

REVUE

DE LA

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

HIVER 1964 *Rédacteur en chef:* SEÁN MACBRIDE TOME V, No. 2

EDOUARD ZELLWEGER	LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ SOCIA- LISTE	187
BERNARD BOTEIN ET HERBERT J. STURZ	LA MISE EN LIBERTÉ AVANT JUGEMENT EN SUÈDE, AU DANEMARK, EN ANGLE- TERRE ET EN ITALIE - RAPPORT ADRESSÉ À LA CONFÉRENCE NATIO- NALE SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION ET LA JUSTICE PÉNALE	229
GEORGES LEVASSEUR	JUSTICE ET SÛRETÉ DE L'ÉTAT	265
KENNETH W. GREENAWALT ET WILLIAM S. GREENAWALT	LES DROITS CIVILS AUX ÉTATS-UNIS ET LA LOI DE 1964	280
NOOR MUHAMMAD	LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE DE SOMALIE	313
DONALD THOMPSON	LA NOTION DE „RULE OF LAW” - SA PORTÉE EST ELLE GÉNÉRALE OU LIM- TÉE AU MONDE ANGLO-SAXON?	344

REVUE DES LIVRES

<i>The United States</i>	Freedom to the Free - Century of Emancipation, <i>Commission on Civil Rights</i> , 1863-1963, 1963; <i>Civil Rights USA</i> , Public <i>Washington, D.C.</i> Schools Southern States. 1962; <i>Civil Rights USA</i> , Public Schools North and West, 1962; Excerpts from the 1961 <i>Commission on Civil Rights Re-</i> <i>port</i> , 1961; <i>Equal Protection of the Laws in North</i> <i>Carolina</i> , 1962. (Andrew H. Mott)	350
<i>István Kovács</i>	A szocialista alkotmányfejlődés új elemei (New Elements of the Socialist Constitutional Evolu- tion). (JANOS TOTH)	353

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES • GENÈVE

LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ SOCIALISTE

I. CONCEPT ET NATURE DE LA LÉGALITÉ

Le principe de la légalité est un trait caractéristique de l'Etat de droit, dont la notion a été élaborée au 19^{ème} siècle par le libéralisme, et réalisée dans un grand nombre de pays. L'Etat de droit, au sens formel ou organique, se manifeste par l'intermédiaire de la loi, sur la base de la loi, et en conformité avec celle-ci. La loi confère également la légitimité à l'action de l'Etat dans son ensemble, étant créée par la représentation nationale et devenant ainsi l'expression de la volonté populaire. Le principe de la légalité s'exprime essentiellement par la subordination de l'administration et de la justice à la loi. L'ensemble des organes de l'Etat est ainsi subordonné à des normes de droit obligatoire.¹

Le sens et la valeur du principe de la légalité se manifestent en ceci que s'il n'exclue pas totalement une action arbitraire des organes de l'Etat, il la limite d'une manière efficace, qu'il permet de prévoir l'action des dits organes, et confère ainsi aux justiciables un sentiment de sécurité. La légalité de l'action de l'Etat est l'un des éléments de la sécurité juridique, qui, de son côté, constitue l'un des deux éléments universellement valables de l'idée de droit (équité et sécurité juridique).²

Mais le principe de la légalité n'offre aucun critère pour la formation du contenu des normes juridiques. En la matière, il est indifférent à la valeur. C'est une institution de la technique juridique, qui impose certaines restrictions aux démarches des organes de l'Etat en canalisant l'action de ce dernier.³ La science juridique établit une différenciation judicieuse entre la légalité matérielle et la légalité formelle.

La légalité *matérielle* exige que les actes de nature juridique, tels que mesures administratives et décisions judiciaires, répondent en *substance* aux prescriptions légales applicables.⁴ La légalité *formelle* exige l'observation de la hiérarchie des règles juridiques: constitution, lois ordinaires, ordonnances et décrets.⁵

¹ *Novissimo Digesto Italiano* (Turin 1963), volume IX, rubrique «Legalità e legittimità».

Hans Nef, «Sinn und Schutz verfassungsmässiger Verwaltung im Bunde», dans «*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*» 1951m P. 135 et suivantes.

² Gustav Radbruch, «*Rechtsphilosophie*» (Stuttgart: 1956) p. 170.

³ Paul Duez et Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif* (Paris: 1952), page 203.

⁴ *Ibid.*, p. 205.

⁵ *Ibid.*, p. 207.

Le principe de la légalité postule l'existence de lois et celle d'un système de normes de droit. Plus l'action de l'Etat est soumise à des normes de droit, plus claires sont ces normes et plus précis l'ordre juridique et moins est étendu le pouvoir d'appréciation dévolu aux autorités chargées d'appliquer le droit, et d'autant plus l'application du principe de légalité contribue à l'évaluation préalable de l'action de l'Etat et au renforcement de la sécurité juridique.

Le but de l'évaluation préalable exige qu'avant leur mise en vigueur, les normes de droit soient communiquées d'une façon appropriée aux justiciables, et dépourvues de tout effet rétroactif, pour autant que celui-ci leur apporte des inconvénients.

L'application efficace de la légalité est assurée par des *garanties* en ce que l'activité d'un organe de l'Etat est contrôlée par un autre organe du point de vue de la légalité. De l'avis général, le contrôle est d'autant plus efficace que l'organe de contrôle est plus indépendant. Aussi bien voyons nous dans plusieurs pays des tribunaux administratifs indépendants ou des tribunaux ordinaires contrôler la légalité d'actes d'ordre administratif. Dans le domaine de la juridiction civile et pénale, les décisions d'instances inférieures peuvent être frappées d'appel devant des juridictions supérieures. Dans les Etats où le sens de la légalité est particulièrement développé, une cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité de la législation.

II. LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ SOCIALISTE: ORIGINE ET DÉVELOPPEMENT

Pour bien saisir le principe de la légalité socialiste dans son contenu et dans toute son étendue, il est utile de jeter un coup d'oeil sur son développement en Union soviétique.

Une période de bouleversement révolutionnaire ne favorise naturellement pas la légalité, surtout lorsque le nouveau régime tend à transformer totalement l'ancien ordre juridique et social. A ce moment se pose d'une manière pressante la question du sort de l'ancien ordre juridique, dont la suppression immédiate et totale produirait un vide juridique dans son ancienne aire d'application territoriale. Le 22 février 1918, le gouvernement révolutionnaire russe prit un décret sur la procédure, selon lequel les anciennes règles de procédure resteraient applicables «pour autant qu'elles ne contrediraient pas au sentiment du droit des travailleurs». Selon un décret du 20 juillet 1918, les tribunaux devaient juger les affaires pendantes en s'inspirant de leur conscience juridique socialiste. Le décret sur les tribunaux populaires du 30 novembre 1918 confirme cette règle, tout en interdisant formellement aux tribunaux de baser leurs décisions sur les lois ou décisions judiciaires datant de l'ère pré-révolutionnaire. Ils devaient émettre leurs jugements en s'inspirant des décrets du gouvernement des ouvriers et paysans et de la conscience révolution-

naire des juges. Lorsque ce décret a été publié, plusieurs lois importantes du nouveau régime étaient déjà entrées en vigueur, notamment en matière de droit familial, de droit du travail et de droit agraire. Le régime juridique de la République Soviétique fédérative socialiste de Russie (R.S.F.S.R.) a été complété par la suite, spécialement par les codifications de 1922. La politique dite «NEP», de 1921 à 1927, a rendu nécessaire la promulgation d'un code de droit privé. Son article 1er garantit le respect des droits privés, «pour autant qu'ils sont exercés en conformité avec les buts économiques et sociaux en vue desquels ils ont été proclamés».

Dans les réunions du parti et dans les milieux juridiques, de vives discussions se sont déroulées pour savoir si le gouvernement et l'administration étaient tenus d'observer les nouvelles lois. Bucharine parla en 1929 de la légalité révolutionnaire, et soutint l'idée que celle-ci devait mettre fin à toute action administrative arbitraire, y compris la révolutionnaire.⁶

Lenine s'intéressait avant tout à l'application de normes identiques dans l'ensemble du pays. A son avis, le principe de la légalité révolutionnaire visait à obtenir l'obéissance des justiciables et la discipline de l'administration.⁷ Un éminent juriste soviétique se référa, en commentant la notion du droit, à l'opinion suivante de Lenine: «Les décrets sont des commandements, des appels à l'usage pratique général... On ne doit pas les considérer comme des ordres définitifs qui doivent être suivis à tout prix... Nous croyons que la formule juridique la plus proche de l'idée que se faisait Lenine d'un décret révolutionnaire est la suivante: le décret révolutionnaire est une directive administrative.»⁸ Selon Diabolo, le principe de l'opportunité comme directive de l'action jouait à l'époque le même rôle que les principes généraux du droit dans les pays bourgeois: «A la place de ces principes généraux, on retient chez nous, en ce qui concerne son caractère de classe, une notion entièrement opposée, celle de l'opportunité révolutionnaire».⁹

Deux jurisconsultes éminents, Stutschka et Paschukanis, qui tous les deux ont dirigé, à un moment donné, le Commissariat du peuple pour la Justice (ministère de la Justice), se sont efforcés de développer une théorie juridique qui fût marxiste et révolutionnaire. Eux et leurs partisans n'ont considéré les codes de 1922 que comme des expédients temporaires, comme des phénomènes passagers, comme «des concessions, faites pour assurer le fonctionnement efficace du néo-capitalisme de la période de la „NEP”, et qu'il faudra

⁶ Vladimir Gsovski, *Soviet Civil Law* (Michigan 1948) p. 162.

⁷ *Ibid.*, p. 161.

⁸ Archipow, «Les étapes principales du développement du concept de la loi soviétique», *Sovetskoe Pravo*, 1925, Nr. 5, p. 39.

⁹ Diabolo, «La publication, sa nature juridique et son organisation en Europe occidentale et en U.R.S.S.», *Sovetskoe Pravo*, 1925m Nr. 5, p. 39.

abandonner ou, tout au moins, simplifier, aussitôt que l'impulsion capitaliste aura suffisamment rétabli l'économie pour lui permettre un nouveau départ vers le socialisme.¹⁰ L'on sait que l'étape finale du développement historique, tel que prévue par le marxisme, c'est une société sans classes et sans Etat. Stutschka pensait à la fameuse théorie du dépérissement de l'Etat lorsqu'il écrivait en 1923:¹¹ «Le communisme ne signifie pas la victoire du droit socialiste, mais la victoire du socialisme sur le droit, attendu qu'avec la disparition des classes et de leurs intérêts contradictoires, disparaîtra également la loi.» Paschukanis s'exprime dans le même sens¹²: «La disparition des catégories du droit capitaliste bourgeois (des catégories en tant que telles, mais non de telle ou telle norme juridique) ne signifie nullement qu'elles seront remplacées par de nouvelles catégories de droit prolétarien.»

Les projets mis en discussion en 1927 concernant un code pénal et une procédure criminelle, s'inspiraient de ces enseignements en prévoyant un système de règles de droit considérablement simplifié, et un droit d'appréciation extrêmement étendu pour décider dans chaque cas particulier.

Sous Staline, les théories de Stutschka, de Paschukanis et autres ont été entièrement abandonnées. Dans le rapport au comité central, soumis par Staline au 16e congrès du parti (1930), il a demandé la priorité absolue pour le renforcement de la dictature du prolétariat, en vue «du développement le plus grand possible du pouvoir gouvernemental, afin de créer les conditions de la disparition de toute forme de ce pouvoir». Comme l'a écrit justement Kelsen: «Pour des raisons politiques le gouvernement soviétique a reconnu un intérêt vital à une théorie de droit qui donnait une base à l'autorité de l'Etat soviétique, et qui proclamait le caractère normatif et la force obligatoire du droit soviétique pris en tant qu'ordre juridique socialiste spécifique, et non comme un simple résidu du droit capitaliste bourgeois.»¹³ Vyschinsky devint alors le théoricien juridique principal de l'époque stalinienne, et remplaça le «nihilisme juridique» de Paschukanis et Stutschka par une nouvelle théorie juridique répondant aux intentions de Staline. Conformément à l'opinion prévalant dans la science juridique non-communiste, il définit le droit comme un ordre des choses obligatoire, et il en donne la définition suivante: ¹⁴

Le droit est l'ensemble des règles de comportement qui expriment la volonté de la classe dominante et qui sont fixées par voie législative

¹⁰ J. N. Hazard et Isaac Shapiro, *The Soviet Legal System* (New York: 1962) 1^{re} pariem, p. 4.

¹¹ Gsovski, *ouvrage cité ci-dessus* p. 170, observations 46 et 48.

¹² *Ibid.*

¹³ Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law* (Londres: 1955), p. 111.

¹⁴ Cité d'après *Staat und Recht* (Berlin-Ouest 1963), p. 122.

ainsi que les règles et coutumes de la vie sociale, sanctionnés par le pouvoir de l'Etat. L'application de ces règles est assurée par le pouvoir exécutif de l'Etat, en vue de la sécurité, du renforcement et du développement des conditions et rapports sociaux qui conviennent à la classe dominante et la favorisent.

L'expression «légalité révolutionnaire» céda peu à peu la place au terme nouveau de «légalité socialiste». Les représentants de la science juridique, aussi bien que ceux du parti, ont souligné que la notion de la légalité révolutionnaire ou socialiste est sujet à des variations et modifications internes. C'est ainsi que Schliaposchnikov écrit: «Au cours de diverses phases de la dictature du prolétariat, le contenu de la légalité socialiste est susceptible de changement, compte tenu des circonstances et formes de la lutte des classes.»¹⁵ Staline lui-même s'est exprimé au sujet de ces modifications dans les termes suivants ¹⁶:

To say that revolutionary legality of the present time does not differ from that of the first NEP period . . . is entirely wrong . . . Then it guaranteed to the private boss, the capitalist, the safeguard of his property, provided that he strictly observed the Soviet laws. The revolutionary legality of our time is quite different . . . It is pointed against thieves and sabotage, against hooligans and grafters of public property. The main task of revolutionary legality consists now in the protection of public property and nothing else.

(Dire que la légalité révolutionnaire actuelle n'est pas différente de celle de la première période de la «NEP» . . . est entièrement faux . . . Alors, elle garantissait au patron, au capitaliste, la sécurité de sa propriété privée, à condition qu'il se plie scrupuleusement aux lois soviétiques. Maintenant, la légalité révolutionnaire est toute autre . . . Elle est dirigée contre les voleurs et contre les saboteurs, contre les blousons noirs et contre ceux qui détournent les biens publics. L'objectif principal de la légalité révolutionnaire consiste de nos jours à protéger la propriété publique et rien d'autre.)

Il est clair que sous le terme de «légalité socialiste», Staline entendait ici les buts principaux de l'ordre juridique révolutionnaire.

Avec la période de l'autocratie de Staline, commençant avec les procès d'épuration de 1936 à 1938, le principe de la légalité socialiste subit une perversion bien connue du monde entier. Par contre, la période de destalinisation, débutant avec le 20e Congrès du parti en 1956, marque une renaissance de ce principe. Dans son fameux discours secret prononcé au 20e Congrès, Khrouchtchev a mis au pilori le régime de terreur de Staline en tant que violation permanente de la légalité socialiste. Au cours du 22e Congrès du Parti

¹⁵ Schliaposchnikow, «Légalité Révolutionnaire», Sovetskoe Pravo, 1923, Nr. 4 p. 46.

