une explication écrite qui indiquera, dans toute la mesure possible et utile, les usages nationaux et les voies de recours accordées, à l'examen ou déjà prévues à cet égard.

2. Si l'affaire n'est pas résolue à la satisfaction des deux parties dans un délai de six mois, à compter de la date de réception de la communication originale, n'importe lequel des deux Etats aura le droit de la soumettre à la Commission, en adressant une communication écrite au Secrétaire de celle-ci et à l'autre Etat intéressé.

3. Conformément aux pouvoirs à elle conférés dans cette partie de la Convention et sous réserve des dispositions de l'article 50, la Commission peut examiner sans retard les cas urgents et graves, dont elle aura été saisie par un Etat plaignant ; ceci en ayant soin d'en avertir au préalable, les Etats intéressés.

Article 49

1. La Commission peut recevoir les requêtes adressées à son Secrétaire par un individu, un groupe d'individus ou par des associations ou sociétés légalement reconnues par l'autorité publique, établissant que l'un des droits reconnus au Chapitre 1er, Première Partie, de la présente Convention a été violé par un Etat Partie.

Variante A

2. Tout Etat peut, au moment de déposer son instrument d'acceptation de la présente Convention, déclarer rejeter en tout ou en partie, le système de requêtes prévu au paragraphe précédent. Dans ce cas ne s'appliqueront pas audit Etat les dispositions des articles 49 et 51, les clauses des articles 52, 53, 56 et 74 y relatives.

Variante B

2. Tout Etat peut, au moment du dépôt de son instrument d'acceptation de la présente Convention, déclarer accepter, en tout ou en partie, le système de requêtes prévu au paragraphe précédent.

La Commission ne peut être saisie d'une pétition que si l'Etat contre lequel elle est dirigée reconnaît la compétence de la Commission pour en connaître.

3. Ces déclarations, pour lesquelles un délai pourra être fixé, seront déposées auprès de l'Union Panaméricaine, laquelle en transmettra copie aux Etats signataires de la présente Convention et en donnera publicité.

4. La Commission exerce les pouvoirs prévus au présent article lorsque six Etats ratificateurs, au moins, se trouveront engagés par les déclarations faites en vertu du paragraphe 2.

Article 50

1. Sauf en cas de déni de justice le Commission ne peut connaître des affaires qui lui sont soumises que si les recours juridictionnels internes ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus, et ce dans un délai de six mois à compter de la date de la décision interne définitive.

2. Si la Commission est instruite du fait que le pétitionnaire a été arbitrairement empêché, par les autorités de son pays, d'accéder aux ressources judiciaires, elle peut admettre la dénonciation dont elle est saisie.

Article 51

1. La Commission ne retient aucune requête introduite en vertu de l'article 49, si :

- a) elle est anonyme ; et
- b) elle est essentiellement la même qu'une requête déjà examinée par la Commission ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement pacifique et si elle ne contient pas de faits nouveaux.

2. La Commission déclare irrecevable toute requête introduite conformément à l'article 49, lorsqu'elle juge cette requête incompatible avec les dispositions de la présente Convention, manifestement mal fondée ou abusive.

3. La Commission rejette toute requête considérée par elle comme irrecevable par application de l'article 50.

Article 52

Lorsqu'elle est saisie d'un cas par application de l'article 48 ; ou qu'elle donne suite à une requête formulée au titre de l'article 49, la Commission :

- a) devra, afin d'établir les faits, procéder à un examen contradictoire de la question exposée ou de la requête, avec les représentants des parties, et au besoin à une enquête pour le succès de laquelle les Etats intéressés fourniront après s'être entendus avec la Commission, toutes les facilités nécessaires ; et
- b) se tiendra à la disposition des parties intéressées pour rechercher une solution amiable, fondée sur le respect des droits de l'homme, reconnus dans la présente Convention.

Article 53

Lorsque la Commission connaît d'une affaire soumise conformément à l'article 48 ou d'une requête formulée conformément à l'article 49, l'Etat plaignant, l'Etat mis en cause ou n'importe quel Etat Partie à la présente Convention, ainsi que l'individu ou l'institution non-gouvernementale dont émane une requête ou une pétition pourront déposer leurs conclusions écrites devant la Commission, se faire représenter aux audiences où l'affaire est examinée, et exposer verbalement leurs points de vue.

Article 54

La Commission peut demander aux Etats intéressés toute information qu'elle juge utile à l'examen de l'affaire.

Article 55

Si l'on aboutit à un règlement amiable, aux termes de dispositions du paragraphe b de l'article 52, la Commission rédigera un rapport qui sera transmis aux Etats intéressés et communiqué ensuite, pour publication, au Secrétaire général de l'Organisation. Ce rapport se bornera à une brève récapitulation des faits et de la solution obtenue.

Article 56

1. Si l'on n'aboutit pas à une solution, la Commission rédigera, dans un délai de douze mois au plus à compter de la date de réception de la notification prévue à l'article 48 ou de la requête visée à l'article 49, un rapport où elle exposera les faits et ses conclusions. Au cas où le rapport ne reflète pas, en totalité ou en partie, l'avis unanime des membres de la Commission, tout membre de celle-ci a le droit d'ajouter séparément son opinion personnelle. Seront également ajoutés au rapport les communications écrites et le compte-rendu des dépositions verbales des parties, aux termes de l'article 53.

2. Le rapport sera transmis au Conseil de l'Organisation ainsi qu'aux Etats intéressés, lesquels ne pourront pas le publier.

3. En transmettant le rapport, la Commission peut formuler les propositions qu'elle jugera nécessaires.

Article 57

1. Si, dans un délai de trois mois, à compter de la transmission aux Etats intéressés du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas déferée à la décision de la Cour, contrairement aux termes de l'article 74 de la présente Convention ou si la juridiction de la Cour n'a pas été acceptée, le Conseil de l'Organisation prendra, à la majorité absolue de ses membres, une décision sur la question de savoir si l'Etat contre lequel la plainte ou la pétition est déposée a violé ou non la Convention.

2. Dans l'affirmative, le Conseil fixera un délai dans lequel l'Etat Partie intéressée devra prendre les mesures qu'entraîne la décision du Conseil.

3. Si l'Etat Partie intéressée n'a pas adopté des mesures satisfaisantes dans le délai imparti, la Commission statuera, à la majorité prévue au paragraphe 1, sur la publication du rapport de sa Commission.

Chapitre II. Protection des droits économiques, sociaux et culturels**Article 58**

1. Les Etats contractants conviennent, en vue de garantir l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels énoncés, dans cette Convention, d'employer légitimement les moyens suivants, indépendamment de toutes autres mesures admises par le droit international en vigueur en Amérique :

- a. Renseignements et rapports ;
- b. Requêtes pour obtention de données ;
- c. Observations et recommandations ;
- d. Etudes et recherches, également *in loco* ;
- e. Prestation d'assistance technique ;
- f. Réunions, notamment de caractère régional ;
- g. Accords et conventions portant coopération dans les domaines économique, social et culturel, et
- h. Publicité des mesures adoptées.