¹⁶ J. V. Staline «Problèmes du léninisme» cité d'après Gsovski, *ouvrage précité*, p. 185, observation 89.

en 1961, les violations du droit commises par Staline ont été condamnées derechef avec la même sévérité, cette fois en séance publique. Indubitablement, le rétablissement du principe de la légalité socialiste a notablement renforcé la sécurité juridique dans l'Union soviétique. Les déclarations suivantes du philosophe hongrois bien connu, Georg Lucács, contenues dans son commentaire sur l'échange de lettres entre Chinois et Soviétiques en 1963, permettent de saisir l'importance que revêtent ces événements aux yeux d'un penseur communiste¹⁷:

La lettre chinoise s'inspire de la logique de la période stalinienne. La lettre soviétique, elle, se réfère en ton de sincérité aux grands événements du temps présent, vécus en commun, et qui touchent intimement des millions d'hommes.

Je n'en citerai que l'essentiel. C'est, avant tout, le fait que le parti communiste de l'Union soviétique en a terminé avec la méprisable pratique de la période stalinienne d'ignorer la légalité. Qualifier cela comme fin de la période du «culte de la personnalité», c'est employer un terme bien trop faible pour couvrir toute l'étendue et la profondeur de la réalité. Il s'agit d'une garantie solide et nécessaire d'une vie humainement vécue, offerte par l'état socialiste après qu'un minimum même d'humanité a été éliminé systématiquement et avec mépris... Il nous est impossible d'évoquer même sommairement l'influence étendue et profonde que la libération a exercée dans les états socialistes où la liquidation du passé staliniste a été effectivement réalisée.

A la base de la légalité, on trouve aujourd'hui dans l'Union soviétique et ses Etats satellites l'impératif d'une administration et d'une juridiction légitimes (légalité matérielle). «La légalité socialiste, c'est l'application quotidienne, stricte et absolue de la loi» a déclaré dernièrement le procureur général soviétique Rudenko.¹⁸ Des représentants éminents de la science juridique soviétique, tels que Strogowitsch, Perlov et Rakhumov, se sont exprimés dans le même sens.¹⁹ Dans cette mesure la notion de la légalité, telle qu'elle se présente dans le monde communiste, correspond à celle qui a cours en Occident. Contrairement à la pratique des pays de démocratie libérale, le principe de la légalité n'oblige pas seulement les organes de l'Etat, mais également les institutions qui ne relèvent pas de ce dernier, ainsi que les particuliers. Cette conception se manifeste d'une manière constante dans les déclarations du P.C.U.S. et dans les écrits des juristes soviétiques. Dans la République démocratique allemande, «tous les organes de l'Etat, établissements,

¹⁷ Georg Lucács, «Au sujet du Débat entre la Chine et l'Union Soviétique» *Forum* (Vienne) novembre 1963, p. 519.

¹⁸ R. A. Rudenko, «Les tâches d'une extension ultérieure de la légalité socialiste à la lumière des résolutions du 20ème Congrès du Parti», *Current Digest of the Soviet Press* du 19 septembre 1956, p. 15 à 25.

¹⁹ Voir V. Rakhumov, «Concept et contenu de la légalité socialiste» (*Socialisticheskaïa Zakonnost*) 1961, Nr. 11 p. 31 et suivantes.

entreprises et citoyens sont tenus d'observer la légalité socialiste», peut-on lire dans un exposé de Rudolf Hermann et de Rolf Schüsseler.²⁰ En tant qu'assujettis au principe de la légalité, tous les organes et institutions non étatiques, ainsi que les particuliers, sont non seulement tenus au respect de la loi, mais également à une coopération active à la sauvegarde de la légalité («contribution de différentes couches de la population à l'observation de la loi»)²¹ Les conséquences qui découlent de cette extension du principe de la légalité seront évoquées ci-dessous dans le paragraphe 6.

Divers représentants de la science juridique communiste donnent au principe de la légalité socialiste un sens qui va à l'encontre de la notion de la légalité matérielle et formelle, telle que nous l'avons décrite ci-dessus. Par exemple, ils considèrent les droits fondamentaux comme partie inhérente de la légalité socialiste, et ainsi, ils mettent au même niveau la légalité matérielle socialiste et l'Etat de droit. C'est ainsi qu'agirent, entre autres, les participants au colloque de Varsovie de 1958 sur la légalité socialiste.²²

Le principe de la légalité formelle, c'est à dire la hiérarchie des normes juridiques, a également trouvé des défenseurs dans le monde juridique soviétique.²³ Si, et dans quelle mesure il a acquis une importance dans la pratique de l'Etat, sera examiné au paragraphe 5 ci-dessous.

De même, la plupart des règles qui découlent du principe de la légalité: publication des lois avant leur promulgation, codification de la procédure, non-retroactivité des lois – sont plus ou moins reconnues dans l'aire du communisme. On y connaît également des garanties de la légalité, qui néanmoins, comme il sera exposé ci-après, diffèrent considérablement de celles qui sont d'usage dans le monde de la démocratie libérale.

Il convient de souligner que dans la nouvelle constitution yougoslave du 7 avril 1963, le principe de la légalité a obtenu une reconnaissance de droit positif.²⁴ Aux termes des articles 145–159, elle prescrit:

- a) l'observation des normes juridiques par «les tribunaux, les organes de l'administration sociale autonome, ainsi que par tous ceux qui exercent des fonctions officielles ou autres, d'ordre social» (légalité matérielle);

²⁰ Rudolf Hermann et Rolf Schüsseler, «Inhalt und Bedeutung der Unabhängigkeit des Richters in der DDR», *Neue Justiz* (Berlin-Est 1963) p. 131.

²¹ *Neue Justiz*, 1963, p. 16.

²² S. Ehrlich (Pologne), J. Boguszak (Tchécoslovaquie), I. Szabo (Hongrie), W. M. Tchikhvadze (URSS) dans *le Concept de la légalité dans les pays socialistes* (Varsovie, Académie polonaise des sciences, 1958).

²³ *Ibid.*, p. 324 (Tchikhvadze).

²⁴ Voir *Bulletin de la Commission Internationale de Juristes* Nr. 17 p. 43 et suivantes.

- b) le respect de la hiérarchie des normes juridiques (légalité formelle);
- c) la publication des lois avant leur mise en vigueur;
- d) l'interdiction de toute législation retroactive;
- e) l'institution d'une juridiction constitutionnelle, d'une juridiction administrative et de recours contre les décisions des tribunaux.

Cependant, l'application du principe de la légalité dans les pays communistes y rencontre certaines limites, importantes pour la détermination de son contenu et la définition de son application. Elles ressortissent en partie au type de l'Etat communiste. Jusqu'au 22e Congrès du Parti communiste de l'URSS (1961), le régime de l'Union soviétique était défini comme étant celui de la dictature du prolétariat. Le nouveau programme du Parti, approuvé par le Congrès, n'estime plus nécessaire la dictature de la classe ouvrière et déclare que l'Etat est une «Organisation populaire des travailleurs». Désormais, l'Etat est «un Etat du peuple tout entier, un organe qui exprime les intérêts et la volonté du peuple dans son ensemble».²⁵ Cette innovation du programme du parti n'a qu'une signification terminologique. Les juristes soviétiques ont justement déclaré que l'Etat soviétique de l'ensemble du peuple et l'Etat de la dictature prolétarienne, ressortent de la même catégorie, car leur nature est identique.²⁶ La dictature du prolétariat se manifeste en ceci que le parti communiste domine l'Etat, c'est à dire que les organes de l'Etat, à chaque niveau, sont subordonnés aux organes correspondants du parti.

Pour définir la dictature du prolétariat, Lenine s'est servi d'une métaphore. Il a parlé de la force d'impulsion, des transmissions et des leviers. Les leviers et les transmissions sont les syndicats, les soviets, les coopératives et l'Union des jeunesses communistes. Le parti communiste est la force d'impulsion. Il est significatif quant à l'énumération des leviers et des transmissions, que les soviets, c'est à dire l'appareil d'Etat créé par la constitution, n'est nommé qu'en deuxième lieu. Selon la terminologie des statuts du parti, l'Etat, les syndicats, les coopératives, etc., sont classés dans une même catégorie, celle des organismes «hors parti», qui sont tous guidés par le parti.²⁷

²⁵ F. C. Schroeder, «Inhalt und Entwicklung von Staat und Recht nach dem neuen Parteiprogramm der KPdSU», *Jahrbuch für Ostrecht* (Munich 1962), volume 111, 1 semestre p. 65.

²⁶ O. S. Ioffe et M. D. Schargorodskij, «La signification des concepts d'ordre général dans l'étude des problèmes du droit et de la légalité socialiste», *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1963, Nr. 5, p. 49 et suivantes.

²⁷ J. V. Staline, *Problèmes du Léninisme* (Moscou, éditions de la littérature étrangère, 1947) p. 148.

C'est un fait d'expérience, que de nombreuses normes juridiques ont besoin d'être interprétées. L'efficacité du principe de la légalité se trouve ainsi influencée d'une manière décisive par les règles de l'interprétation. La mesure de la sécurité juridique qui doit être sauvegardée par la légalité dans la pratique administrative et judiciaire, peut dépendre des modalités d'interprétation dont se servent ou doivent se servir les organes de l'administration et les tribunaux. Dans l'aire communiste, l'interprétation des lois appartient en dernière analyse au parti. Le juge lui-aussi doit se plier aux directives d'interprétation de ce dernier, alors que, dans le monde occidental, il interprète les normes de droit selon sa conscience.

A. L'interprétation des lois et l'influence du parti sur celle-ci.

L'interprétation des normes juridiques est étroitement liée avec le concept et la nature du droit qui y est soumis, et avec le but final d'un ordre juridique déterminé. Au cours d'un discours prononcé dernièrement à l'Université de Berne, le professeur Hans Merz, recteur de l'Université, s'est exprimé comme suit au sujet de l'interprétation juridique.²⁸

Elle doit interpréter un ordre et elle le fait uniquement en vue de préparer des décisions justes dans des cas particuliers survenant dans la pratique judiciaire. Ainsi, en partant de diverses modalités d'interprétation, une importance particulière vient à s'attacher au canon de l'unité et de l'harmonisation interne. Une prescription légale déterminée ne saurait être examinée isolément. Elle s'insère dans un ensemble de conceptions d'ordre, de buts et de définitions. D'une part ceux-ci sont exposés dans la loi, ou dans la constitution qui lui est superposée. D'autre part, ils ressortissent aux éléments d'un ordre social indépendant de la loi, auxquels la norme juridique se réfère d'une manière constante, tels que les bonnes mœurs, l'honnêteté et la bonne foi, les us et coutumes, et l'usage commercial. Enfin, ces conceptions doivent être revues dans certains cas lors de l'application de la loi, compte tenu des susdits éléments, afin de résoudre les nouveaux et innombrables problèmes qu'apporte la vie.

Quels sont donc les concepts d'ordre, les buts et les appréciations qui guident, ou qui doivent guider les juridictions dans les états communistes? En conformité avec la science juridique soviétique²⁹ M. K. Polak, qui fut jusqu'à sa mort membre du Conseil d'Etat de la R.D.A., a décrit comme suit les buts de l'Etat socialiste et de son droit.³⁰

L'Etat socialiste et son droit sont les leviers de la mise en oeuvre des rapports sociaux socialistes, et par suite, de la légalité de l'ordre social socialiste.

²⁸ *Neue Zürcher Zeitung* du 8 Décembre 1963.

²⁹ Académie Polonaise des sciences, *Le Concept de la légalité dans les pays socialistes*, p. 322.

³⁰ K. Polak, «Staat und Recht-Hebel der Durchsetzung der sozialistischen Gesellschaftsverhältnisse», *Einheit* (Berlin-Est 1963) Nr. 7 p. 75 et suivantes.

Cette conception trouve son approbation officielle dans le décret du Conseil d'Etat de la R.D.A. du 4 avril 1963 sur les obligations fondamentales et les modalités de l'action des organes judiciaires, selon lequel «le droit socialiste exprime l'action objective des principes du socialisme».³¹ Le dit décret «n'a pas seulement été pris pour donner une solution nouvelle au problème particulier du droit judiciaire; il vise également à la mise en oeuvre des rapports sociaux socialistes, et des notions de légalité qui en sont la base, et à l'application déterminée de ces notions dans le développement général du droit et de sa pratique».³²

La connaissance de «la légalité sociale», constamment évoquée, est donnée par l'enseignement du matérialisme dialectique et historique. Cet enseignement entend l'histoire de l'humanité comme un processus se déroulant nécessairement selon la loi de la nature, qui se manifeste dans une série de luttes de classe pour la domination de la base économique de la société, et qui trouve sa fin dans une société sans classe et sans Etat. L'Etat et le droit doivent favoriser et hâter ce processus de développement. Il importe donc d'établir que seul le parti communiste est qualifié pour indiquer les légalités objectives du processus historique, et par conséquent de dire à quelles exigences doivent répondre la législation et la juridiction dans une situation historique déterminée en vue de hâter le processus du développement social. «C'est le parti, muni de la théorie scientifique et compte tenu de l'expérience acquise dans la pratique, qui reconnaît à fond les tendances objectives de la réalité sous tous ses aspects, et guide et organise sur cette base l'action lucide des masses populaires».³³ Ce monopole de connaissance appartient au parti communiste en tant qu'avant-garde de la classe prolétarienne. Celle-ci étant la dernière classe apparaissant dans le développement de l'histoire, il lui incombe la mission historique de surmonter la différence de classes et d'organiser une société sans classes.

On comprendra aisément dans cette optique que «la ligne générale» du parti acquiert une importance capitale en ce qui concerne la pratique judiciaire, ainsi que l'interprétation des lois et autres normes juridiques. Elle fournit la justification du principe de la «ligne du parti», qui doit dominer l'interprétation et l'application des lois. L'ancien procureur général de la R.D.A., Molsheimer, a formulé ainsi l'obligation d'observer la «ligne du parti» particulièrement

³¹ Cité dans «*Dokumentation der Zeit*» (Berlin-Est 1963) Nr. 10 p. 35 et suivantes.

³² «Der VI Parteitag der SED und die Aufgaben der deutschen Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft Walter Ulbricht», *Staat und Recht*, 1963, p. 1065.

³³ «*Base du léninisme et du marxisme*» (traduction allemande Berlin-Est 1960) p. 794.

pour les tribunaux.³⁴ «La décision judiciaire doit refléter la volonté d'appliquer les directives adoptées par le parti de la classe ouvrière et du gouvernement.» (Si, dans le présent exposé, on se réfère fréquemment aux lois de la R.D.A., aux exposés de ses autorités et aux déclarations de ses juristes, la raison en est qu'ils sont un écho fidèle des modèles soviétiques).

Le principe de la légalité ne s'oppose pas à ce que les lois soient interprétées selon la ligne du parti. Bien mieux, légalité et ligne forment une «unité dialectique», comme l'a dit Mme Hilde Benjamin, ministre de la Justice de la R.D.A.:³⁵ «Appliquer la loi selon la ligne du parti, signifie l'appliquer conformément à l'interprétation de la majorité des travailleurs et dans le sens de la politique du parti de la classe ouvrière et du gouvernement. Simultanément, il convient de reconnaître l'unité dialectique de la légalité et de la ligne du parti et de la mettre en oeuvre.» Mme Hilde Benjamin est ici en accord avec l'idée défendue en Union soviétique, que «la ligne bolcheviste du parti» est l'essence même de la légalité socialiste.³⁶ Les déclarations suivantes viennent également de Mme Hilde Benjamin:

Les décisions du comité central du parti de la classe ouvrière contiennent toujours des indications et directives importantes pour tous les organes de l'Etat: en particulier, elles attirent spécialement l'attention des organes judiciaires sur des domaines momentanément importants, auxquels ils doivent vouer tous leurs soins. La mise en pratique rapide des directives reçues est un devoir impérieux pour tous les collaborateurs responsables de la justice, et, avant tout, des juges, des procureurs et des notaires.³⁷

Nous y voyons (dans les décisions du parti) non seulement des indications d'ordre général, mais en même temps une base pour rendre des mesures très concrètes, qu'il nous incombe d'appliquer dans le cadre de la justice.³⁸

Récemment encore, le principe de «ligne du parti» (et aussi de la légalité) prescrivait de sauvegarder et de favoriser les intérêts de la classe dominante. Il importait donc de déterminer comment répondre à ces intérêts dans des cas concrets. Il fallait le constater en s'inspirant d'une analyse de la situation où se trouvait localement la lutte des classes, en tenant compte de la ligne générale du parti alors en vigueur. La possibilité d'une chute de la nouvelle classe

³⁴ Melsheimer, «Sozialistische Gesetzlichkeit im Strafverfahren», *Neue Justiz* 1956, p. 289.

³⁵ Hilde Benjamin, «Die dialektische Einheit von Gesetzlichkeit und Parteilichkeit durchsetzen», *Neue Justiz*, 1958, p. 368.

³⁶ B. Meissner, «Die Rechtsstellung der Kommunistischen Partei der Sowjetunion», *Jahrbuch für Ostrecht* (Munich: 1961) Vol. II, 2ème semestre, p. 23.

³⁷ «Das 17. Plenum der SED und die Aufgaben der Justiz auf dem Dorfe», *Neue Justiz*, 1954, p. 97.

³⁸ «Die Ergebnisse des 21. Plenums des ZK der SED und die Arbeit der Organe der Justiz», *Neue Justiz*, 1954, p. 679.

dominante (la classe ouvrière) était exclue, mais on estimait que les conditions économiques n'étaient pas encore entièrement socialistes, pas plus que n'étaient totalement éliminées les contradictions de classe. Il existait toujours dans la population des fractions qui menaçaient de retarder le processus historique légitime. Aussi bien, le principe de la légalité socialiste demandait impérieusement des mesures de répression contre les éléments qui s'attardent dans une idéologie bourgeoise et capitaliste. «Les résidus de la manière de penser capitaliste dans la conscience de l'homme» sont, selon l'enseignement communiste, la cause de la criminalité, et particulièrement des délits contre la propriété étatique ou sociale. Il convenait dès lors de poursuivre énergiquement les délits contre la propriété (d'ailleurs ils le sont aujourd'hui encore, et même avec une sévérité accrue, car ils sont d'autant plus impardonnables que se manifeste le processus de développement social en vue de la création d'un ordre social communiste total). Par décret du Présidium du Soviet suprême de l'URSS du 5 mai 1961, la peine de mort a été établie pour réprimer le vol de la propriété de l'Etat et l'émission de fausse monnaie. Le décret du 1 juillet 1961 de la même autorité prévoit la peine de mort pour spéculation en devises et valeurs. La peine applicable avant la promulgation de ces décrets était de 15 ans de prison. Le 29 décembre 1961, parut un décret qui punissait d'une peine privative de liberté jusqu'à un an, l'emploi négligent des machines agricoles et la non-exécution de réparations. En cas de récidive et en cas de dégâts considérables, cette peine pouvait être portée à 3 ans. Comme déjà dit, le 22e Congrès du parti (1961) déclara qu'il n'y avait plus en Union soviétique de classes qu'il y aurait lieu d'enchaîner en tant que telles. C'est ainsi que la dictature du prolétariat put devenir «l'Etat de l'ensemble du peuple». Tout les Etats satellites de l'Union soviétique reprirent cette thèse. Dans la R.D.A. on constate que, désormais, «l'unité politique du peuple est réalisée». De la sorte, il n'a plus été possible de postuler le fait de la lutte de classes comme point de départ de l'interprétation de la loi. Un juriste connu de la R.D.A., Herhard Haney, écrit à ce propos.³⁹

La formule quasi stéréotypée d'une «situation de lutte de classe locale» en tant que base de juridiction en matière civile et pénale, ne peut qu'induire en erreur les tribunaux. Car en s'inspirant de cette formule, ils doivent considérer les conflits en cause comme la manifestation d'un conflit qui en réalité n'existe plus. Bien entendu cette erreur se répercute sur la manière de résoudre ces conflits, et elle a un effet fâcheux sur la consolidation de l'unité politique et morale du peuple. De la sorte, l'action judiciaire ne vise plus qu'à faire collaborer toutes les classes de la population à la reconstruction et à l'achèvement de la mise en place du socialisme dans notre république.

³⁹ G. Haney, «Zum Inhalt des sozialistischen Rechtsbegriffes», *Staat und Recht*, 1963 Nr. 1, p. 125.

Néanmoins, cette nouvelle manière d'envisager les choses a surtout un aspect terminologique. Elle ne modifie en rien le fait que les décisions et les directives du parti demeurent aussi importantes pour l'interprétation des lois. Les lignes directrices concernant l'action économique, organisatrice et culturelle de l'Etat continuent à être déterminées par le parti. L'action d'organisation économique et l'action de formation culturelle doivent «reformer l'homme en fonction des principes économiques et anthropologiques du communisme». ⁴⁰ En ce qui concerne les buts d'organisation économique de l'ordre juridique, Grzybowski observe. ⁴¹ «Le fondement de l'ordre juridique n'est pas l'énoncé des droits fondamentaux contenu dans les constitutions socialistes, mais, essentiellement, le plan sociologique visé par le parti». A ce propos, Grzybowski cite un cas survenu en Pologne. Un conseil municipal avait, dans les limites de sa compétence, réservé une partie de la zone urbaine pour la construction de logements. Des familles s'y sont fait construire des maisons, ont planté des jardins et ont payé les frais de l'urbanisation (voirie, canalisations, adduction d'eau, etc.). Subitement, en 1959, un des ministères industriels réclama ce terrain pour y construire des maisons locatives. Le ministère annula les contrats souscrits par le conseil municipal, fit expulser les propriétaires et résidents des nouvelles maisons et exécuta son projet. Cette action suscita dans la population intéressée une agitation considérable. ⁴²

Les buts éducatifs du Parti et de l'Etat se sont reflétés tant dans l'Union Soviétique que dans la R.D.A. dans une série de jugements privant les parents où l'un d'eux de la puissance parentale, parce qu'ils n'élevaient pas leurs enfants dans «l'esprit du socialisme» et selon les règles de la «morale socialiste». C'est ainsi que, par exemple, le tribunal d'arrondissement de Stralsund retira à une mère, par jugement du 14 octobre 1958, sa puissance parentale, avec les attendus suivants:

L'inculpée a élevé jusqu'à présent ses enfants mineurs dans un esprit strictement confessionnel. Aussi bien, on ne saurait accepter un tel exercice de la puissance parentale, car celle-ci ne garantit pas une éducation dans l'esprit de la Démocratie, du socialisme, du patriotisme et de l'amitié des peuples...

En raison de l'influence décisive de la puissance politique sur l'interprétation des lois, la jurisprudence se trouve nécessairement soumise à des variations considérables. On peut citer en exemple le traitement pénal des délinquants en matière de mœurs dans la R.D.A. Comme déjà dit, après le 22ème Congrès du P.C.U.S. et

⁴⁰ F. C. Schroeder, ouvrage précité, p. 65.

⁴¹ Kazimiers Grzybowski, *Soviet Legal Institutions* (Ann Arbor: 1962), p. 78.

⁴² *Ibid.*, p. 74.

compte tenu de ses énonciations théoriques, la thèse a été acceptée dans la R.D.A. comme ailleurs, que l'antagonisme des classes avait disparu de son territoire. Les délits commis sur le territoire de la R.D.A. n'étaient donc pas – à quelques exceptions près – le fait des ennemis de «l'Etat des ouvriers et paysans», mais celui d'hommes dont la conscience eu égard à la réalité socialiste, n'était pas suffisamment développée. Mais cela ne constitue pas une contradiction antagoniste dans le sens du marxisme-léninisme. Il n'est donc pas toujours nécessaire de faire appel à la coercition, il peut suffire de prendre des mesures de rééducation.

Il convient toujours de contrôler si le délinquant est un «ennemi», ou un homme dont la conscience socialiste est sous-développée et qui, en fait, ne s'avère pas ennemi de l'Etat des ouvriers et paysans. Cela peut être établi en vérifiant son activité effective au profit de la construction du socialisme. Ainsi donc, la différenciation des délinquants en ennemis et retardataires avantage ceux qui ne s'attaquent pas, mus par une avidité individualiste et anti-sociale, à la propriété de l'Etat ou de la société; par exemple, les délinquants contre les mœurs, surtout s'ils accomplissent leur devoir dans leur travail bénéficient fréquemment du sursis (délai probatoire). Dans le district de Leipzig, un tiers environ de tous les délinquants sexuels a été condamné à des peines ne comportant pas une privation de liberté; dans les deux premiers mois de 1963, leur nombre s'est élevé à 35,7 %. Dans sa décision No 1 du 15 juin 1963, le présidium de la Cour Suprême a dû constater que les juges «n'appliquent pas toujours le droit socialiste correctement et avec une différenciation suffisante», ce qui se manifeste notamment par une application injustifiée de pénalités ne comportant pas une privation de liberté, ou par une privation trop courte, à l'occasion de délits de viol et autres délits sexuels.

Les bases et les méthodes de l'interprétation juridique susmentionnée et, plus particulièrement l'influence exercée en la matière par le parti, ont nécessairement pour résultat le fait que le principe de la légalité est assujéti à une application des lois élastique, correspondant aux besoins d'une situation concrète. Dans les années trente, il était même de règle que la Directive du parti précédât la loi, c'est-à-dire que des violations de la loi faites en suivant des directives du parti, étaient «légitimes». Cela ressort nettement d'un ouvrage de Vyshinsky procureur général à l'époque, et gardien de la légalité en U.R.S.S. Il écrivit que le juge soviétique ne doit pas hésiter à s'éloigner de la loi, et doit suivre absolument les directives du parti, qui expriment toujours pour lui la loi suprême.⁴³

⁴³ Cité par Werner Schultz dans «*Recht und Staat als Herrschaftsinstrument der Kommunisten*» (Munich 1963) p. 59.

⁴⁴ Michel Rigin, «*Die sozialistische Gesetzlichkeit: Gestern und Heute*», *Ost-europa-Recht*, 1961 p. 97.

Ce principe paraît avoir été abandonné aujourd'hui. On ne gouverne, administre et juge plus, semble-t-il, *contra legem*, en s'inspirant de décisions du parti. Au plenum de juin 1959 du comité central du P.C.U.S., M. Khrouchtchev a déclaré ⁴⁵:

Les infractions à la discipline du parti et de l'Etat doivent être combattues énergiquement, quel que soit le mode suivant lequel elles se manifestent . . . Les propositions pourront être formulées en vue de modifier telle ou telle loi; mais tant que cette loi est en vigueur, il reste interdit à quiconque d'y porter atteinte.

Signalons cependant qu'en Union Soviétique, la législation peut être modifiée très rapidement. A l'encontre de l'article 32 de la constitution, aux termes duquel le pouvoir législatif est exercé exclusivement par le Soviet suprême de l'U.R.S.S., le Président de ce dernier, en vertu de l'article 49 (alinéa b) de la constitution, prend des décrets (Ukasy) qui sont en fait des lois en bonne et due forme.⁴⁶ Comme c'est le cas des lois importantes, ces ukases sont élaborés par le département compétent de l'administration du parti dépendant du comité central, adoptés par ce dernier et, finalement, promulgués par le présidium du Soviet suprême. Comme déjà mentionné, c'est par la voie de trois ukases en 1961 et 1962 que la peine de mort a été rétablie pour les crimes de vol important de la propriété de l'état, de spéculation sur les devises et les valeurs, de faux-monnayage et de corruption de fonctionnaires.

Des ukases d'ordre pénal peuvent même être appliqués à titre retroactif dans des cas déterminés, soit par le présidium du Soviet suprême, soit par celui de la Cour Suprême. En dernière analyse, ces procédés aboutissent au même résultat qu'une jurisprudence contraire à la loi mais inspirée par les directives du parti. Ainsi le parti estime que les délits importants en matière de devises doivent être sanctionnés par la peine capitale. La peine la plus élevée prévue lors du délit était «seulement» 15 années de prison. Or par un ukase du présidium du Soviet suprême, la peine de mort est prescrite pour les délits portant sur les devises. Le tribunal saisi des poursuites donne à l'ukase un effet rétroactif, de sorte que l'infraction pourra être frappée de la peine de mort, simplement parce que la direction du parti estime qu'une répression sévère est nécessaire.

B. Le principe de la légalité en matière pénale.

Le principe de la légalité trouve son expression la plus forte en droit pénal, notamment dans la règle «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». Il ne peut être engagé de poursuite pénale que contre des actes et omissions prévus par le droit pénal. La pénalité de l'auteur

⁴⁵ Cité dans *Staat und Recht*, 1963, p. 1717.

⁴⁶ Reinhard Maurach, *Handbuch der Sowjetischen Verfassung*.

du délit, son mode et son étendue, doivent correspondre à la loi. Un acte nuisible à la société ou autrement reprehensible ne peut être poursuivi et puni en vertu des peines coercitives applicables par analogie (interdiction de l'analogie).

Déjà la première loi pénale après la révolution russe d'Octobre, le code pénal de la RSFSR de 1922, prévoyait, dans son article 10, la poursuite d'actes anti-sociaux par application de ses dispositions par analogie. Le même principe se retrouve dans l'article 16 du Code pénal de 1926, dont voici la teneur:

Si le présent code ne prévoit pas une action dangereuse pour la société, les qualifications et les limites de la responsabilité seront fixées en la matière conformément aux articles du code pénal, qui portent sur des actes criminels les plus semblables par leur nature.

La Commission du Droit Pénal créée par le Conseil des commissaires du peuple s'est opposée dans sa majorité, lors de l'élaboration du code pénal de 1922, au rejet de l'interdiction de la procédure d'analogie. Ultérieurement, elle a cédé aux instances des représentants du Commissariat du peuple à la Justice, Kursky et Krylenko, deux juristes éminents. Ceux-ci ont insisté pour que la sanction par analogie soit limitée à des cas exceptionnels, particulièrement définis. Elle ne devait intervenir que dans les cas possibles de répression dans l'intention évidente du législateur, et qui ne figuraient pas dans le code en raison d'une omission ou d'une rédaction défectueuse. Les actes punissables en vertu du principe d'analogie devaient être réellement comparables et similaires aux actes délictueux prévus par le code pénal. Toutefois, très souvent les juridictions n'ont pas eu la prudence demandée par Kurksy et Krylenko.⁴⁷

La renaissance de l'idée de légalité qui s'est manifestée lors du 20ème congrès du parti (1956) a eu, entre autres, pour conséquence, que lors de la nouvelle codification du droit pénal soviétique, l'interdiction de l'analogie a été nettement formulée, notamment dans l'article 3 des «principes de la législation pénale dans l'URSS et les républiques de l'Union», et dans les codes pénaux promulgués par la suite dans les républiques de l'Union (par exemple dans l'article 3 du code pénal de la RSFSR du 27 octobre 1950: «N'encourt une responsabilité pénale et les sanctions qui en découlent que l'auteur d'un acte délictueux, c'est-à-dire celui qui a commis sciemment ou par négligence une action nuisible à la société, prévue dans le code pénal. La peine n'est prononcée qu'en vertu d'un jugement d'un tribunal»).