2. Sans préjudice des attributions de tous autres organismes internationaux, la Commission a compétence pour :

- a. Adopter les dispositions visées aux alinéas a, b, c, d et h du paragraphe précédent. Pour permettre la réalisation satisfaisante des études et recherches *in loco*, les Etats intéressés offriront toutes les facilités nécessaires, après échange de vues avec la Commission.
- b. Demander, suggérer ou recommander aux organismes compétents de l'Organisation des Etats Américains ou des Nations Unies d'adopter n'importe laquelle des mesures indiquées aux alinéas e, f, g et h du paragraphe précédent.

3. Les Etats Parties directement intéressées et les organismes spécialisés peuvent présenter à la Commission, ou aux institutions à qui elle s'est adressée aux termes de l'alinéa b) ci-dessus, leurs commentaires ou observations concernant soit les recommandations faites par la Commission soit toutes autres mesures qui auront été prises ou proposées, ceci sous réserve, le cas échéant, de l'exécution desdites mesures.

Article 59

1. Les Etats Contractants s'engagent à faire part à la Commission, sous forme de rapports périodiques, des mesures adoptées pour garantir l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans cette Convention.

2. La fréquence de ces rapports sera déterminée par la Commission, dans une limite variant entre six mois au moins et un an au plus. Pour l'élaboration desdits rapports, les organismes spécialisés de l'Organisation des Etats Américains prêteront, selon les modalités prévues à leurs programmes, une assistance technique aux Etats qui en auront fait la demande.

3. Après consultation des organismes spécialisés compétents, la Commission pourra permettre que les rapports visés soient présentés en parties, conformément à tel programme donné.

4. Tout Etat devra communiquer aux organismes spécialisés dont il serait membre une copie des rapports visés ou des parties de rapports sur les questions relevant de la compétence de chacun d'eux.

5. Lorsqu'il s'agit d'un rapport à soumettre, en premier lieu aux organismes spécialisés, les Etats contractants achemineront les copies à la Commission ou, si cela se révèle impossible, ils donneront auxdits organismes les instructions nécessaires pour le catalogage du rapport dans leurs archives.

Article 60

Sous réserve des rapports périodiques visés à l'article 59, la Commission pourra solliciter des données spécifiques de tout Etat contractant, lequel s'engage à les fournir dans le délai qui lui aura été imparti, et, au cas où ce délai serait insuffisant, le plus tôt possible afin d'éviter les ennuis qu'un retard pourrait causer aux objectifs poursuivis.

Article 61

1. La Commission peut appeler l'attention des organismes internationaux qui s'occupent de coopération ou d'assistance technique, ou celle de n'importe quelle institution internationale qualifiée, sur toute question contenue dans les rapports mentionnés aux articles précédents, susceptible de permettre auxdits organismes de dire, chacun en ce qui le concerne, s'il y a lieu d'adopter des mesures de portée internationale propres à contribuer à la mise en application progressive de la présente Convention.

2. La Commission demandera aux organismes en question de lui transmettre le résultat des examens effectués par eux, et de lui indiquer les dispositions qu'ils ont prises sur la base desdits rapports.

Article 62

Lorsqu'elle demande, suggère ou recommande aux organismes compétents telles mesures, aux termes de l'article 58 (2) b), la Commission tâchera d'être le plus précis possible dans l'énoncé des fondements et objectifs de sa demande, suggestion ou recommandation.

Article 63

Dans la mesure jugée utile par elle, la Commission publiera les dispositions adoptées ou les demandes faites auprès des divers organismes, ce en vue d'éclairer l'opinion publique nationale et internationale.

Article 64

En ce qui concerne la protection des droits économiques, sociaux et culturels, la Commission adoptera des règles de procédure garantissant aux Parties la possibilité de faire valoir et de prouver leurs points de vue.

QUATRIÈME PARTIE**COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME****Article 65**

La Cour interaméricaine des Droits de l'Homme se compose d'un nombre de juges égal au nombre d'Etats à avoir ratifié la présente Convention ou à y avoir adhéré ; elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat.

Article 66

1. Les membres de la Cour sont élus par le Conseil de l'Organisation à la majorité des voix, sur une liste de candidats proposés dans la forme prévue aux articles 36, 37 et 38 de la présente Convention.

2. Dans la mesure où elle est applicable, sera suivie la même procédure prévue à l'article 41 pour compléter la Cour en cas de nouvelles ratifications ou adhésions obtenues par cette Convention et pourvoir aux vacances de sièges.

3. Les candidats devront jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice d'éminentes fonctions judiciaires dans leurs pays respectifs, ou être des juristes d'une compétence notoire.

Article 67

1. Les membres de la Cour sont élus pour neuf ans ; ils sont rééligibles. Néanmoins, les fonctions d'un tiers des juges élus à la première élection prendront fin au bout de trois ans, et celles d'un autre tiers des juges, au bout de six ans.

2. Les juges dont les fonctions prennent fin au terme des périodes initiales de trois et six ans, sont désignés par tirage au sort par le Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains, immédiatement après la première élection.

3. Seront applicables aux membres de la Cour les dispositions du paragraphe 2 de l'article 41 et celles de l'article 42 de la présente Convention.

4. Devra être également prononcée par les juges de la Cour la déclaration prévue à l'article 46 de la présente Convention.

Article 68

La Cour élit son Président et son Vice-Président pour une durée de trois ans ; ceux-ci sont rééligibles. Elle désignera son Greffier aux termes prévus à l'article 44 de la présente Convention.

Article 69

Les membres de la Cour reçoivent par jour de fonction, une indemnité à fixer par le Conseil de l'Organisation des Etats Américains.

Article 70

1. Au cas où la Cour comprendrait plus de neuf membres, il sera constitué pour l'examen de toute affaire portée devant elle, une chambre de neuf juges, dont feront partie les juges ressortissants de tous Etats intéressés ; les autres juges seront désignés, par un tirage au sort, qu'effectuera le Président avant l'examen de l'affaire.

2. Sans préjudice des dispositions énoncées aux articles 41 et 67 (3) de la présente Convention, la composition, quant au nombre et à la nationalité des membres d'une Chambre saisie d'une affaire, ne sera pas altérée même si un ou plusieurs Etats deviennent parties à la Convention ultérieurement à l'ouverture de l'instance.

3. La Cour peut siéger et exercer ses fonctions dans toute capitale de l'Amérique qui lui convient.

4. Le Greffier réside au siège de l'Union Panaméricaine lorsque la Cour n'est pas en session ailleurs.

Article 71

Seuls, la Commission des Droits de l'Homme et les Etats qui ont ratifié la présente Convention ou qui y ont adhéré ont qualité pour se présenter devant la Cour.

Article 72**Variante A**

1. La Cour a juridiction obligatoire sur tout différend, ayant pour objet l'interprétation et l'application du Chapitre I de la Première Partie de la présente Convention, dont elle est saisie par les Hautes Parties Contractantes ou par la Commission en vertu de l'article 74.

2. Néanmoins, un Etat contractant pourra déclarer, à tout moment, ne pas reconnaître comme obligatoire en tout ou en partie la juridiction de la Cour en vertu du paragraphe 1 du présent article.

Variante B

1. La Cour a juridiction sur tout différend, ayant pour objet l'interprétation et l'application du Chapitre I de la Première Partie de la présente Convention, dont elle est saisie par les Hautes Parties Contractantes ou par la Commission en vertu de l'article 74.