Présentement, il apparaît que le principe «*nullum crimen, nulla pena sine lege*» est appliqué d'une manière conséquente dans l'Union

⁴⁷ R. Schlesinger, «Some observations on Socialist legality in the U.R.S.S.» *l'URSS: droit, économie, sociologie, politique, culture* (Paris 1962) Vol. I p. 52.

soviétique. Les tribunaux qui condamnent un accusé, bien que la cause ne soit pas en état, font l'objet de critiques acerbes dans les publications juridiques, publications qui sont soumises à la censure comme la plupart des imprimés. L'exemple suivant est tiré de la principale revue juridique de l'Union soviétique, *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*.⁴⁸

Dans le district de Bouchara, plusieurs personnes, dont Tukhtayev, ont enfreint les règlements de la conscription (les inscriptions et les radiations n'ont pas été effectuées à temps). Ceci eut lieu en 1961 et dans le premier semestre de 1962, alors qu'une responsabilité pénale pour actes de cette sorte n'était pas prévue (elle a été fixée par un décret du présidium du Soviet suprême de la R.S.S. de l'Ouzbékistan, du 2 août 1962). Malgré tout, Tukhtayev a été inculpé pénalement, et ses actes ont été qualifiés inconsidérément comme visant à éluder l'appel sous les drapeaux. Le tribunal populaire a condamné Tukhtayev à une privation de liberté d'un an et demi. De plus, le tribunal régional confirma le jugement. Ultérieurement la condamnation de Tukhtayev a été naturellement levée et la procédure arrêtée faute d'un état de délinquance, mais Tukhtayev n'en fit pas moins plus de 8 mois de prison. Les coupables de cette violation de la loi ont été punis. Mais, malheureusement, divers membres importants du tribunal n'en pensent pas moins que le juge ne peut être tenu personnellement responsable d'un jugement illégal, prononcé par le tribunal. Il est indispensable de prouver que ce jugement est faux. La loi impose à tout président de tribunal l'obligation d'assurer une instruction approfondie, complète et objective des faits en cause, garantissant une juste décision. En libérant les juges de la responsabilité d'assumer ou de ne pas assumer suffisamment ce devoir, on crée un sentiment d'irresponsabilité inadmissible dans nos conditions, qu'il convient de faire disparaître une fois pour toutes.

De même, le plénum de la Cour suprême de l'U.R.S.S. en faisant connaître le 10 mars 1953 ses directives aux tribunaux, les invite à l'application plus rigoureuse du principe: «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». Elle le fit dans les termes suivants:

Certains tribunaux donnent à une loi une sanction pénale très sévère, même si l'acte commis ne tombe pas réellement sous le coup de cette loi. Dans les cas d'infraction aux règlements de la circulation, par exemple, certains tribunaux appliquent les sanctions pénales relatives à l'homicide volontaire, en raison des conséquences redoutables de l'infraction, mais en oubliant qu'en égard aux circonstances ils ne pouvaient pas s'y référer. Des faits sont qualifiés d'homicide volontaire, faits qui sont parfois dûs à la négligence ou commis en auto-défense. Des personnes qui n'entendaient pas s'approprier des biens à leur profit ou à celui de tiers sont condamnées pour détournement simplement parce qu'elles ont causé un déficit.

Lorsqu'un régime communiste croit devoir se défendre contre des adversaires réels ou supposés, le principe de la légalité n'est pas

⁴⁸ W. W. Kulikow, «Rôle éducatif de la juridiction socialiste» (traduction allemande) *Staat und Recht* 1963, p. 1717.

toujours respecté. On applique alors ce que la Cour suprême de l'U.R.S.S. a rejeté dans les Directives sus-mentionnées: dans un cas soumis à la justice on applique des pénalités qui se réfèrent à des cas tout différents. Un exemple de cette méthode est fourni par le jugement de la Cour suprême de la R.D.A. en date du 29 décembre 1962, visant Harry Seidel. Sous diverses formes, Seidel a aidé des habitants de Berlin-Est à se réfugier dans Berlin-Ouest. Entre autres, il collabora à la construction de tunnels à travers lesquels les «fuyards de la République» tentaient de passer de Berlin-Est à Berlin-Ouest. Lors de l'édification de l'un de ces tunnels, il était armé. Il est certain que Seidel a enfreint diverses prescriptions d'ordre pénal de la R.D.A. (infraction à la loi sur le passage par introduction illégale sur le territoire de la R.D.A.; complicité dans la fuite du dit territoire de sa femme, de son enfant âgé de quatre mois et de 62 autres personnes; dommage aux biens, dans la mesure où des fondations ont été percées lors de la construction des tunnels). La Cour suprême de la R.D.A. a déclaré Seidel coupable d'une infraction permanente à la loi pour la protection de la paix, d'actes de violence répétés contre la sécurité de l'Etat, d'incitation permanente à quitter la R.D.A., et de port d'armes prohibé.⁴⁹ Il est difficile de comprendre comment on a pu qualifier les actes de Seidel «d'actes de violence menaçant la sécurité de l'Etat», car la disposition pénale y relative (par. 17 de la loi pénale complémentaire) a la teneur suivante:

Quiconque entreprend, par actes de terreur ou par menace d'action violente, d'inspirer la crainte et l'épouvante à la population, répandre l'insécurité et saper la confiance dans l'état ouvrier et paysan, sera puni de réclusion, et dans des cas moins graves, de prison d'une durée minimum de six mois.

Entièrement incompréhensible est la qualification de l'aide à la fuite fournie par Seidel, comme d'un délit contre la paix. En effet, le par. 2, alinéa 1 de la loi sur la protection de la paix, a la teneur suivante:

Quiconque incite à une action d'agression ou d'une autre manière pousse à la guerre, qui recrute, induit ou excite des Allemands en vue de participer à des actions de guerre destinées à l'oppression d'un peuple, est puni de prison et, dans les cas les plus graves, de réclusion.

D'après les travaux préparatoires et le préambule, la loi pour la protection de la paix vise à réprimer pénalement toutes les formes de propagande belliciste. Le rapporteur de la commission juridique de la Chambre du peuple de la R.D.A. a déclaré: «Ceux que nous désirons atteindre ce sont les véritables instigateurs d'un nouveau et immense crime. Ce sont les seuls que nous visons». En toute vérité,

⁴⁹ Le jugement est publié dans «Neus Justiz» 1963, p. 36 et suivantes.

on ne saurait ranger un homme comme Harry Seidel dans la catégorie de criminels ainsi désignée.

Le dépérissement graduel de l'Etat, qui doit accompagner le passage du socialisme au communisme, se manifeste dans le domaine de la répression pénale par la contraction du champ d'application des sanctions proprement pénales, et par une application plus étendue des sanctions d'ordre social et éducatif. Cette transformation se manifeste, entre autres, par le fait que la sanction des actes nuisibles à la société et des diverses formes de comportement antisocial passe des organes de l'Etat à des organisations sociales subordonnées, telles que les équipes de travail, les réunions de citoyens, les tribunaux de camarades, les commissions d'arbitrage. Ce glissement du pouvoir juridictionnel n'est pas sans influence sur le principe de la légalité. Il est propre à en affaiblir la valeur, ce qui se manifeste notamment dans les lois dites anti-parasitaires et dans leur application. La plupart des Etats communistes ont adopté de pareilles lois. Dans l'Union soviétique la compétence législative en la matière appartient aux républiques de l'Union. Parmi celles-ci, la RSSFR a promulgué le 4 mai 1961, l'Ukraine le 12 juin 1961, et la Russie blanche le 15 mai 1961, des lois anti-parasitaires, actuellement en vigueur. Le décret du présidium du Soviet suprême de la RSSFR sur *l'intensification de la lutte contre les personnes qui se refusent à accomplir un travail socialement utile et mènent une vie parasitaire, anti-sociale* stipule ce qui suit dans son article 1⁵⁰:

Les citoyens majeurs et aptes au travail qui ne remplissent pas leur devoir le plus important consigné dans la constitution, à savoir de travailler honnêtement selon leurs capacités, qui se soustraient à un travail utile à la société, qui tirent des profits non justifiés par le travail de l'exploitation de terrains, automobiles et logements, ou qui se livrent à d'autres activités anti-sociales qui leur permettent de mener une existence parasitaire, sont, par décision du tribunal populaire de région (ville), transférés pour une durée de deux à cinq ans dans un lieu désigné à cet effet, avec confiscation des biens acquis autrement que par le travail, et seront mis au travail dans le dit lieu.

Les mêmes mesures, prises par décision d'un tribunal populaire d'une région (ville) ou par un *jugement social* du personnel des entreprises, ateliers, autorités, organisations, kolkhozes ou brigades de kolkhoze, visent également les personnes qui *acceptent pour la forme un travail dans les entreprises et les services officiels ou sociaux ou qui ne sont membres de kolkhozes qu'à titre fictif*, s'arrogent les privilèges et droits préférentiels des ouvriers, des paysans kolkhosiens et des employés, mais, en réalité, sapent la discipline du travail, agissent comme entrepreneurs privés et vivent de moyens acquis autrement que par le travail, ou qui commettent d'autres actions anti-sociales leur permettant de mener une vie parasitaire.

⁵⁰ Traduction allemande dans *«Jahrbuch für Ostrecht»* Vol. II, 2ème semestre, p. 219.

Les mesures de transfert prescrites par les organes sociaux, qui sont en l'espèce des comités de travailleurs dans les entreprises, ateliers et offices d'autorités publiques, kolkhozes, doivent être approuvées par le comité exécutif du soviet régional (ville) localement compétent avant de devenir exécutoires. L'enquête concernant les parasites est menée par les organes de la milice et du ministère public. «L'enquête terminée, le dossier est transmis, avec l'approbation du procureur, au tribunal populaire régional (ville) ou à l'organisation collective des travailleurs» (art. 3 du décret). Le droit de transfert du procureur, et en particulier la libre décision qui lui est conférée de décider si un dossier de parasite doit être soumis à un tribunal populaire ou à un comité de travailleurs, révèlent, du point de vue de la légalité, un certain progrès par rapport aux lois sur les parasites en vigueur antérieurement. Bilinsky observe à ce propos⁵¹:

... Aux termes des lois sur les parasites promulguées par certaines républiques de l'Union entre 1957 et 1959, toute la «procédure» devait demeurer aux mains de la «société», et n'admettait d'aucune façon le contrôle des organes de la justice. De même, le jugement social devait être prononcé souverainement. Seule l'approbation a été réservée au comité exécutif du soviet local, c'est-à-dire l'examen du jugement du point de vue de sa légalité et plausibilité. De telles dispositions menaçaient de créer une espèce de droit «social», indépendant de la justice officielle, qui, tout en réservant aux instances inférieures du parti un vaste champ d'action, sapait simultanément l'autorité de la justice officielle. D'autre part, le contrôle des jugements sociaux par des fonctionnaires de l'appareil administratif ne pouvait aucunement donner assurance que ceux-ci étaient élaborés selon des critères juridiques.

Ce genre de règlements a soulevé des objections sérieuses dans les milieux juridiques soviétiques. Il résulte de la loi sur les parasites du mois de mai 1951 de la RSSFR que l'opposition des juristes a été couronnée de succès dans une certaine mesure au moins.

Il n'en demeure pas moins que la définition des caractéristiques d'une vie «parasitaire» manque de la précision exigée par le principe de la légalité, de même que la référence à «toute autre activité anti-sociale», qui permet à quelqu'un «de mener une vie parasitaire». L'absence d'une précision juridique favorise une qualification erronée et un abus de celle-ci. C'est pourquoi les lois sur les parasites et leur application se heurtent toujours à la critique des milieux juridiques soviétiques. Cela d'autant plus que le présidium de la Cour suprême de l'URSS dans les directives formulées le 18 mars 1963, s'est vue obligée de critiquer l'application des lois sur les parasites dans des termes qui peuvent être résumés comme suit:⁵² Les lois sur les parasites constituent fréquemment un moyen trop commode pour

⁵¹ A. Bilinski, «Les lois sur les parasites en Union Soviétique», *Jahrbuch für Ostrecht*, Vol. ii, 2ème semestre, p. 131 et suivantes.

⁵² Traduction allemande publiée dans «Recht in Ost und West», 1963, p. 243.

se débarrasser de gens indésirables, sans même essayer de les orienter sur un travail socialement utile. De plus en plus, les condamnations de personnes inaptes au travail, bien que munies d'une autorisation d'exercer un métier, sont fondées sur les dispositions des lois sur les parasites. Les « jugements » et décisions tendant à l'expulsion sont fréquemment pris à la légère; les moyens de défense des intéressés ne sont réellement réfutés que dans les cas les plus rares, les constatations constitutives de l'attitude anti-sociale des condamnés sont parfois totalement absentes. Les personnages officiels jouissent d'une mansuétude spéciale des tribunaux; la saisie injustifiée des pièces nécessaires pour obtenir un emploi est chose courante.

Du point de vue du principe de la légalité, d'autres organes de juridiction sociale, tels que les tribunaux de camarades, prêtent aux mêmes critiques que les organisations collectives de travailleurs qui se préoccupent de la lutte contre le mode de vie parasitaire. Toutefois, les sanctions applicables par les tribunaux de camarades sont bien moins sévères que celles prévues par les lois contre les parasites. Selon l'ordonnance du 3 juillet 1961 en vigueur dans la RSSFR, amendée en octobre 1963, sont applicables, entre autres, les sanctions suivantes: mise en garde ou blâme public, réprimande sans ou avec publication dans la presse, amende jusqu'à 10 roubles, demande adressée au chef d'entreprise d'assigner un travail moins bien rétribué ou de renvoyer le coupable. D'après l'ordonnance sus-mentionnée, la compétence des tribunaux de camarades de la RSSFR s'étend aux faits suivants « infraction à la discipline de travail, telle que le retard au travail sans raison valable, l'état d'ébriété, une conduite « indigne » en des lieux publics ou au travail, la négligence dans l'éducation des enfants, les injures et violences légères, l'utilisation consciente à des fins personnelles des moyens de transport, machines, outils ou matières premières d'une entreprise d'Etat, d'une ferme collective ou d'autres organismes publics, et toutes autres « activités anti-sociales qui ne comportent pas de sanction pénale ». En tant que l'avant-garde des forces progressistes de la société, c'est le parti qui définit les attitudes qu'il convient de qualifier d'anti-sociales, car: ⁵³

La légalité du développement de la morale communiste dans la société socialiste consiste dans le fait que les nouvelles formes et règles de la conduite de ses partisans se manifestent tout d'abord dans la partie progressiste de la société, avant de se répandre dans l'ensemble du peuple, et en devenir véritablement le bien commun.

Dans ces conditions, c'est une bien maigre consolation lorsque des juristes soviétiques déclarent: ⁵⁴

⁵³ « Pour un Développement créateur de l'éthique marxiste-léniniste », article de fond dans « *Woprosy filosofii* », Nr. 2/1963, en allemand dans *Ostprobleme*, 1963, p. 283.

⁵⁴ Cité par W. M. Sawizki dans « La Participation du public à la lutte contre les contempteurs du Droit, et à la garantie d'une légalité socialiste » traductions allemande dans *Ostprobleme* 1964, p. 118.

La garantie la plus efficace pour l'observation de la légalité socialiste dans l'action de formation sociale des profanes, c'est, certainement, le contrôle exercé par les organes du parti. Ceux-ci guident l'activité des tribunaux de camarades par l'intermédiaire des comités locaux des syndicats et les comités exécutifs des soviets régionaux (soviets des habitations et localités rurales) . . . Le rôle principal est joué par les syndicats. . . Ils doivent examiner les décisions des tribunaux de camarades quant à leur justesse, et modifier celles qui contreviennent aux faits en cause, à la loi ou à d'autres formes de la loi. Eu égard à la grande importance éducative des tribunaux des camarades, le présidium du comité central panrusse des syndicats s'est occupé de ce problème le 14 juillet 1961 et a invité les comités des soviets ainsi que des syndicats, à aider davantage que jusqu'à présent les tribunaux de camarades dans leur travail quotidien.

La règle que les normes juridiques ne peuvent, essentiellement, comporter une rétroactivité désavantageuse aux justiciables, se déduit du principe de la légalité (citons par exemple l'art. 154 de la Constitution yougoslave du 7 avril 1963). L'interdiction d'une législation rétroactive a, forcément, une importance particulière en droit pénal. Aussi bien, figure-t-elle dans l'énumération des droits fondamentaux inscrits dans nombre de constitutions, ainsi que dans l'art. 11 par. 2 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme:

Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.

Contrairement au passé, le principe de la non-rétroactivité des textes législatifs est aujourd'hui admis dans les pays communistes eux-mêmes. C'est ainsi qu'il figure dans les Bases de la législation pénale de l'URSS et des républiques de l'Union, et dans les codes pénaux de ces dernières. Néanmoins, au cours de ces dernières années, des normes pénales ont été quelquefois appliquées rétroactivement. Il en a été ainsi, par exemple, pour le décret du Soviet suprême de l'URSS du 1 juillet 1961 qui prévoyait la peine de mort pour spéculation sur les devises et les valeurs. La Cour suprême de la RSSFR a appliqué ce texte pour condamner les accusés Rokotov et Faibishenko à la peine capitale. En première instance, le tribunal urbain de Moscou les avait condamnés chacun à une peine de 15 ans de privation de liberté. Il est choquant que le décret du 1 juillet 1961 ait été appliqué à des inculpés qui avaient déjà été condamnés en première instance au maximum de la peine prévue par la loi qui était alors en vigueur. L'effet rétroactif de l'amendement du 1 juillet, appliqué dans le cas de Rokotov et autres, a été rendu possible, selon une indication du professeur Berman, par un décret spécial du Présidium du Soviet suprême⁵⁵. D'après G. Z. Anashkin, président

⁵⁵ H. J. Berman, «The Dilemma of Soviet Law Reform» *Harvard Law Review*, 1963, p. 949.

de la chambre criminelle de la Cour suprême de l'U.R.S.S., il semble toutefois que le présidium de cette haute juridiction ait estimé qu'il était compétent pour autoriser l'application rétroactive de lois pénales dans des cas particuliers. Il écrit notamment, dans un article sur «l'humanisme en droit pénal soviétique»:⁵⁶

Une loi qui détermine la peine à encourir dans un cas précis, ou élève cette peine, n'est pas rétroactive, en règle générale. Dans des cas concrets des tribunaux ont appliqué des lois rétroactivement, mais seulement après que le présidium de la Cour suprême de l'U.R.S.S. eût pris une décision dans un cas concret, autorisant le tribunal à appliquer rétroactivement la loi à un individu déterminé qui a commis un délit particulièrement important.

C. Le contrôle institutionnalisé du parti sur l'administration et la justice.

La juridiction exercée par le gouvernement et l'administration n'est pas seulement soumise à l'influence du parti en ce sens que les directives et les résolutions du parti sont obligatoires pour l'interprétation de la loi par le pouvoir exécutif. En outre, des institutions spéciales ont été créées pour permettre au parti d'exercer sa surveillance sur l'administration. En ce qui concerne l'appareil de l'Etat, dont les soviets et ses comités exécutifs sont les organes, le parti exerce un droit de direction, qui n'est pas contesté et qui se trouve inscrit dans ses statuts. Ce droit de direction peut s'exercer des deux manières suivantes:

1. Par voie d'ordre direct d'un organe du parti, d'un rang déterminé dans la hiérarchie, adressé au soviet ou à un comité exécutif d'un rang correspondant.
2. Par la présence des groupes dits «de parti» à l'intérieur des soviets ou de leurs comités exécutifs. D'après les statuts du parti, en effet, des groupes du parti sont constitués au sein de toutes les autorités élues, qui, toutes, doivent comprendre au moins trois membres du parti. Ces groupes sont tenus d'observer strictement les résolutions des organes compétents du parti dans toutes les matières traitées par les organismes dont ils sont membres. Ils ont la responsabilité de veiller à ce que toutes les décisions du parti soit mises en oeuvre par ces organismes. En pratique, un membre du groupe du parti fait connaître la position de ce dernier à l'égard de telle ou telle initiative de l'autorité, à la suite de quoi celle-ci adopte la décision voulue par le parti.

Le parti guide aussi le pouvoir exécutif de l'état par la réunion sur une même personne des charges du parti et de l'état. Ainsi, il est de règle que le président ou le secrétaire du comité exécutif du parti local soit simultanément président du comité exécutif du soviet municipal. Plus un soviet est élevé dans la hiérarchie des conseils, et plus grand est le nombre des membres du parti qui y figurent. A cet

⁵⁶ Dans sa traduction anglaise dans *Current Digest of the Soviet Press* du 6 novembre 1963, p. 10.

égard, le conseil des ministres de l'Union constitue l'organe d'état le plus proche du parti. Dans son ouvrage bien connu: «Les organes de l'administration de l'état soviétique dans la période actuelle», C. A. Yampolskaya, écrit: ⁵⁷

Le conseil des ministres exerce l'ensemble de ses activités sous la direction immédiate du comité central du P.C.U.S. (constitutionnellement, le Conseil des ministres est soumis au contrôle du présidium du Soviet suprême de l'U.R.S.S. — note de l'auteur).

Cette direction s'exerce d'autant plus facilement que le président du Conseil de l'U.R.S.S., ses adjoints et de nombreux ministres sont membres du Comité Central. Les mesures les plus importantes adoptées par le Conseil des ministres sont, tout d'abord, étudiées par les organes les plus élevés du parti.

Bien que, suivant l'art. 112 de la constitution soviétique, les juges soient «indépendants et soumis uniquement à la loi», les tribunaux sont également soumis au parti. «Notre juridiction socialiste est une partie intégrante de l'ensemble de l'autorité dirigeante de l'état» peut on lire dans un article d'un membre du conseil d'Etat de la R.D.A. (prof. Polsk) ⁵⁸. En ce qui concerne la situation en U.R.S.S., Polyansky écrit: ⁵⁹

Dans notre état soviétique, les tribunaux représentent une partie de l'appareil directeur politique, et il convient de prendre des mesures appropriées pour que les tribunaux soient réellement les outils de la politique du parti communiste et du gouvernement soviétique. Le sens de la politique juridique consiste à mettre pratiquement en oeuvre la politique du parti et de l'état dans la forme juridique appropriée et dans l'application des mesures à la disposition des autorités judiciaires... Les résolutions du parti son obligatoires pour toutes les autorités de l'état, et donc, également, pour la justice.

Les tribunaux tiennent compte des résolutions du parti en ce qui concerne l'interprétation et l'application des lois. Ils ne sont indépendants que dans la mesure où ils le font. Cela ressort nettement de l'observation suivante de Krylenko, ancien procureur général de l'U.R.S.S.: ⁶⁰

Nous ne voulons pas qu'on pense que nous préconisons l'indépendance des juges sous sa forme ancienne. Nous voulons leur indépendance totale vis à vis de la politique de l'état et de ceux qui la formulent, mais nous désirons également les mettre en une situation telle, s'ils suivent cette politique et aucune autre, qu'ils soient persuadés qu'il leur sera permis de l'appliquer dans le cadre de la loi et indépendamment des facteurs extra-judiciaires.

⁵⁷ Cité dans Meissner, *ouvrage précité* p. II.

⁵⁸ *Neue Justiz*, 1963, p. 225.

⁵⁹ Cité dans Meissner, *ouvrage précité*, p. 24.

⁶⁰ N. W. Krylenko, Organisation judiciaire de l'URSS, cité d'après Strogowsch, Cours consacré à la procédure criminelle Soviétique (Moscou 1960) p. 76.

Contrairement à la pratique en vigueur du temps de Staline, le parti ne prétend plus donner des directives aux tribunaux dans des cas concrets. On a relevé dans ces dernières années des résolutions du parti qui condamnaient l'intervention des fonctionnaires du parti dans des procédures judiciaires en cours, ainsi que des articles dans des quotidiens et périodiques qui critiquaient une telle immixtion⁶¹. Il semble cependant qu'on ait de la peine à déshabituer les comités et les fonctionnaires du parti d'immixtion de cette nature, comme cela ressort d'un article du juriste soviétique Pavlov⁶² qui écrit:

«Il convient d'ajouter que certains comités du parti continuent leurs agissements erronés. Ils s'arrogent le droit d'intervenir directement dans des procédures judiciaires déterminées, et de dicter aux tribunaux leurs conceptions au sujet de la culpabilité et de la nature de la pénalité». Pavlov rapporte ensuite une résolution adoptée par le Comité central du P.S.U.S., lorsqu'un comité local du parti intervint dans une procédure judiciaire en instance. A ce moment, le comité central a condamné l'immixtion des groupes locaux et régionaux du parti dans l'action des tribunaux, du ministère public et de la milice, en soulignant que le rôle dirigeant des organes locaux du parti devait avoir un autre sens. Il consiste à éduquer les membres du corps judiciaire afin qu'ils sachent remplir leurs obligations dans un esprit foncièrement communiste. (Cependant il convient d'observer que l'interdiction de l'immixtion, consignée dans la résolution sus-mentionnée du comité central, ne vise expressément que les organes du parti à l'échelle locale et régionale).

De même, les directives fréquemment citées de la Cour suprême de l'URSS du 18 mars 1963 contiennent un passage critiquant l'intervention du parti dans les affaires en instance (en tout cas, c'est le sens que les juristes soviétiques lui donnent). En voici la teneur:

La constitution stipule que la justice en URSS n'est exercée que par les tribunaux, et que personne ne peut être déclaré coupable d'un délit et condamné autrement qu'en vertu d'une décision judiciaire; cette obligation d'ordre constitutionnel attribue aux tribunaux la responsabilité pleine et entière de la décision ultime dans toute affaire criminelle. Il incombe aux tribunaux d'assurer une instruction pleine, entière et objective dans toute affaire criminelle, et de rendre un jugement légal, fondé et équitable, conforme à la science juridique et dans des conditions *excluant toute influence extérieure sur le juge*.

Si une surveillance institutionnalisée des tribunaux ordinaires en matière de procédures concrètes n'existe pas, elle existe, par contre, par rapport à certains organes de la juridiction sociale, par exemple

⁶¹ Kulikow, ouvrage précité, p. 1721.

⁶² I. Pavlov «Le rôle directeur du parti communiste dans le renforcement de la légalité populaire, *La Législation socialiste* (Moscou: 1963) Nr. 7 p. 3 et suivantes.

à l'égard des tribunaux de camarades. Leurs jugements sont assujettis à l'examen du comité syndical local ou à celui des comités exécutifs du soviet local. Toutefois, l'action du comité syndical aussi bien que celle des comités exécutifs des soviets est guidée par le parti de la manière déjà décrite (directives du parti, groupes du parti).

D. Contrôle des tribunaux et de la juridiction.

Jusqu'à la renaissance de l'idée de la légalité apportée par la réforme du droit en URSS, les administrations de la justice (ministère de la justice de l'URSS; ministères de la justice des républiques de l'Union et des républiques soviétiques autonomes; départements administratifs des ministères de la justice auprès des comités exécutifs des régions et territoires) pouvaient guider la juridiction en émettant des directives, c'est-à-dire en donnant aux tribunaux: «des indications ou lignes de conduite particulières ou générales quant au contenu de leurs décisions sur le fond». Sous certaines réserves, le fait est admis par les milieux soviétiques officiels. Ainsi, Poljanski écrit dans la feuille d'avis de l'Université de Moscou (1950 N 11):

Un juriste bourgeois ne serait pas peu étonné sans doute de lire les directives adressées aux tribunaux et ministères publics par les instances suprêmes de la justice. Selon la conception des juristes bourgeois, il suffit que le juge connaisse les lois et sache les interpréter d'une manière purement formelle, compte tenu de la jurisprudence des instances supérieures et des ordonnances d'application. Par contre, parmi les directives que reçoivent les tribunaux soviétiques, nombre d'entre elles portent largement sur des problèmes politiques et économiques.

Cette influence institutionnalisée des administrations de la justice sur la jurisprudence, a disparu à la suite de la réforme du droit, mise en train lors du 20ème congrès du parti (1956).

La compétence attribuée à la Cour suprême de l'URSS et aux cours suprêmes des républiques de l'Union de fixer des directives (commentaires établis en séance plénière) sur l'interprétation et l'application des lois, ayant force obligatoire pour toutes les instances inférieures, ne donne lieu à aucune réserve de droit théorique. Elle s'apparente à l'obligation préjudicielle existant dans de nombreux systèmes juridiques. Il en est autrement avec l'obligation qu'ont les tribunaux de toutes instances de faire rapport de leur activité au corps électoral (cf par ex. les art. 33 et 34 des «principes de législation et d'organisation judiciaire» de 1958). Les tribunaux de première instance – les tribunaux populaires – sont élus par le peuple et doivent, par conséquent, rendre des comptes à leurs électeurs. Tous les autres tribunaux sont élus par les soviets de rang correspondant (soviets suprêmes de l'URSS et des républiques de l'Union,

⁶³ Maurach, *ouvrage précité*, p. 309.

soviets ruraux, régionaux, de district) et sont responsables devant eux. Les corps électoraux ont le droit de révoquer les juges qu'ils ont élus avant la date d'expiration de leurs fonctions. Ont compétence pour entamer la procédure de révocation, les instances qui ont proposé antérieurement la candidature du juge incriminé à l'assemblée électorale. Soit, en principe, l'organisation du parti correspondant au rang du juge ⁶⁴.

Des dispositions détaillées concernant la responsabilité des tribunaux vis à vis des représentations populaires locales figurent dans la loi de la R.D.A. du 18 janvier 1957 sur les organes locaux du pouvoir exécutif. Sont organes locaux du pouvoir exécutif les représentations populaires locales, soit le conseil de district, le conseil de cercle, l'assemblée des délégués municipaux et la représentation des communes (ces représentations sont créées à l'image des députés des travailleurs de l'URSS, et sont dirigées par le parti communiste SED - parti socialiste unifié d'Allemagne). Le § 8 de cette loi stipule:

Les organes de la justice et du ministère public agissant dans le ressort des représentations populaires locales... sont tenus de collaborer étroitement avec celles-ci, et de les reconnaître et soutenir en tant qu'organes suprêmes du pouvoir exécutif dans cette sphère. Les représentations populaires locales ont le droit d'obtenir des renseignements des dirigeants des organes mentionnés à l'alinéa 1, des entreprises et installations, sur les questions qui ressortissent à leur compétence.

Conformément aux dispositions en vigueur, les représentations populaires locales ont le droit d'émettre des critiques sur le travail d'un tribunal, si, du fait de son «action défectueuse», la construction du socialisme et le développement de la vie démocratique se trouvent freinés. Ainsi le conseil de cercle peut exercer sa critique à l'encontre du tribunal de cercle, le conseil de district, à celui de district. Le tribunal est «tenu de prendre position à l'égard de cette critique dans l'espace de 4 semaines». En pratique, il doit donc se justifier aux yeux de la représentation populaire ⁶⁵.