2. Un Etat pourra déclarer, à tout moment, reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale la juridiction de la Cour sur tout différend ayant pour objet l'interprétation et application de la présente Convention.

3. Les déclarations visées au paragraphe précédent seront remises au Secrétaire général de l'Organisation qui en transmettra copie aux Etats Parties ainsi qu'au Greffier de la Cour.

3. Les déclarations visées au paragraphe précédent pourront être faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certaines Parties contractantes ou pour un délai déterminé.

4. Les déclarations visées au paragraphe précédent seront remises au Secrétaire général de l'Organisation qui en remettra copie aux Etats Parties ainsi qu'au Greffier de la Cour.

Variante C

La Cour a juridiction obligatoire pour entendre tout différend ayant pour objet l'interprétation et l'application du Chapitre I de la Première Partie de la présente Convention, dont elle est saisie par les Etats Parties ou par la Commission en vertu de l'article 74.

Article 73

La Cour ne peut donner suite à aucune affaire avant constatation par la Commission de l'échec du règlement amiable et du constat présenté dans le délai de trois mois prévu à l'article 57 paragraphe 1.

Article 74

La Cour peut agir sur requête : de la Commission, d'un Etat Contractant dont la victime est un ressortissant ou d'une institution relevant de sa juridiction, d'un Etat Contractant qui a saisi la Commission, ou de l'Etat Contractant mise en cause.

Variante A

2. Pour que la Cour puisse exercer sa juridiction, il est nécessaire que la Haute Partie Contractante mise en cause n'ait pas formulé la déclaration visée au paragraphe 2 de l'article 72, que cette déclaration ne soit pas applicable à l'affaire ou, si elle lui est applicable, que ladite Haute Partie Contractante accepte la juridiction de la Cour en la matière.

Variante B

2. Pour que la Cour puisse exercer sa juridiction, il est nécessaire que la Haute Partie Contractante mise en cause ait formulé la déclaration visée au paragraphe 2 de l'article 72, que cette déclaration soit applicable à l'affaire ou, si elle ne lui est pas applicable, que ladite Haute Partie Contractante accepte la juridiction de la Cour en la matière.

Variante C

(Ne mentionne pas le paragraphe 2)

Article 75

En cas de controverse sur le point de savoir si la Cour est ou n'est pas compétente, la Cour décidera.

Article 76

Si la Cour décide qu'une résolution arrêtée, ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire, ou n'importe qu'elle autre autorité d'un Etat Contractant est partiellement ou totalement en opposition avec les obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de cette Partie ne permet qu'imparfaitement de réparer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la Cour octroiera, s'il y a lieu, une indemnité équitable à la partie lésée.

Article 77

1. L'arrêt de la Cour est motivé.
2. Si l'arrêt de la Cour n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, chacun d'eux aura le droit d'ajouter l'exposé de son opinion individuelle.

Article 78

L'arrêt de la Cour est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il incombe à la Cour de l'interpréter à la demande de n'importe quelle Partie.

Article 79

Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer à la décision de la Cour dans tous les litiges où elles sont en cause.

Article 80

L'arrêt de la Cour sera transmis au Conseil de l'Organisation des Etats Américains.

Article 81

La Cour établit un règlement suivant lequel elle exerce ses attributions. Elle fixe notamment sa procédure.

CINQUIÈME PARTIE**DISPOSITIONS GÉNÉRALES****Article 82**

Les Etats Parties à la présente Convention s'engagent à fournir, sur demande de la Commission, les explications requises sur la manière dont leur droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention.

Article 83

Les frais de la Commission et de la Cour seront répartis selon les modalités et conditions fixées par l'Organisation des Etats Américains.

Article 84

Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres de la Commission et de la Cour jouiront des privilèges et des immunités diplomatiques.

SIXIÈME PARTIE**DISPOSITIONS SPÉCIALES****Article 85**

1. La présente Convention est ouverte à la signature, à la ratification ou à l'adhésion de tout Etat membre de l'Organisation des Etats Américains.

2. La ratification de la présente Convention, ou l'adhésion à ladite Convention s'effectue par le dépôt d'un instrument de ratification ou d'adhésion auprès du Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains. La Convention entrera en vigueur, aussitôt que sept Etats auront déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion. A l'égard de tout Etat qui ratifiera, ou adhèrera ultérieurement, la Convention entrera en vigueur à la date du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion.

3. Le Secrétaire général de l'Organisation informe tous les Membres de l'Organisation de l'entrée en vigueur de la Convention et du dépôt de chaque instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 86

1. Tout Etat pourra, au moment du dépôt de son instrument d'acceptation de la présente Convention, formuler ses réserves si une norme constitutionnelle ou légale en vigueur sur son territoire est en conflit avec une disposition de la présente Convention, ou si sa législation ne reconnaît pas cette disposition. Toute réserve doit être accompagnée du texte de loi en cause.

2. Si un Etat émet des réserves, la Convention sera réputée en vigueur entre l'Etat dont émane les réserves et les autres parties contractantes qui les acceptent, en ce qui concerne toutes les dispositions de la Convention, non assujetties à ces réserves. En conséquence, l'Etat réservateur ne pourra opposer à aucune Haute Partie Contractante les dispositions qui ont fait l'objet de sa réserve.

Article 87

1. Les Hautes Parties Contractantes pourront dénoncer la présente Convention, cinq ans révolus après son entrée en vigueur, moyennant un préavis d'un an, notifié au Secrétaire général de l'Organisation, qui en informera les autres Parties Contractantes.

2. Cette dénonciation ne déliera pas la Haute Partie Contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, de nature à emporter violation de ces obligations, a été perpétré par elle à une date antérieure à celle où la dénonciation produit ses effets.

Article 88

1. Tout Etat Partie à la Convention peut proposer un amendement et le présenter au Secrétaire général de l'Organisation. Le Secrétaire général communiquera alors l'amendement proposé aux parties à la Convention, en leur demandant de lui faire savoir s'ils désirent que soit convoquée une Conférence des Etats Parties pour examiner et voter la proposition. Si un tiers au moins des Etats, se déclare en faveur de cette procédure, le Secrétaire général de l'Organisation convoquera une conférence sous les auspices de l'Organisation des Etats Américains. Tout amendement voté par la majorité des Etats présents et votants à la conférence sera soumis à la procédure établie aux paragraphes suivants.

2. Ces amendements entreront en vigueur quant ils seront acceptés par une majorité de deux tiers des Etats Parties à la présente Convention, d'accord avec leurs règles constitutionnelles respectives.

3. Entrés en vigueur, ces amendements seront obligatoires pour les Parties qui les ont acceptés, et toutes les autres Parties continueront à être liées par les dispositions de la Convention, et par tout amendement qui aura été antérieurement accepté.

4. La Cour pourra, par l'intermédiaire du Conseil de l'Organisation des Etats Américains, suggérer aux gouvernements des Etats Contractants l'opportunité de proposer des amendements aux Parties III, IV et V de la présente Convention.

(Approuvé à la troisième Séance plénière, le 8 septembre 1959).