Le droit de contrôle des représentations populaires est également mis en lumière dans la littérature juridique la plus récente de la R.D.A. Ainsi, on peut lire dans une étude de Michel Benjamin et Hans Fritzsche intitulée: «Administration de la justice et éducation socialiste»: ⁶⁶

⁶⁴ *Ibid.*, p. 311

⁶⁵ W. Rosenthal, «Die richterliche Gewalt in der sowjetisch-besetzten Zone Deutschlands», *Journal des Internationalen Juristen-Kommission*, Vol. IV, Nr 1 p. 150 et suivantes.

⁶⁶ Michael Benjamin und Hans Fritzsche, «Rechtspflege und sozialistische Erziehung», *Staat und Recht*, 1963, p. 239.

Les conseils de cercle et de district ont le droit et le devoir d'adopter une attitude critique à l'égard de l'action des tribunaux sur leur territoire, et de formuler des recommandations déterminées en vue d'une amélioration de la jurisprudence des tribunaux eu égard aux décisions du Conseil d'Etat visant au développement ultérieur de l'administration de la justice dans la R.D.A.

Les tribunaux de district et de cercle de la R.D.A. sont également soumis au contrôle de la Cour suprême de la R.D.A. qui, tout comme les instances suprêmes d'autres états communistes, guide la jurisprudence des instances inférieures en formulant des directives sur l'interprétation et l'application des lois. Dans les cas concrets, elle peut annuler par voie de cassation les jugements des instances inférieures. *La cassation* est un moyen de droit extraordinaire grâce auquel tout jugement ou pénal ou civil, ou toute autre décision judiciaire susceptible d'avoir une valeur légale, peut, dans le délai d'un an après son entrée en vigueur, être attaqué par le procureur général ou le président de la Cour suprême si la décision repose sur «une violation de la loi» ou «contrevient, de toute évidence, à l'équité».

En R.D.A., le contrôle exercé par l'organe le plus puissant de l'Etat et le plus proche du parti, le Conseil d'Etat présidé par Ulbricht ⁶⁷, sur la Cour suprême, a été établi d'une manière extrêmement significative, et sa juridiction a été institutionalisée. Cela se produisit à la suite de la réforme de la justice de 1963, et du décret du Conseil d'Etat de la R.D.A. sur les obligations essentielles et les modalités de travail des organes de la justice, du 4 avril 1963. La Cour suprême est responsable devant la Chambre du peuple (parlement) et, entre ses sessions (rares), devant le Conseil d'Etat. Elle est tenue, eu égard à la nouvelle législation «de faire rapport au Conseil d'Etat sur les résultats de la juridiction des tribunaux. Cette obligation vise le développement d'ensemble de la juridiction et son efficacité sociale, les questions de principe surgies au cours de l'action judiciaire, et les requêtes des citoyens adressées à la Cour suprême. Ces requêtes visent, en général, à la cassation de décisions d'instances inférieures» (Exposé du Docteur Heinrich Toeplitz, président de la Cour suprême, devant la Chambre du peuple).

Aux sessions du plénium de la Cour suprême participent, d'une manière permanente, deux membres du Conseil d'Etat, le procureur général, le ministre de la justice et un représentant du comité central

⁶⁷ S'inspirant du modèle soviétique, le président de la République a été remplacé dans cet office par le Conseil d'Etat de la République Démocratique allemande. Simultanément, les compétences de la présidence de celui-ci ont été étendues d'une manière extraordinaire. Aux fonctions classiques de chef d'état est venu s'ajouter la compétence de donner aux lois une interprétation obligatoire, le Droit d'émettre des Décrets ayant force de loi, ainsi que les décisions fondamentales concernant «les questions de la défense et de la sécurité du pays», etc. . .

de l'Union des syndicats. En cas de besoin, les deux membres du Conseil d'Etat prennent également part aux séances du présidium de la Cour Suprême. Il leur incombe d'examiner et de contrôler l'application par la Cour suprême et le procureur général des lois et décisions de la Chambre du peuple, ainsi que des décrets et décisions du Conseil d'Etat, portant sur l'administration de la justice (proposition Gotsche, votée par la Chambre du peuple).

De son côté, le conseil d'Etat agit par «indications et recommandations» sur l'action de la Cour suprême. C'est ainsi que des problèmes importants concernant l'activité gouvernementale sont communiqués par les organes les plus élevés de l'Etat à la Cour suprême, et se reflètent ainsi dans des décisions judiciaires... Le Conseil d'Etat peut également inviter la Cour suprême à formuler des directives et des décisions. Des différences de fond sur des problèmes de la juridiction peuvent également surgir si le procureur général utilise le droit à lui conféré par le § 25 de la loi sur le ministère public, en faisant connaître au Conseil d'Etat ses réserves à l'encontre des décisions de la juridiction (docteur Heinrich Toepfitz, devant la Chambre du peuple).

Le sens de la réforme judiciaire précitée a été pertinemment caractérisé comme suit:⁶⁸

Etant donné que ni la Chambre du peuple ni le Conseil d'Etat ne constituent des assemblées capables d'agir en toute indépendance, sans l'approbation de la direction supérieure du parti, le sens de la réorganisation devient clair. Davantage encore que par le passé, la justice va être concentrée entre les mains du chef du parti, Ulbricht, qui, en tant que Président, dirige le Conseil d'Etat. La dictature du parti sur la justice, pratiquée depuis longtemps, est légalisée par les nouvelles réformes de la R.D.A. en matière de justice.

III. LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ SOCIALISTE VIS-À-VIS DU PEUPLE

Sous le titre 1 ci-dessus, nous avons exposé que, dans les états constitutionnels du type occidental, les organes de l'Etat et eux seuls sont les détenteurs du principe de la légalité. Dans leur action législative, les parlements sont soumis à la constitution; les autorités exécutives et judiciaires doivent formuler leurs ordonnances et décisions en se fondant sur la loi, et en conformité avec elle. Le sens et le but du principe de légalité consistent en ceci, qu'ils fournissent aux particuliers et à leurs organisations ou entreprises une protection contre les abus et excès de pouvoir par les autorités de l'Etat. Beaucoup plus complet est l'application à la personne en tant que telle du principe de la légalité socialiste. Il s'applique à tout un chacun, aussi bien à toutes les organisations et institutions non étatiques qu'à chaque particulier. Il oblige le peuple dans son ensemble non seule-

⁶⁸ *Neue Zürcher Zeitung*, du 8 avril 1963.

ment à l'observation rigoureuse des lois, mais encore à une collaboration active à la réalisation du droit socialiste, auquel il incombe: «de donner aux citoyens la connaissance concrète et objective du processus légal (c'est-à-dire celui du développement social), afin qu'ils puissent organiser toutes leurs activités individuelles importantes en fonction d'une activité directement sociale»⁶⁹.

Il en résulte que le principe de la légalité socialiste constitue un instrument important de l'oeuvre d'éducation culturelle de l'état socialiste, un outil très utile pour assurer cette entreprise gigantesque d'éducation qui vise à la refonte de l'homme en vue d'un comportement répondant aux exigences d'une société communiste, ignorant l'existence de l'état et de classes sociales. La légalité socialiste demande que chacun soit imprégné de la connaissance des lois de l'état socialiste et des règles de la vie sociale socialiste, ainsi que de la volonté de s'y conformer.

Pour atteindre ce but, la première place revient à la juridiction. Des dispositions expresses de diverses lois de pays communistes font ressortir *la tâche éducative des tribunaux ordinaires*.

C'est ainsi qu'on peut lire à l'article 3 des «Principes de la législation soviétique sur l'organisation judiciaire» du 25 décembre 1958:

Par leur activité d'ensemble, les tribunaux éduquent les citoyens de l'U.R.S.S. dans un esprit de dévouement à la patrie et à la cause du communisme, dans l'esprit d'une observation stricte des lois soviétiques, dans un esprit de sauvegarde de la propriété socialiste, de l'observation de la discipline du travail, de l'accomplissement honnête des devoirs publics et sociaux, du respect des droits, de l'honneur et de la dignité des citoyens, ainsi que des règles de la vie communautaire socialiste.

Les tribunaux doivent favoriser sciemment «le processus du développement de nos citoyens en individualités socialistes, dont la pensée conduit du «moi» au «nous», et cela en faisant appel à tous les moyens de la société et de l'état»⁷⁰.

L'effet éducatif de la juridiction est particulièrement favorisé par la manière dont s'effectue la *publicité* des débats au fond. En vue de «développer la conscience de l'état et du droit des travailleurs et de renforcer l'effet éducatif des débats au fond», il appartient aux tribunaux de la R.D.A.:

lors des procédures, principalement pénales, d'avertir à temps les directions syndicales intéressées, celles de la «Libre Jeunesse allemande», les directions d'entreprises, les comités du Front national et autres organes, établissements et collectivités que le cas intéresse, que des débats vont avoir lieu, et de leur fournir des données concrètes sur l'importance que leur participations à la procédure présente pour son utilisation dans leur

⁶⁹ G. Hanay, ouvrage précité, p. 137.

⁷⁰ Michael Benjamin et Hans Fritzsche, ouvrage précité, p. 233.

travail; d'instituer des débats appropriés au sein même des entreprises coopératives et autres établissements socialistes à un moment de la journée qui permet aux travailleurs d'y prendre part.⁷¹

Parfois, la participation organisée des organismes sociaux est stipulée par acte législatif pour des catégories de délits déterminés. C'est ainsi que par un ukaze du Présidium du Soviet suprême de la RSSFR du 26 juillet 1962, il est ordonné d'inviter les représentants des organisations sociales à tous les débats sur la confiscation sans compensation de maisons, datchas et autres constructions élevées ou acquises par des moyens non gagnés par le travail, ou sur l'emploi illégal des fonds des entreprises d'état ou des kolkhozes⁷². Le décret vise à empêcher des actes anti-sociaux de cette nature.

En *procédure pénale* et sur décision du tribunal compétent, des représentants des syndicats, d'autres organisations sociales, des collectivités de travailleurs, peuvent intervenir en qualité «*d'accusateurs sociaux*» (à côté du ministère public) ou comme «*défenseurs sociaux*» (à côté du défenseur professionnel). A cette fin, ils doivent «recevoir cette mission de leur organisation ou de leur collectivité». Cette mission est décrite comme suit:⁷³

Le devoir essentiel des accusateurs et défenseurs sociaux est d'exposer l'avis de leur collectivité sur l'action délictuelle et sur le délinquant, d'aider le tribunal à rechercher la vérité et à formuler un jugement équitable, de mobiliser les forces sociales pour éviter d'autres délits, et de collaborer à la rééducation des contempteurs de la loi.

Non seulement en matière criminelle, mais également *au civil*, il convient de mettre en oeuvre la coopération de la société grâce à la participation de représentants d'organisations sociales à la procédure. Il leur incombe de «signifier l'opinion des organisations et collectivités dont ils tiennent mandat au sujet de l'affaire en instance auprès du tribunal»⁷⁴. Dans une «Analyse judiciaire» du ministère de la justice et de la Cour suprême de la RSSFR, au sujet d'une coopération judiciaire des représentants sociaux dans des procès civils⁷⁵, on peut relever ce qui suit:

⁷¹ Décret du Conseil d'Etat de la R.D.A. concernant les tâches essentielles et les modalités de travail des organes judiciaires, du 4 Avril 1963, première partie IV B, alinéa 1 et 2.

⁷² Traduction anglaise dans «*Current Digest of the Soviet Press*» du 7 novembre 1962, p. 23.

⁷³ Décret du Conseil d'Etat de la R.D.A. du 4 Avril 1963, première partie NC, alinéa 2.

⁷⁴ Article 36 des principes de la procédure civile, adoptés par le Soviet suprême de l'URSS.

⁷⁵ Fritz Niethammer, «*Lehren der sowjetischen Wissenschaft zur Entwicklung der Sozialistischen Demokratie im Zivilprozess durch Einbeziehung von Vertretern gesellschaftlicher Organisationen in das Verfahren*», *Staat und Recht*, 1962, p. 1407.

Cette mesure ne se justifie que si ces représentants soumettent au tribunal une opinion collectivement formée du groupe qui les a délégués. A cette fin, et avant l'audience, l'affaire doit être évoquée au fond devant la collectivité intéressée, soit sur la suggestion du tribunal, soit sur l'initiative des travailleurs de la dite collectivité, qu'il s'agisse d'une collectivité d'habitation ou de travail, ou d'un autre organisme. Il s'agit d'aboutir à un avis uniforme, ou au moins, fortement majoritaire. Des notes devraient être prises ou des procès-verbaux établis, indiquant l'opinion à laquelle la collectivité est parvenue et le processus de sa formation. Ces notes et procès-verbaux doivent être communiqués au tribunal par le représentant de la collectivité à l'audience. Celui-ci est élu par la collectivité et muni d'instructions appropriées. Une préparation collective aussi poussée ne garantit pas seulement que le tribunal connaîtra «l'opinion publique», mais fournit aussi, fréquemment, une bonne base pour un règlement tenant équitablement compte des intérêts de la société socialiste et de ceux des particuliers.

La critique dite «judiciaire» est une forme originale de l'action éducative demandée aux tribunaux. Si, au cours d'une procédure judiciaire, on constate qu'une infraction à la loi a eu des «causes et conditions favorables» dans un service administratif, une entreprise de l'état ou une exploitation collective, le tribunal est tenu de les en informer. Il incombe alors à ces derniers de remédier à la situation. Le président de la Cour suprême de la R.D.A. le Docteur Heinrich Toeplitz donne l'exemple suivant:⁷⁶

Lorsque, par exemple, dans un bloc d'habitation nouveau surgit un litige de droit entre un locataire et l'administration communale des immeubles locatifs au sujet des appareils de chauffage, il appartient au tribunal de trancher ce cas concret; par ailleurs cependant, il doit examiner la question de savoir si la qualité déficiente du système de chauffage – si elle se confirme au cours du procès – se manifeste dans l'ensemble du bloc. Dans ce cas, le tribunal doit s'efforcer d'apporter une solution au problème général, et de donner aux organes responsables de l'Etat des indications – éventuellement par voie de la critique judiciaire.

La mobilisation du peuple en vue d'une meilleure observation des lois et d'un renforcement de la conscience socialiste de l'état et du droit tels qu'ils découlent du principe de la légalité socialiste, porte également, et surtout, sur l'administration sociale de la justice, c'est-à-dire sur la juridiction, déjà évoquée, des tribunaux de camarades, des tribunaux anti-parasites, des commissions de conflits et d'arbitrage, etc. On les considère comme particulièrement aptes à créer l'atmosphère d'hostilité à l'égard d'attitudes anti-sociales⁷⁷. A cet égard, ce que dit Madame A. I. Stavtseva, chef du secteur «droit du travail» à l'Université Lomonosov, est particulièrement digne d'attention:⁷⁸

⁷⁶ *Neue Justiz*, 1963, p. 321.

⁷⁷ Siegfried Petzold, «Bericht über die Rolle und die Aufgaben der sowjetischen Kameradschaftsgerichte bei der Erziehung der Werktätigen», *Staat und Recht*, 1962, p. 2241.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 2237.

La force des tribunaux de camarades consiste dans le fait qu'ils possèdent la confiance des collectivités et ont l'appui de l'opinion publique. La considération et la position dont ils jouissent ne sauraient être mieux exprimées que par une déclaration des ouvriers de l'usine textile «Marat» de Moscou: «Le tribunal de camarades est notre conscience». Il est des délinquants de cette usine qui préfèrent le renvoi à la comparution devant ce tribunal.