REVUE DES LIVRES

Pedro Pablo Camargo, *La Protección jurídica de los Derechos Humanos y la Democracia en América. Los Derechos Humanos y en Derecho internacional* (la Protection juridique des droits de l'homme et de la démocratie en Amérique; les droits de l'homme et le droit international), Mexico, Excelsior S.C.L., 1960.

Le premier éditorial qui ait paru dans notre *Revue* (Tome I, No 1), évoquait l'un des conflits classiques du droit international: l'opposition entre la compétence exclusive et l'ordre international en matière de protection juridique de l'individu. L'ouvrage ci-dessus pose clairement le problème pour ce qui est des pays de l'hémisphère occidental qui participent aux institutions interaméricaines.

Il est intéressant de souligner que c'est en Amérique latine même que fut reconnu pour la première fois le principe du recours à une juridiction internationale permanente pour résoudre des problèmes nationaux. En effet, c'est en vertu de la convention signée le 20 décembre 1907 à Washington par les représentants des républiques du Costa Rica, de Guatemala, du Honduras, du Nicaragua et d'El Salvador, que fut créée la Cour de Justice centraméricaine. Ces mêmes pays ont constitué en 1951 l'Organisation des Etats centraméricains au sein de l'Organisation des Etats américains. La Cour de Justice centraméricaine fonctionne depuis 1918.

L'ouvrage de M. Camargo est divisé en trois parties. La première traite des droits de l'homme et du droit international. L'auteur y étudie longuement les diverses mesures prises par les Nations Unies dans le cadre de leur politique de protection des droits de l'homme. Il commente également la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui donna naissance à la Commission des droits de l'homme ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme. La deuxième partie du livre est consacrée aux aspects pratiques de la question et traite de façon concrète du problème de la protection juridique des droits de l'homme en Amérique.

Ce problème est apparu très tôt dans la matière du droit international américain, et son évocation est des plus actuelles. Les institutions interaméricaines sont les plus anciennes de toutes les institutions internationales actuellement existantes. Dix conférences réunissant divers pays américains qui se sont tenues depuis l'année 1898, trois conférences extraordinaires, huit réunions de consultation

groupant les ministres des Affaires étrangères, un Conseil interaméricain de la Défense, le traité interaméricain d'assistance mutuelle qui étend à l'hémisphère tout entier les effets d'un pacte de défense collective, la Banque interaméricaine de développement, etc., sont autant de réalisations auxquelles le système interaméricain a pu aboutir en matière de relations internationales et de droit international. Un point a cependant été négligé, c'est la protection juridique efficace des droits de l'homme.

La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme fut adoptée au cours de la Conférence panaméricaine qui s'est tenue à Bogota en 1948. Mais, à l'instar de la Déclaration universelle des droits de l'homme élaborée par les Nations Unies, il ne s'agit là que d'une déclaration. Il est nécessaire de donner une nouvelle impulsion aux idées qui y sont contenues et de les concrétiser en une convention interaméricaine des droits de l'homme, en vertu de laquelle pourraient être créés des organismes capables d'assurer une protection juridique efficace.

Il est permis d'espérer qu'au point de leur évolution où sont parvenues les institutions juridiques interaméricaines, et compte tenu de l'expérience acquise au cours des années par la Cour européenne des droits de l'homme, la création par les États du continent américain d'organismes juridiques de ce genre pourrait constituer le mécanisme nécessaire pour assurer la protection effective des droits de l'homme sur ce continent. En outre, et malgré des différences notables de pays à pays, ils sont liés par une véritable communauté de civilisation et par des principes juridiques communs. Cette communauté idéologique se retrouve non seulement dans les constitutions écrites de chacune des républiques de l'Amérique — qui, pour la plupart, ont une existence indépendante depuis plus de 150 ans — mais également dans leur vie sociale, politique et économique de tous les jours. L'apparition de partis politiques, d'associations et d'organismes économiques qui s'efforcent de coordonner la politique de tout l'hémisphère, accentuée et en même temps favorise ce lent mais irrésistible cheminement vers l'unité du continent. La création d'une Cour de Justice interaméricaine, pourrait servir de point de départ et de guide à la réalisation de ce projet, qui ressortit à l'œuvre générale de protection des droits de l'homme.

Dans sa troisième et dernière partie, l'auteur analyse la protection de la représentation populaire en Amérique.

Il est impossible, dans le cadre du présent compte-rendu, d'exposer en détail le contenu de cet ouvrage. Nous nous bornerons à souligner qu'il demeure constamment sur le plan de la théorie du droit. Nous rejoignons donc l'auteur de la préface — Don Luis Recasens Siches — lorsqu'il dit que « le point de vue juridique, tout en constituant la base, ne couvre pas tous les aspects du problème, il est nécessaire de procéder à une étude sociologique

des réalités afin de rechercher les moyens permettant d'assurer le plus efficacement un strict et efficace respect des droits ». De toute évidence, pour arriver à une juste compréhension des problèmes fondamentaux qui se posent à l'Amérique latine en matière d'institutions juridiques, nationales aussi bien qu'internationales, il est indispensable de procéder à une étude socialologique de chacun des pays de l'hémisphère occidental. Pour notre part, nous considérons que l'ouvrage dont nous venons de rendre compte apporte la précieuse contribution d'un juriste à l'analyse de l'une des questions les plus importantes qu'aient à résoudre les Etats américains dans le cours de leurs relations internationales.

HORACIO H. GODOY

Bibliothèque de Droit privé, ouvrages publiés sous la direction de M. Henri Solus, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1961. Tome XXV: Nicole Catala, *la Nature juridique du paiement*, 353 pages. Tome XXVII: Gabriel Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, 328 pages. Tome XXVIII: Jean Pelissier, *les Obligations alimentaires, unité ou diversité*, 495 pages.

La collection dont le professeur Henri Solus dirige la publication rassemble certaines des meilleures études que de jeunes juristes français consacrent chaque année aux divers aspects du droit privé. Sa référence est donc une garantie de la valeur et de l'originalité de ces travaux. Dans son ouvrage sur *la Nature juridique du paiement*, Mlle Nicole Catala distingue avec beaucoup de subtilité les deux aspects du paiement, d'une part mode d'exécution de l'obligation, d'autre part mode d'extinction de l'obligation; s'attachant principalement à ce dernier aspect et s'inspirant des travaux de la doctrine allemande et italienne, elle est amenée à une analyse unitaire du paiement comme fait juridique indépendant de la volonté des intéressés, la loi attachant un effet extinctif de plein droit à la situation de fait qu'est la satisfaction du créancier. M. Gabriel Roujou de Boubée entreprend l'étude d'ensemble jusque là négligée en France de *l'Acte juridique collectif*, entendu comme l'acte qui procède d'un concours de volontés concordantes tendant à la réalisation d'un même but. Délimitant en premier lieu le domaine de l'acte collectif en droit privé, il y comprend d'une part les actes tendant à la constitution d'une personne morale, association ou société, d'autre part les résolutions prises par les assemblées délibérantes. Analysant en second lieu le régime commun aux diverses catégories d'actes collectifs, il en fait ressortir le particularisme par rapport au contrat. Etudiant l'acte collectif successivement quant aux

conditions de sa formation et quant à ses effets, l'auteur fait appel aux techniques des publicistes français elles-mêmes inspirées des travaux des théoriciens allemands et italiens, et en particulier à la théorie de l'Institution de Maurice Hauriou. M. Jean Pelissier, sous le titre *les Obligations alimentaires, unité ou diversité*, étudie dans toute son ampleur un sujet qui n'est habituellement traité que sous l'angle des obligations familiales. Or, parallèlement à ces obligations traditionnelles existe aujourd'hui dans beaucoup de pays un ensemble d'« obligations alimentaires sociales ». Malgré la diversité de leurs origines, toutes les obligations alimentaires obéissent à des règles communes; mais par ailleurs leur régime est profondément marqué par le principe dont elles découlent. L'auteur introduit une distinction fondamentale entre les obligations alimentaires: les unes répondent à une idée de solidarité au niveau de la famille ou de la société, elles sont attachées à la qualité de l'homme (parent ou citoyen); les autres découlent d'actes ou de faits juridiques, elles résultent de l'activité de l'homme. C'est sous l'angle de cette distinction qu'il étudie, d'une part les sources, d'autre part le régime des obligations alimentaires. Traitant de trois sujets très différents les trois ouvrages ont ainsi un caractère commun: c'est d'aborder avec un esprit neuf et des méthodes d'analyse rigoureuses quelques problèmes classiques du droit privé, d'aboutir à des conclusions originales et d'apporter des éléments nouveaux dans des domaines qu'on pouvait tenir pour épuisés.

PHILIPPE COMTE

André Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1962, 231 pages. 26,70 NF.

Cet ouvrage, qui porte en sous-titre *Etude sur la loi du 11 mars 1957*, vient de paraître dans la collection de la Bibliothèque de droit privé dirigée par le professeur Henri Solus, de la Faculté de droit de Paris. Il représente une contribution utile à l'interprétation de la nouvelle législation française sur le droit d'auteur, notamment dans le domaine pratique de l'exploitation. Les milieux intéressés (auteurs, éditeurs, organisateurs de spectacles) apprécieront tout particulièrement les précisions qu'il donne sur les contrats d'exploitation. Nous voulons souligner un aspect de l'ouvrage qui répond aux préoccupations constantes de la Commission internationale de Juristes, celui des droits de l'homme. M. René Cassin, vice-président de la Cour européenne des Droits de l'homme, a plusieurs fois exprimé sa conviction que les droits des créateurs d'œuvres de l'esprit doivent avoir leur place parmi les droits fondamentaux de l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme, votée

en 1948 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies dispose dans son article 27, alinéa 2: « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est auteur. » Comment et jusqu'à quel degré le principe de cet article est-il respecté? M. Huguet répond à cette question par l'analyse de la nouvelle législation française. Selon lui, les « intérêts moraux et matériels » de l'auteur sont sauvegardés dans la loi de 1957 surtout en ce que cette loi donne aux règles protectrices des auteurs la valeur de règles d'ordre public. « L'ordre public protège les droits moraux en les rendant *inaliénables sauf exception*, tandis que les droits pécuniaires sont au contraire *aliénables sauf restriction d'ordre public*... Les règles d'ordre public sont animées dans les deux cas (des droits moraux et pécuniaires) par la même intention de protection des auteurs. » (p. 33) Cette méthode d'interprétation nous paraît heureuse. Elle fait ressortir très clairement l'idée de protection exprimé par la Déclaration universelle. Une telle méthode d'interprétation est précieuse surtout pour les règles concernant les droits moraux, qui sont des droits attachés à la personne. C'est sous cet angle que l'auteur analyse les textes sur le consentement personnel comme élément du droit de divulgation de l'œuvre, sur les rapports personnels de l'auteur avec l'exploitant et sur les rapports des auteurs entre eux en cas de pluralité d'auteurs. La richesse de la jurisprudence et de la doctrine française, qui ont si puissamment contribué au développement du droit moral de l'auteur sur le plan international, nous est présentée d'une façon aisée et exacte. Quant aux droits pécuniaires, l'auteur critique sévèrement la solution adoptée par la loi du 11 mars 1957 sur la rémunération proportionnelle de l'auteur. Sur la question controversée de l'alternative entre rémunération forfaitaire ou proportionnelle, les arguments de l'auteur deviennent parfois eux aussi discutables. Dans ce débat mené avec tant de passion à travers des frontières nationales et idéologiques et dont la fin semble tellement éloignée, l'auteur a clairement pris parti. Quoi qu'il en soit, l'ouvrage lucide et bien équilibré mérite une large diffusion.

JÁNOS TÓTH

Victor Gasse, *Le Régime foncier à Madagascar et en Afrique*, Librairie Ch. Beaudoux à Carqueiranne (Var), 1961. 351 pages. Franco: 30 NF.

La France a emprunté à la tradition allemande du Livre foncier et au modèle australien du *Torrens Act* un système d'immatri-culation de la propriété foncière qui, s'il n'a pu être appliqué au territoire métropolitain en raison de difficultés pratiques insurmontables, a été mis en vigueur dans la plupart des pays d'outre-mer où

s'étendait son influence, en particulier en Afrique du Nord, en Afrique noire et à Madagascar. M. Victor Gasse, actuellement procureur général près la Cour suprême de la République centrafricaine, nous donne la première étude approfondie qui ait été faite jusqu'à ce jour d'une législation dont il est superflu de souligner l'importance pratique. Partant de l'analyse du décret du 4 février 1911 qui réorganisait le régime de la propriété foncière à Madagascar, l'auteur passe à l'étude comparée de ses dispositions et de celles des diverses législations en vigueur en Tunisie, au Maroc et dans les Etats francophones de l'Afrique occidentale et équatoriale, auxquelles les transformations politiques intervenues depuis quelques années n'ont jusqu'à présent porté aucune atteinte; il étend enfin le champ de ses recherches aux législations étrangères qui sont à l'origine du système de l'immatriculation, et avant tout aux régimes allemand et australien. L'auteur peut ainsi, tout en abordant la question sous l'angle particulier du droit malgache, présenter une synthèse des diverses solutions du droit positif fondée sur une documentation très riche et très complète. Les problèmes de réglementation de la propriété foncière prendront certainement une importance croissante dans les nouveaux Etats d'Afrique et à Madagascar, à mesure que s'accroîtra l'évolution des formes coutumières de la propriété collective vers les formes modernes de la propriété individuelle. L'ouvrage de M. Gasse présentera donc un très grand intérêt pratique pour tous ceux qui auront à connaître de ces problèmes.

P. C.

Die Leiden eines Volkes. Die Tragödie Tibets und der tibetischen Flüchtlinge (Les souffrances d'un peuple. La tragédie du Tibet et des réfugiés tibétains), avec une préface de Heinrich Harrer. Publication de l'Office de l'Aide Suisse aux Tibétains. Soleure, Veritas-Verlag, 1961. 118 illustrations, 4 cartes, 284 pages.

Cet ouvrage est publié par une organisation non gouvernementale qui s'est donné pour tâche d'aider et de faire vivre des réfugiés tibétains, et en particulier des enfants. Jusqu'en mai 1961 et grâce à la coopération d'autres institutions d'assistance suisses et internationales, cette organisation a rassemblé la somme de 135.000 francs suisses pour venir en aide de façon efficace aux réfugiés tibétains. Le produit net de la vente de ce livre sera employé aux mêmes fins. De cette assistance financière ont bénéficié, par exemple, des camps de réfugiés ou des centres dits « d'assistance par le travail » dont la plupart se trouvent en Inde, ou encore le village d'enfants Pestalozzi à Trogen (Suisse) où 20 jeunes tibétains ont trouvé un nouveau foyer.