IV. L'OBSERVATION DE LA HIÉRARCHIE DES SOURCES DU DROIT (LÉGALITÉ FORMELLE)

Dans une mesure aussi large que pour la direction de l'action administrative, les partis des Etats communistes déterminent aussi la législation. L'action législative, dans un état socialiste, consiste dans la mise en oeuvre rigoureuse des décisions et de la ligne du parti, par des méthodes spécifiquement juridique⁷⁹. L'action législative en U.R.S.S. se développe, en principe, de telle sorte que les lois, ukazes ou ordonnances, sont élaborés par l'administration du parti subordonnée au comité central et, ensuite, approuvés par l'un des organes de l'état disposant du pouvoir législatif: Soviet suprême, présidium du soviet suprême, Conseil des ministres. Il est cependant déjà advenu que le parti légifère directement, en ce sens que le comité central du parti et le conseil des ministres publient des ordonnances législatives en commun. Cette situation créée par la primauté du parti dans un état communiste, rend compréhensible un phénomène surprenant pour un esprit habitué à juger du point de vue constitutionnel, à savoir l'anarchie des sources du droit existant jusqu'à ces tout derniers temps. En effet, la légalité socialiste ne comportait pas le principe de la légalité formelle, c'est à-dire, l'observation de l'échelle des normes juridiques.

Par exemple, le présidium du Soviet suprême a modifié des textes constitutionnels par des ukazes pris en vertu de l'article 49, alinéa 2 de la constitution, bien que l'article 146 prescrive une procédure spéciale pour amender la constitution (décisions identiques des deux chambres, prises à la majorité des deux tiers). C'est ainsi que la journée de travail de 7 heures a été remplacée par une journée de 8 heures par un ukaze du présidium en date du 26 juin 1940. Cet ukaze entra immédiatement en vigueur, et bien qu'approuvé le 28 août 1940 par le Soviet suprême, cela ne se fit pas selon les termes de la procédure prévue pour la modification de la constitution. Ce n'est que 7 ans après que le texte original de la constitution a été harmonisé avec la situation juridique créée par l'ukaze du présidium. De même, l'ukase du présidium du 10 octobre 1945, éleva la limite d'âge prévue par l'article 135 de la Constitution pour l'éligibilité, de 18 à 23 ans pour les députés au conseil

⁷⁹ Siegfried Petzold, *Grundzüge der sozialistischen Gesetzgebung in der D.D.R.* (Berlin-Est: 1962) p. 71.

suprême de l'Union et à 21 ans pour les députés aux soviets suprêmes des républiques de l'Union et des républiques autonomes.

Bien que l'article 32 de la Constitution stipule que le pouvoir législatif est *exclusivement* du domaine du Soviet suprême, on reconnut aux ukases du présidium la faculté non seulement de déroger au contenu des textes législatifs mais encore de modifier le libellé des lois ordinaires adoptées par le plénium du Soviet suprême. La signification de l'article 32 fut limitée au fait que les normes juridiques promulguées par des instances autres que le Soviet suprême, qu'elles fussent d'état ou du parti, ne devaient pas être désignées sous le vocable solennel de «Loi» (Zakon). De même, l'article 32 n'a pas empêché ces organes d'exercer un pouvoir législatif. Aussi bien, il fut admis que le fond des dispositions constitutionnelles et légales pouvait faire l'objet de dérogations apportées par des ordonnances juridiques communes du comité central du parti et du conseil des ministres.

Le professeur *Walter Meder* a expliqué comme suit ces particularités de la législation communiste:⁸⁰

Le trait caractéristique de ce mode de législation de l'état totalitaire à parti unique, c'est le principe que la législation s'inspire des lignes directrices d'une volonté politique unique, qu'il s'agisse de la législation proprement dite ou des ordonnances, et non, comme c'est le cas dans les pays de démocratie libérale, de la confrontation d'opinions diverses. Dans un état totalitaire à parti unique, il s'agit d'une question de forme peu importante en soi, si cette volonté politique unique se manifeste en amendements législatifs, en lois ordinaires ou en ordonnances.

Avec la renaissance du principe de la légalité, celui de la légalité formelle gagna en importance. Des représentants de la science juridique soviétique lui ont donné leur adhésion. C'est ainsi que N. G. Alexandrov s'exprime comme suit en 1961:⁸¹

L'un des principes fondamentaux de la légalité socialiste, c'est la pré-séance de la loi par rapport à d'autres mesures du mécanisme de l'état . . . Les lois soviétiques comportent toutes les normes essentielles de l'ordre juridique soviétique. Tous les autres actes des organes de l'état doivent être conformes aux lois; ils ne peuvent être promulgués que s'ils sont fondés sur des lois, et en vue de leur application.

La primauté de la constitution est soulignée par A. J. Denisow et M. G. Kiritschenko dans les termes suivants:⁸²

La théorie de l'état et du droit soviétiques ainsi que la pratique législative soviétique insistent fort justement sur la différence entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires . . . Les normes de l'échelle constitutionnelle fournissent la base de l'action législative courante des organes compétents de l'état.

⁸⁰ *Osteuropa-Recht*, 1956, p. 175.

⁸¹ N. G. Alexandrov, *Droit et légalité dans la période de la construction globale du Communisme* (Moscou 1961) p. 110.

⁸² A. I. Denisow et M. J. Kiritschenko, *le droit public soviétique* (Moscou 1957) p. 4.

Dernièrement, le Soviet suprême de l'URSS et les soviets suprêmes des républiques de l'Union ont pris une part importante dans le domaine législatif. Dans une forte mesure, ils ont assumé dans les formes les fonctions que leur assigne la Constitution. Les grandes lois réformant la justice, celles sur l'organisation judiciaire, la procédure criminelle et civile, le droit pénal etc. ont été promulguées par ces instances. Par contre, la mise en place d'un contrôle commun et d'un type nouveau de l'état et du parti sur l'ensemble du système économique, et qui aurait dû prendre la voie constitutionnelle, a été instauré en novembre 1962 par une ordonnance commune du comité central du parti communiste, du présidium du Soviet suprême et du conseil des ministres de l'URSS⁸³. Malgré cela, il semble que la hiérarchie des lois et règlements jouira désormais dans l'URSS d'un respect accru.

V. PUBLICATION DES LOIS. CODIFICATION

Pendant longtemps, le principe absolu observé dans les états constitutionnels occidentaux, selon lequel la publication des normes juridiques universellement obligatoires est la condition même de leur validité, a été peu respecté en Union soviétique. Entre 1937 et 1958, le Soviet suprême de l'URSS a adopté plus de 7000 lois, dont quelques centaines seulement ont été publiées. Pendant le même laps de temps le conseil des ministres de l'Union a émis quelques 390.000 ordonnances et règlements, dont, là aussi, quelques centaines seulement ont fait l'objet d'une publication. Quant aux autres, ils ont été simplement portés à la connaissance des fonctionnaires chargés de leur application⁸⁴. L'insécurité et l'arbitraire créés par cette pratique ont été critiqués en 1956 par une personnalité aussi marquante que le procureur général de l'époque, R. A. Rudenko, en des termes cinglants:⁸⁵

Dans nombre de cas, ces questions et d'autres sont réglées par une série de décrets qui n'ont aucune existence légale, et sont ignorés parfois non seulement des juristes, mais encore des fonctionnaires chargés de leur application. Cela mène à des décisions erronées en droit et à léser les droits des particuliers, et crée dans la pratique des contradictions et des conflits. On ne saurait parler sérieusement de propagande en faveur de la législation soviétique, alors qu'elle n'est communiquée et accessible qu'à un nombre restreint de fonctionnaires.

Pour mettre fin à cette malencontreuse situation, une loi fut promulguée en 1958, selon laquelle toutes les lois adoptées par le Soviet suprême de l'URSS devaient être publiées. Doivent également

⁸³ *Recueil des lois du Soviet suprême*, 1962, Nr. 48/503.

⁸⁴ Berman, *ouvrage précité*, p. 8.

⁸⁵ Rudenko, *ouvrage précité*.

être publiés les décrets du présidium du Soviet suprême et les ordonnances du Conseil des ministres de l'Union, s'ils contiennent des textes légaux «de caractère normatif et de portée générale»⁸⁶.

Le procureur général Rudenko dans son article déjà cité de 1956 a également critiqué le manque de systématisation et de clarté de l'ordre juridique soviétique:⁸⁷

Pour faire mieux pénétrer dans toutes les sphères de la vie de l'état soviétique les directives du parti visant au renforcement du droit soviétique et de son observation, nous avons besoin d'une législation clairement conçue, mise à la portée de tous et facilement praticable. V. I. Lenine a porté une grande attention au problème de la codification du droit. Dès 1922 il insistait sur la nécessité d'un code soviétique. Cependant, une telle codification n'existe pas, à ce jour, dans l'état soviétique.

A une époque récente, I. Pavlov a souligné le rapport entre le problème de la codification et le principe de la légalité:

Il n'y a pas de légalité sans lois. L'absence de lois dans tel ou tel domaine de la vie publique laisse la voie libre à l'arbitraire. En fait, le culte de la personnalité de Staline s'est manifesté essentiellement dans ce que, sous sa domination, de nombreux domaines de la vie publique n'avaient point été réglés en droit. Bien que la constitution de 1936 ait prévu l'élaboration de lois très importantes sur le droit pénal, la procédure ou le droit social du travail, elles ne furent point promulguées.

Pour surmonter ces inconvénients, des efforts de codification ont été entrepris en URSS sur une grande échelle et, déjà, les matières les plus importantes sont consignées dans des lois clairement énoncées. On peut citer les lois du Soviet suprême de l'URSS sur les principes de l'organisation judiciaire en URSS et dans les républiques de l'Union, les principes de la législation pénale, les principes de la procédure criminelle (tous ces textes sont de décembre 1958), les principes de la législation civile, les principes de la procédure civile (ces textes sont de décembre 1961). Ces lois ont servi de modèle aux codifications correspondantes dans les républiques de l'Union (codes pénaux, règlements de procédure criminelle, de procédure civile, etc.).

VI. LES GARANTIES DE LA LÉGALITÉ

Le sens du principe de la légalité, tel qu'on l'entend dans un état constitutionnel, repose dans la soumission des organes de l'état à la loi et dans la sauvegarde ainsi donnée aux citoyens contre les infractions à la loi, abus et excès du pouvoir d'appréciation des juges. Par conséquent, les garanties de la légalité sont données par

⁸⁶ Traduction anglaise dans *Current Digest of the Soviet Press* du 20 août 1958, p. 13 et suivantes.

⁸⁷ Rudenko, ouvrage précité p. 8.

⁸⁸ I. Pavlov, ouvrage précité p. 3 et suivantes.

l'existence d'institutions juridiques qui sanctionnent le lien entre les organes de l'état et la loi. Ces institutions sont: la juridiction constitutionnelle, la juridiction administrative, le contrôle judiciaire des actes de l'administration, l'observation du droit administratif par les administrations. Le citoyen lésé dans ses droits ou ses intérêts légitimes dispose de moyens de droit, tels que plainte constitutionnelle, appel à la juridiction administrative etc., pour se défendre et mettre en mouvement le mécanisme de contrôle de l'état.

C'est à peine si des moyens de cette nature sont prévus dans l'organisation judiciaire des états communistes. Dans l'Union soviétique il existe un rudiment de contrôle judiciaire des actes de l'administration. Contre le refus d'un soviet local d'inscrire un citoyen sur la liste électorale, il est loisible de porter plainte auprès du tribunal compétent *ratione loci*. Il en est de même, en cas d'une inscription fautive ou omise sur les registres de l'état-civil. Pratiquement, la compétence des tribunaux est importante pour contrôler les ordonnances administratives dans le domaine des impôts, des contributions obligatoires et des amendes. Le recouvrement des impôts, des contributions obligatoires et des amendes, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision judiciaire prise après vérification de la légalité de l'évaluation⁸⁹. Le droit de réclamation en ces matières est aujourd'hui codifié dans l'art. 4 de la loi de l'Union sur les principes de la procédure civile.

La littérature juridique de l'Union soviétique a fréquemment attiré l'attention sur l'insuffisance de la protection judiciaire contre des actes abusifs de l'administration. Dans un article publié en 1956, Strogovitsch s'exprime ainsi: ⁹⁰

La législation soviétique a créé un système exhaustif de garanties juridiques de la légalité dans toutes les branches du droit socialiste, et c'est un devoir essentiel de faire jouer ces garanties en pratique. Cependant il ne faudrait pas méconnaître l'importance qu'il y a à compléter et étendre ces garanties de la légalité. Il serait particulièrement utile, à notre avis, d'élargir les garanties *judiciaires* (en italique dans l'original) de la légalité, en étendant la compétence des tribunaux à diverses questions d'ordre administratif, compétence qui, jusqu'à présent, ne leur est pas reconnue... Il y a de bonnes raisons d'approfondir encore cette matière, et pour admettre, dans des cas déterminés, que le tribunal puisse délibérer au sujet de plaintes déposées en raison d'actes d'organes de l'état, d'institutions et de fonctionnaires, lorsque les instances supérieures, saisies d'une plainte, n'y ont donné suite... Pour améliorer l'étude des plaintes, l'un des moyens pourrait consister dans le droit accordé aux citoyens de s'adresser aux tribunaux quand leur plainte a été rejetée ou ignorée par les institutions compétentes.

⁸⁹ Dietrich A. Loeber «Le ministère public soviétique et les droits des citoyens à l'égard de l'Etat», *Journal de la Commission internationale de juristes* Vol. I Nr. I, p. 63.

Sovietskoe Gosudarstvo i Pravo 1964 p. 22 Nr. 4.

⁹⁰ *Ibid.*, 1957, Nr. 6, p. 20 et suivantes.

Un an plus tard, écrivant dans le même périodique, Nedbailo a exposé cette conception avec plus de vigueur encore:⁹¹

La position juridique des tribunaux, leurs fonctions et la réglementation rigoureuse de leur action, représente un avantage pour la sauvegarde d'une application correcte des normes juridiques . . . , avantage que ne peut fournir toute autre forme de l'action de l'état. Dans l'ensemble du système des garanties légales, les garanties judiciaires sont les plus *valables* (en italique dans le texte original) en ce qui concerne les citoyens. . . Il conviendrait donc d'en tirer cette conséquence pratique, qu'il faut . . . élargir la compétence des tribunaux et renforcer leur rôle et leur prestige dans la vie publique. A notre avis, il s'agirait d'étendre les fonctions des tribunaux aux diverses questions de l'action administrative des organes de l'état dans leurs rapports réciproques avec la population. . .

Il ressort de toutes les déclarations et explications, tant des autorités que des représentants de la science juridique soviétique, que la sauvegarde de la légalité incombe en premier lieu au ministère public. Il est le gardien de la légalité dans le domaine tout entier de l'administration et de la juridiction, à l'exception toutefois des décisions des organes suprêmes du parti et de l'état.

Si le citoyen n'est pas admis à recourir régulièrement avec des moyens de droit contre un jugement ou un acte administratif, il l'est cependant à déposer une plainte auprès du ministère public. Il s'agit, en l'occurrence, d'une «simili-plainte». Le plaignant ne dispose d'aucun moyen prévu par la procédure. Son rôle se borne à celui d'un indicateur, d'un informateur. Le ministère public décide de son propre chef s'il doit faire usage des moyens à sa disposition (protêt, pourvoi en cassation) pour réaliser la correction de la décision des autorités réclamée par le citoyen. On ne nie cependant pas, que, en pratique, cette sauvegarde de la légalité s'est avérée insuffisante.