Bien qu'il ne traite pas de questions juridiques ce livre offre

au lecteur une excellente introduction à l'histoire, à la religion et à l'état social de la population tibétaine. Il retrace en outre les étapes de la main-mise des communistes chinois sur le Tibet.

Dans les deux premières parties du livre: « Le Tibet, centre de culture bouddhiste » et « La religion et la piété des tibétains », le lecteur est mis en contact avec un monde nouveau, étrange et parfois mystérieux. Des articles dus à différents auteurs et se complétant mutuellement permettent au lecteur de pénétrer la mentalité du peuple tibétain, expression de la civilisation et de la religion qui lui sont propres, et dont la connaissance permet de mieux comprendre la résistance que ce peuple opposé aux communistes chinois. C'est ainsi qu'un chapitre est consacré à une comparaison entre le Christianisme et le Bouddhisme, et fait ressortir les similitudes et les différences des deux religions. La troisième partie du livre, intitulée « Le Tibet sous la domination des communistes », commence par une biographie sommaire de Thubten Dschigine Norbus, frère aîné du Dalai Lama, tirée du livre de Heinrich Harrer « Le Tibet, patrie perdue ».

Ce livre contient également un chapitre dans lequel Emil Wierkerkehr commente les deux rapports de la Commission internationale de Juristes sur la question tibétaine (« La question du Tibet et la primauté du Droit » publié en 1959, et « Le Tibet et la République populaire de Chine » publié en 1960).

Les quatrième et cinquième parties du livre sont vraiment les plus émouvantes; elles donnent, sous forme de statistiques, de brefs récits de témoins oculaires et de photographies, un tableau pathétique de la grande misère des réfugiés, et particulièrement du triste sort réservé aux enfants. On y trouvera aussi un exposé des programmes d'assistance dont les réfugiés tibétains ont déjà bénéficié, et qui continuent de leur être consacrés.

RUDOLF TOROVSKY

1961 Seminar on the Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice (Cycle d'études sur la protection des droits de l'homme dans l'administration de la justice pénale, tenu en 1961), rapport publié par le Secrétariat général des Nations Unies, New-York, 1961. 158 pages.

Sur l'invitation du gouvernement néo-zélandais, le Secrétariat général des Nations Unies a organisé un cycle d'études sur la protection des droits de l'homme dans l'administration de la justice pénale, qui s'est tenu à Wellington (Nouvelle-Zélande) du 6 au 20 février 1961. Les détails des questions mises à l'étude avaient été fixés par un groupe d'experts au cours d'une réunion préparatoire tenue à Tokio du 4 au 6 mai 1960. Tous les pays compris dans le

ressort territorial de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient avaient été invités à se faire représenter à cette manifestation. Plusieurs organisations non gouvernementales y avaient envoyé des observateurs. Le Secrétariat général des Nations Unies a récemment publié, sous la forme d'un document ronéotypé, le rapport sur les travaux du colloque. On y trouvera notamment les conclusions adoptées sur chacun des sujets étudiés et un résumé des discussions. Le thème très vaste avait été décomposé en dix questions : les premières portant sur les problèmes les plus généraux de l'organisation de la justice et du barreau; les suivantes concernant directement la procédure pénale au stade de l'information préalable et au stade des débats à l'audience; le programme comprenait également l'étude de la responsabilité personnelle de l'inculpé, des voies de recours et de la réparation du préjudice causé à la victime d'une erreur judiciaire; la dernière question portait enfin sur l'organisation dans chaque pays de la protection des droits de l'homme sur le plan officiel et privé. Des juristes venus d'une vingtaine de pays ont confronté leurs points de vue respectifs sur ces divers sujets; la plupart étaient des membres du gouvernement, des magistrats d'un rang élevé, des professeurs d'Université ou de hauts fonctionnaires; l'étendue et la diversité de leur expérience donnent un intérêt et une autorité tout particulier aux conclusions qu'ils ont formulées. On notera d'ailleurs que la très grande majorité des participants appartenaient à des pays où domine l'influence du *Common Law*. Parmi les questions qui ont particulièrement retenu l'attention du colloque, nous relèverons d'abord celle de l'internement administratif (*detention without trial*) dont le principe même a été formellement condamné comme *fundamentally undesirable*. En ce qui concerne l'information préalable, la majorité des participants a estimé souhaitable que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un conseil dès le premier stade, que l'information soit faite par la police ou par un juge d'instruction. Elle a également souhaité que l'assistance judiciaire soit très libéralement accordée dans toute procédure pénale. L'unanimité s'est prononcée pour le caractère exceptionnel de la détention préventive, le principe étant que l'inculpé doit rester en liberté jusqu'à ce qu'un jugement définitif ait été prononcé, et pour une rapidité aussi grande que possible de l'information pénale. Par ailleurs, la publicité des débats doit être une règle absolue. La faculté pour le ministère public d'interjeter appel *a minima* ou en cas d'acquiescement a été mise en question par plusieurs des participants. Le droit pour la personne qui a été poursuivie ou condamnée à tort d'obtenir de l'Etat une compensation équitable a été unanimement reconnu. D'intéressantes précisions ont été données sur certaines institutions tendant à assurer la défense des droits de l'homme, et en particulier sur l'institution au Japon, dans les services du ministère de la Justice, d'une "division des libertés civiles" qui a des

ramifications dans quarante-neuf circonscriptions territoriales, et de huit mille « commissaires aux libertés civiles » qui sont d'ailleurs indépendants de l'administration.

P.C.

Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme
(Commission et Cour européennes des Droits de l'homme),
1960. La Haye, Martinus Nijhoff, 1961. 773 pages.

Nous avons précédemment rendu compte des deux premiers volumes de cet *Annuaire*, qui couvraient les années 1955 à 1959 (*Revue de la Commission internationale de Juristes*, tome II, n° 2, p. 238, et tome III, n° 2, p. 137). Le troisième volume, paru en décembre 1961, est entièrement consacré à l'année 1960. Il est construit suivant le même plan que le précédent. Une première partie est consacrée aux textes fondamentaux et aux informations de caractère général sur la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme. La deuxième partie contient un choix de décisions de la Commission et de la Cour. La troisième partie traite de la Convention dans l'ordre interne des Etats membres du Conseil de l'Europe, du point de vue des travaux parlementaires et des décisions de la jurisprudence. L'innovation est dans l'adjonction d'une quatrième partie consacrée au « rayonnement de la Convention » en dehors du domaine du Conseil de l'Europe.

La deuxième partie est de beaucoup la plus importante, et fait de l'*Annuaire* le véritable recueil de la jurisprudence internationale sur l'application de la Convention. A ce jour dix Etats, sur les quatorze signataires de la Convention, ont reconnu la compétence de la Commission pour statuer sur des requêtes individuelles. C'est donc à l'examen des requêtes individuelles qu'est aujourd'hui consacré l'essentiel de l'activité de la Commission. Au cours de l'année 1960 la Commission a été saisie de 291 requêtes individuelles, et elle a rendu 265 décisions. Une vingtaine de décisions de principe sont reproduites *in extenso*. En fin de chapitre, un sommaire présenté suivant une classification méthodique du contenu de ces décisions facilite les recherches. Par ailleurs, l'année 1960 a été marquée par l'entrée en activité de la Cour européenne qui a rendu son premier arrêt. Un chapitre est donc consacré à l'analyse des affaires *Lawless* et *De Becker*, les premières qui aient été portées devant la Cour, et l'arrêt rendu le 14 novembre 1960 sur l'affaire *Lawless* est intégralement reproduit. Rappelons que huit Etats ont jusqu'à présent accepté la juridiction obligatoire de la Cour européenne.

La quatrième partie présente un grand intérêt du point de vue documentaire. On sait que la Convention européenne a inspiré beaucoup de travaux législatifs et constitutionnels en dehors de

l'Europe continentale. L'*Annuaire* reproduit deux documents qui procèdent directement de cette source : le titre II de la constitution de la République de Chypre et le chapitre III de la constitution de la Fédération du Nigéria. Des annotations marginales indiquent la concordance entre les dispositions de ces textes et celles de la Convention. On trouve enfin, à la suite du second document, le texte d'un arrêt rendu par une haute juridiction nigérienne sur l'application de dispositions constitutionnelles correspondant aux articles 9 à 11 de la Convention européenne.

P. C.

NOTE SUR LES PUBLICATIONS DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

On trouvera ci-dessous la liste de quelques publications récentes de la Commission internationale de Juristes encore disponibles sur demande.

Revue de la Commission internationale de Juristes, publiée deux fois l'an. Au nombre des articles parus figurent les suivants :

Tome I, N. 2 (automne 1957):

- Les juristes polonais à la recherche de la légalité (Etude du Secrétariat)
- La règle de droit en Thaïlande, par Sompong Sucharitkul
- Le procès de trahison en Afrique du Sud, par Gerald Gardiner
- La Prokouratura soviétique et les droits de l'individu envers l'Etat, par Dietrich A. Loeber.
- Les professions judiciaires et le droit: le Barreau d'Angleterre et du Pays de Galles, par William W. Boulton

Tome I, No 2 (printemps-été 1958):

- Protection par la Constitution des droits civils en Inde, par Durga Das Basu
- La Commission des droits de l'Homme : procédure et jurisprudence, par A. B. McNulty et Marc-André Eissen
- Contrôle de l'administration civile et militaire au Danemark, par Stephan Hurwitz
- Les professions judiciaires et le droit: le Barreau en France, par Pierre Siré
- La procédure devant les tribunaux en Union soviétique et en Europe orientale, par V. Gsovski, K. Grzybowski et I. Sipkov
- Interception des communications téléphoniques (les tables d'écoute): étude comparée, par George Dobry

Tome II, No 1 (printemps-été 1959):

- Congrès international de Juristes, New-Delhi, Inde. Déclaration de Delhi, Conclusions du Congrès, Questionnaire sur la Règle de Droit, Résumé du Document de travail sur le Principe de la Légalité, Quelques réflexions sur la Déclaration de Delhi par Vivian Bose, Historique du Congrès de New-Delhi par Norman S. Marsh
- Le non-juriste et la fonction judiciaire en Angleterre par Sir Carleton Allen
- Les aspects juridiques des libertés civiles aux Etats-Unis et leur évolution récente par Kenneth W. Greenawalt
- L'indépendance du pouvoir judiciaire aux Philippines par Vicente J. Francisco

Tome II, No 2 (hiver 1959-printemps/été 1960):

- La Démocratie et la Justice au Japon par Kotaro Tanaka
- Le Commissaire du Parlement pour l'Administration civile en Norvège par Terje Wold
- La Nouvelle Constitution du Nigéria et la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales par T. O. Elias
- Le Droit, la Magistrature et le Barreau dans les Pays arabes par Saba Habachy
- Problèmes judiciaires dans les Etats africains de la Communauté par G. Mangin
- L'Assistance judiciaire et le Principe de la Légalité: Eléments d'une étude de droit comparé par Norman S. Marsh
- Les Fonctions de Surveillance Générale de la Prokouratura dans l'Union Soviétique par Glenn G. Morgan
- L'Internement administratif et la Protection de la Liberté d'expression dans l'Inde par la Rédaction
- Rapport du Comité d'enquête sur la Situation au Kérala par la Commission indienne de Juristes.

Tome III, No 1 (premier semestre 1961):

- Congrès africain sur la Primauté du droit (Lagos, janvier 1961). Loi de Lagos, conclusions du Congrès, plan proposé pour les rapports nationaux. La signification du Congrès de Lagos, par Gabriel d'Arboussier. Réflexions sur la loi de Lagos, par T. O. Elias.
- L'internement sans procédure judiciaire préalable dans différents systèmes législatifs: Australie, par Zlman Cowen et Rachael Richards, Birmanie, par Hla Aung; Europe orientale, par Kazimierz Grzybowski; Inde, par Vivian Bose; Japon, par Hakaru Abe; Philippines, par Arturo Alafritz; Singapour, par Bernard Brown; Union soviétique, par Vladimir Gsovski.

Tome III, No. 2 (deuxième semestre 1961):

- Les pouvoirs d'exception, par Harry E. Groves. La privation de la liberté individuelle en droit argentin, par Eduardo H. Marquardt et Sebastian Soler. La détention provisoire et préventive au Brésil, par Basileu Garcia. Les mesures préventives de détention au Canada, par C. J. Martin. L'internement administratif et la détention préventive en Colombie, par Gerardo Malguizo. La loi sur l'internement administratif au Ghana, une étude du Secrétariat. L'internement administratif dans la Fédération de Malaisie, par L. W. Athulathmudali. L'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 1er juillet 1961.

Bulletin de la Commission internationale de Juristes: publie des notes et informations sur divers aspects actuels de la légalité, Les numéros 1 à 5 et 10 sont épuisés.

Numéro 7 (octobre 1957): Outre un article sur les Nations Unies et le Conseil de l'Europe, ce numéro donne un certain nombre d'aperçus sur divers aspects de la Règle de droit et de la légalité dans les pays suivants: Canada, Chine, Angleterre, Suède, Algérie, Chypre, Tchécoslovaquie, Allemagne orientale, Yougoslavie, Espagne et Portugal.

Numéro 8 (décembre 1958): Ce numéro traite également de divers aspects du principe de la légalité et de l'actualité juridique au Conseil de l'Europe et dans les pays suivants : Chine, Etats-Unis, Argentine, Espagne, Hongrie, Ceylan, Turquie, Suède, Ghana, Yougoslavie, Irak, Cuba, Royaume-Uni, Portugal et Union Sud-Africaine.

Numéro 9 (août-octobre 1959): L'Organisation des Etats américains et les Droits de l'Homme, Aspects de la Légalité en Algérie, Chypre, Union soviétique, Union Sud-Africaine, Espagne, Hongrie, Kenya, Cuba, Irak, Roumanie, Nyassaland, Allemagne de l'Est, Nations Unies et Cour européenne des Droits de l'Homme.

Numéro 10 (janvier 1960): Aspects de la primauté du droit aux Nations Unies et dans les pays suivants : Ceylan, Chine, Grèce, Inde, Kenya, Pologne, Tchécoslovaquie et Tibet (épuisé).

Numéro 11 (décembre 1960): Aspects de la légalité aux Nations Unies et dans les pays suivants : Algérie, Allemagne orientale, Chypre, Etats-Unis, Hongrie et République dominicaine.

Numéro 12 (décembre 1961): Aspects de la légalité dans les pays suivants : Allemagne de l'Est, Australie, Ceylan, Ethiopie, Suisse, Union Soviétique.

Numéro 13 (mai 1962): Aspects de la Légalité dans les pays suivants : Albanie, Asie du Sud, Corée du Sud, Cuba, Dahomey, Ghana, Portugal, Tibet, Union Soviétique.

Nouvelles de la Commission internationale de Juristes: rendent compte des travaux et activités de la Commission.

Numéro 1 (avril 1957): Activités de la Commission au sujet du procès de trahison en Afrique du Sud, et de la révolution en Hongrie, enquête sur l'application pratique de la Règle de droit, activités des Sections nationales de la Commission, texte du questionnaire lancé par elle sur la Règle de droit.

Numéro 2 (juillet 1957): Compte rendu de la Conférence de Vienne réunie par la Commission internationale de Juristes avec pour sujets : la « Définition du délit politique et la procédure applicable en la matière », et les « limitations juridiques à la liberté d'opinion ».

Numéro 3 (janvier 1958): « La Règle de droit dans les sociétés libres », programme d'un congrès mondial de juristes sur la primauté du droit et renseignements sur l'organisation de ce congrès à New-Delhi en janvier 1959.

Numéro 4 (juin 1958): Notes sur une mission à travers le monde (Italie, Grèce, Turquie, Iran, Inde, Thaïlande, Malaisie, Philippines, Canada et Etats-Unis), commentaires sur les événements d'ordre juridique survenus en Hongrie, au Portugal et en Afrique du Sud.

Numéro 5 (janvier 1959): Aperçu préliminaire sur le Congrès de New-Delhi, Inde, du 5 au 10 janvier 1959, résumé des délibérations. « Déclaration de Delhi » et « Conclusions du Congrès », liste des participants et observateurs.

Numéro 6 (mars-avril 1959): Congrès international de Juristes à New-Delhi, résumé du « document de travail sur la primauté du droit », informations sur l'activité des Sections nationales.

Numéro 7 (septembre-octobre 1959): La Commission internationale de Juristes aujourd'hui et demain (éditorial), Comité d'Enquête juridique sur le Tibet, Enquête générale sur l'état actuel de la Primauté du Droit, Concours, Colloque, Nations Unies, Primauté du Droit et Tribunaux internationaux, Sections nationales, Notes sur l'organisation de la Commission.

Numéro 8 (février 1960): La Primauté du Droit dans la pratique quotidienne (éditorial), Rapports de missions en Afrique et au Moyen-Orient, Comité d'Enquête juridique sur le Tibet, Concours, Sections nationales.

Numéro 9 (septembre-octobre 1960): Le Congrès africain de Juristes (éditorial). Nouveaux membres de la Commission, Afrique du Sud, Mission en Afrique de langue française, République Dominicaine, Portugal et Angola, Tibet, Missions et Voyages, Concours, Sections nationales, Le sort de M. Walter Linse.

Numéro 10 (janvier 1961): Le Congrès de Lagos, bienvenue aux participants (Editorial). Nouveau membre de la Commission. Sections nationales. Missions. Publications.

Numéro 11 (février 1961): La Loi de Lagos. Conclusions du Congrès. Après le Congrès africain sur la Primauté du Droit. Les débats du Congrès. Liste des participants et observateurs. Missions et voyages.

Numéro 12 (juin 1961): Une mission en Amérique latine. Message d'adieu au Secrétaire général en démission, le nouveau Secrétaire général. Libéria. Missions et voyages. Concours organisé par la Commission. Appel pour une amnistie en 1961. Sections nationales.

Numéro 13 (février 1962): Perspectives d'avenir. Membres de la Commission. Missions et visites. Observateurs. Communiqués de Presse et télégrammes. Nations Unies. Sections nationales.

The Rule of Law in the United States (La primauté du droit aux Etats-Unis) (1957, publié en anglais seulement): Rapport préparé en vue du Congrès de New-Delhi, par le Comité chargé de collaborer avec la Commission internationale de Juristes (Section de droit international et comparé de l'American Bar Association).

The Rule of Law in Italy (La primauté du droit en Italie) (1958, publié en anglais seulement): Rapport préparé par la Section italienne de la Commission internationale de Juristes en vue du Congrès de New-Delhi.

The Rule of Law in the Federal Republic of Germany (La primauté du droit dans la République fédérale d'Allemagne) (1958, publié en anglais seulement): Rapport préparé par la Section allemande de la Commission internationale de Juristes à l'occasion du Congrès de New-Delhi.

La situation en Hongrie et la Règle de droit (1957): Compte rendu de la Conférence de La Haye sur la Hongrie et condensé des documents soumis par la Commission internationale de Juristes au Comité spécial des Nations Unies pour la question hongroise.

L'opposition entre la situation en Hongrie et la Règle de droit continue (juin 1957): Supplément au rapport précédent mettant à jour au mois de juin 1957 l'examen de la situation en Hongrie.

La Justice dans la Hongrie d'aujourd'hui (février 1958): Mise à jour des précédents rapports au 31 janvier 1958.

La Question du Tibet et la Primauté du Droit, Rapport préliminaire, (1959): Introduction, Pays et population, Chronologie des événements, Témoignages sur les activités chinoises au Tibet, Le Tibet et le droit international, 21 documents.

Le Principe de la Légalité dans une Société Libre (1960). Rapport sur les travaux du Congrès international de Juristes tenu à New-Delhi (1959). Travaux préliminaires, Liste des participants et observateurs, Débats.

Le Tibet et la République Populaire de Chine, Rapport final (1960): Préface, La Question du Génocide, La Violation des Droits de l'Homme, Le Statut du Tibet, L'Accord sur les mesures de libération pacifique du Tibet.

L'Afrique du Sud et la Primauté du Droit (1961): Classification par groupes raciaux. Circulation et résidence. Travail et syndicats. Mariage. Egalité. Arrestations arbitraires. Libertés d'expression de réunion et d'association. Education. Sud-Ouest africain.

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.

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. Informations générales sur le Congrès. Documents de travail du Congrès. Compte rendu des débats du Congrès.

L'affaire Cassell : Outrage à la Justice au Libéria (août 1961): Etude des conditions dans lesquelles M. C. Cassell, avocat à la Cour suprême du Libéria, a été radié du barreau pour avoir critiqué certains aspects de l'organisation judiciaire dans ce pays.

Ce qu'il faut savoir de la Commission internationale de Juristes (1962): une brochure sur les objectifs, l'organisation et la composition, origines et évolution, travaux et finances de la Commission internationale de Juristes.

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
6, Rue du Mont-de-Sion, GENÈVE, SUISSE

PRIX:

4.50 Fr. S.

\$ 1.00 U.S.

5.00 N.F.