Le contrôle de la légalité exercée par le ministère public est plus efficace lorsque les organes dirigeants du parti et de l'état ont intérêt à l'observation de la loi. Dans des textes législatifs exposant les devoirs du ministère public en ce qui concerne la sauvegarde de la légalité socialiste, l'accent porte essentiellement sur l'intérêt de l'état en la matière. La loi sur le ministère public de la R.D.A. du 17 avril 1963, loi la plus récente de cette nature dans le bloc de l'Est, dispose dans son paragraphe 36:

La surveillance exercée par le ministère public sur l'application uniforme et sur l'observation du droit et de la légalité socialistes, se concentre sur la protection de l'économie nationale, de la propriété socialiste, des développements nouveaux et des brevets, ainsi que sur la garantie des droits et des intérêts légaux des citoyens.

⁹¹ Rudolf Wunsh, Dr. Günter Lehman, Wolfgang Seifart und Dr. Werner Bahrt, «Grundfragen der Konzeption der allgemeinen Aufsicht der Staatsanwaltschaft», *Neue Justiz*, 1963, p. 15.

Aux obligations usuelles du ministère public en matière de procédure criminelle vient s'ajouter, dans les états communistes, le contrôle de la légalité dans le domaine tout entier de l'administration. Le contrôle est en train de surpasser les fonctions courantes du ministère public en matière de procédure criminelle et de l'exécution. Très caractéristique à cet égard est une étude publiée dans le périodique «Neue Justiz» par quatre substitutes auprès du procureur général de la R.D.A. On peut y lire, entre autres:⁹²

La surveillance générale doit garantir qu'au cours du processus de transformation sociale les droits des citoyens ne soient pas lésés, de manière à ne pas troubler l'amélioration des rapports entre l'état et les citoyens et à favoriser activement l'unité morale et politique du peuple. En exerçant le contrôle de la légalité, le Ministère public doit contribuer sensiblement au perfectionnement continu de l'appareil de notre état et de notre économie. L'accroissement de son activité, plus spécialement en ce qui concerne le contrôle généralisé de la responsabilité, de la discipline et de l'ordre chez les éléments dirigeants de l'état et de l'économie ainsi que dans le domaine de l'application de la loi organique à l'action directrice de tous les organes de l'état et de l'économie, où chaque cas doit être résolu en liaison étroite avec la population, devient de plus en plus un problème de première importance pour le travail du ministère public.

A l'avenir, le contrôle généralisé doit, dans une mesure croissante, devenir le thème principal de l'action du ministère public dans notre république. A mesure que l'action d'organisation économique et d'éducation culturelle de notre état prend de l'importance, le rapport entre les poursuites pénales exercées par notre ministère public et le dépôt de plaintes d'une part, et sa fonction de surveillance générale, d'autre part, se modifiera en faveur de cette dernière.

On peut lire dans la même étude que, pour le second semestre de 1962 «la construction a été proposée comme objectif principal». A cette fin :⁹³

... contact a été pris soit avec les commissions permanentes pour les affaires intérieures, la police populaire et la justice, ou bien directement avec les commissions permanentes de la construction au sein des représentations populaires locales, afin de clarifier la tâche proposée. Certains procureurs sont eux-mêmes membres des commissions. C'est ainsi, par exemple, qu'on communique aux commissions permanentes les copies des oppositions, ou d'autres pièces pour élaboration. Dès le début d'octobre 1962, le procureur du district municipal de Berlin-Prenzlauer Berg, a exposé devant la 6e assemblée des députés du district, qui s'était préoccupée des questions de la construction, des résultats du travail du ministère public dans ce domaine; il a pu, ainsi, fournir à la représentation populaire des indications précises sur les infractions à la légalité. De la sorte, l'assemblée populaire a été mise en mesure de se rendre exactement compte de la situation de la légalité dans ce domaine, et d'en tirer des conclusions concrètes.

⁹² *Ibid.*, p. 17.

⁹³ Richard Reich, «Die kommunistische Gesellschaft und der freie Mensch», Schweizer Monatshefte, 1963, p. 934.

Il est vraisemblable que les conséquences en chaîne de ce contrôle de la légalité seront favorables aux citoyens en tant qu'individus, c'est-à-dire que par cette voie détournée chacun pourra jouir des avantages découlant du principe de la légalité, avantages qu'il ne lui est pas possible de rechercher par les moyens de droit qui lui sont ouverts.

CONCLUSION

La présente étude fait ressortir les traits essentiels suivants du principe de la légalité socialiste:

1. Le principe de la légalité socialiste adopte, lui aussi, le postulat d'une administration et d'une juridiction légitimes. Cela correspond au principe de la légalité en vigueur dans les états constitutionnels de l'Occident. Au cours des réformes juridiques entreprises en URSS après le 20e congrès du parti (1956), ce principe a également trouvé son application en droit pénal, sous forme de l'interdiction de jugements par analogie (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). De même, l'interdiction de la rétroactivité de la législation pénale a été admise en principe, malgré quelques entorses, et cela contrairement au passé. Également, le principe de la légalité formelle — observation de l'échelle des normes juridiques — est respecté davantage, sinon d'une façon absolue. Les remarquables efforts vers la codification, maintenant presque terminée dans l'URSS et les autres états communistes, ont nettement amélioré les conditions d'application de la légalité, étant donné que le principe de la légalité ne peut jouer dans toute son ampleur que s'il existe des normes juridiques suffisamment nombreuses auxquelles les organes de l'état puissent se référer.

2. Le sécurité juridique visée par le principe de la légalité est battue en brèche par la juridiction dite sociale (juridiction des tribunaux anti-parasites, tribunaux de camarades, commissions de conflits, commissions arbitrales, etc.), attendu que les faits sur lesquels ces tribunaux sociaux sont appelés à se prononcer sont fréquemment déterminés d'une manière fort élastique, c'est-à-dire en employant des conceptions juridiques vagues qui permettent toutes sortes d'interprétations. On reconnaît aux juridictions sociales une vaste latitude d'interprétation lorsqu'elles doivent intervenir contre «d'autres actions anti-sociales, qui permettent de mener une vie parasitaire», ou «d'autres actes anti-sociaux, qui ne comportent pas une responsabilité pénale».

3. Les règles d'interprétation du droit ainsi que son application qui, comme l'exige le principe de la légalité, doit être correcte et prévisible, présentent une importance essentielle pour le respect de la légalité socialiste. Il est clair que cette interprétation dépend, pour beaucoup, des concepts de l'ordre, des valeurs et des buts sur

lesquels est fondé l'ordre juridique. Dans l'esprit des communistes, le droit est le reflet des lois objectives de l'histoire, aboutissant à un ordre social sans classes ni état et, en même temps, il est le levier destiné à favoriser et à hâter le processus «de la réalisation de rapports sociaux socialistes». De ce fait, il incombe aux organes de l'état «d'assurer aux normes juridiques une application correspondant à la légalité et aux besoins», en d'autres termes, de «faire entrer dans les faits» une légalité de cette nature en maniant comme il convient le principe de la légalité socialiste.

Il appartient au seul parti communiste, avant-garde de la classe ouvrière, qui est la dernière à apparaître dans le développement de l'humanité et, de ce fait, se trouve exécutrice des lois de l'histoire, de reconnaître la légitimité du développement social. C'est pourquoi ses résolutions et directives relatives à l'interprétation et à l'application du droit par les organes de l'état doivent être obligatoirement suivies. Dans ce sens, toute interprétation et toute juridiction doivent relever de la «ligne du parti», et il est donc parfaitement logique, bien qu'à première vue paradoxal, que la science juridique soviétique affirme que «la ligne bolcheviste du parti» est le fond même de la légalité socialiste.

4. Les résolutions et directives du parti obligent également le juge, alors que leur libre appréciation du fond juridique et leur indépendance sont, dans les états constitutionnels du type occidental, des postulats infrangibles. Les tribunaux des états communistes sont désignés expressément comme «une partie de l'appareil de direction politique». Selon les termes du procureur général soviétique Rudenko, les juges jouissent de «l'indépendance à l'égard d'éléments extra-judiciaires» dans la mesure «de leur totale dépendance de la politique officielle et de ses représentants». Pour assurer la dépendance de la juridiction à la politique du parti et aux autorités de l'état, les tribunaux sont assujettis à une surveillance institutionnalisée, exercée par des organes de l'état proches du parti. Ils doivent rendre des comptes à leurs assemblées électorales – représentations populaires ou réunions d'électeurs – et s'inspirer de leurs critiques et recommandations. La Cour suprême de la R.D.A. reçoit «des indications et recommandations» du Conseil d'Etat, dont deux membres – ainsi qu'un représentant de la confédération du travail est-allemand – participent de plein droit à toutes les réunions plénières de la Cour, etc. La plupart des états communistes ont vu disparaître l'influence, antérieurement habituelle, des administrations de la justice sur les tribunaux. De même, des ordonnances explicites du comité central interdisent aujourd'hui en URSS l'immixtion d'organes du parti de rang moyen ou inférieur dans des procédures judiciaires déterminées.

5. Il existe une différence fondamentale entre le principe de la légalité socialiste et celui en vigueur dans les états constitutionnels, en ce qui concerne les personnes visées. Dans un état constitutionnel

du type occidental, le principe de la légalité porte exclusivement sur les organes de l'état. Ceux-ci doivent observer la loi afin de respecter le domaine reconnu à la liberté individuelle. Par contre, le principe de la légalité socialiste n'oblige pas seulement tout le monde à la fidélité aux lois, mais encore à la collaboration active à la mise en oeuvre du droit socialiste. Les organismes et groupes sociaux les plus divers sont mobilisés «pour le contrôle de la légalité». Qu'il suffise de mentionner les divers tribunaux sociaux, les accusateurs et défenseurs sociaux dans la procédure criminelle, la participation des représentants des collectivités de travailleurs à la procédure civile, la part prise par les équipes de travail aux procédures devant les tribunaux de camarades, etc. Pour réaliser la tâche d'éducation culturelle que s'attribuent le parti et l'état, le citoyen doit être mis en condition en vue de la société communiste sans état, c'est-à-dire d'un ordre où la collectivité occupe la toute première place. On inculquera au citoyen la notion que «toutes les activités importantes d'ordre individuel doivent être organisées en fonction directe de l'activité sociale». L'attitude personnelle correcte ne peut consister que dans sa synchronisation avec les diverses phases de l'histoire de l'humanité, telle que reconnue par le parti communiste, et explicitée au peuple.

La place faite à l'individu dans le cadre où s'exerce le principe de la légalité socialiste signifie donc que chaque citoyen est tenu à s'éduquer soi-même et à éduquer ses semblables en vue de l'ordre social communiste. («Chacun son propre agent secret»). Dans son extension et son application à l'individu et aux rapports entre individus, le principe de la légalité socialiste est un instrument de «l'auto-éducation sociale», ainsi que le proclame expressément la science juridique communiste. De la sorte, le principe de la légalité socialiste diffère de celui des états constitutionnels, en ce qu'il ne vise pas à la sauvegarde du domaine de la liberté individuelle, mais qu'il recherche la maîtrise totale de l'individu. On ne s'étonnera donc pas que le contenu différent du principe de la légalité socialiste et de celui des pays constitutionnels reflète la différence entre la démocratie libérale et la démocratie totalitaire.

EDOUARD ZELLWEGER,

*Conseiller juridique à la Commission
internationale de Juristes.*

LA MISE EN LIBERTÉ AVANT JUGEMENT EN SUÈDE, AU DANEMARK, EN ANGLETERRE ET EN ITALIE

RAPPORT ADRESSÉ A LA CONFÉRENCE NATIONALE SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION ET LA JUSTICE PÉNALE

Note de la rédaction

Stupéfait d'apprendre que de jeunes garçons avaient été détenus pendant des mois avant de passer en jugement parce qu'ils ne pouvaient verser la caution exigée pour leur remise en liberté, un ingénieur de New-York, M. Louis Schweizer, voulut tout d'abord créer un fonds qui servirait au paiement des cautions; mais après avoir consulté des spécialistes en la matière, il préféra instituer une fondation de recherche qu'il appela Vera et qui fut chargée de promouvoir l'égalité de la justice devant la loi par l'étude de la procédure pénale, en commençant par le système des mises en liberté sous caution.

Le «Manhattan Bail Project» fut mis en chantier par la fondation Vera en octobre 1961, avec l'appui financier de la Fondation Ford. La réalisation en fut confiée à des membres de l'Université de New York, qui entreprirent d'examiner la situation personnelle des gens appelés à comparaître devant les tribunaux New-Yorkais afin d'obtenir qu'elles soient remises en liberté sans être astreintes à verser caution lorsque leur cas le justifiait.

Les autorités judiciaires et le pouvoir exécutif encouragèrent la fondation Vera dans son entreprise et, comme l'a fait remarquer le directeur du projet, co-auteur de l'article ci-après, »l'un des résultats indirects les plus encourageants du 'Manhattan Bail Project' a été le retentissement que la philosophie dont il procède et la méthodologie qu'il emploie ont eu dans d'autres cités».

La Conférence sur le système de la caution et la procédure pénale a servi essentiellement à faire mieux connaître les problèmes que pose le système de la caution de ceux qui, disposant des moyens d'action, peuvent mettre en oeuvre des méthodes nouvelles. C'est l'Attorney-General des Etats-Unis, M. Robert F. Kennedy, qui convoqua lui-même la conférence où se trouvèrent réunis officiers de police, délégués à la probation, représentants du ministère public, juges et avocats. Comme l'a dit M. Kennedy, «ce n'est pas lors de réunions tenues à Washington que la conférence nationale pourra ac-

complir son travail véritable. Elle devra le faire en agissant à l'intérieur même des collectivités que vous représentez Ce qui est en cause, c'est tout ce qui concerne les relations du pauvre avec les tribunaux. Il nous faut aujourd'hui relever le défi, et veiller que pour le pauvre le mot «loi» ne soit pas synonyme d'ennemi, de complications techniques, de source d'ennuis. Assurons-nous que pour tous les hommes «loi» signifie «justice».

La question est du plus grand intérêt pour le monde entier. Tous les pays voudront en outre étudier les moyens dont disposent ceux qui, par leur conviction et leur action, peuvent faire disparaître l'injustice dans le cadre d'une société libre. C'est pour cette raison que la Commission internationale de Juristes est heureuse de pouvoir publier le rapport de la conférence nationale sur le système de la caution judiciaire sous la forme d'une étude comparative ayant pour auteurs le juge Botein et M. Sturz.

La Commission accueillera avec plaisir d'autres articles sur la même question et concernant d'autres pays.

INTRODUCTION

La présente étude a été entreprise dans l'espoir qu'un examen critique des avantages et des inconvénients de la mise en liberté provisoire et de la détention avant jugement, telles qu'elles sont pratiquées dans d'autres pays, pourrait nous aider à mesurer la valeur de notre propre système de mise en liberté sous caution. Nous croyons pouvoir dire que ce travail a justifié notre attente. Il nous faut toutefois préciser que nous ne comptons pas découvrir un système qui puisse être importé tel quel aux Etats-Unis en remplacement de celui qui y existe actuellement, à supposer même que nous ayons trouvé le meilleur de tous ceux que l'on puisse imaginer. Les différences sont trop nombreuses et trop prononcées dans la structure des tribunaux, la législation relative à l'administration de la justice pénale, et aussi dans le caractère et les traditions nationales, pour que l'on puisse concevoir un tel espoir.

Nous avons choisi la Suède comme sujet d'étude parce que la liberté sous caution n'existe ni dans sa législation ni dans la pratique de ses tribunaux. A l'issue de l'enquête menée par le ministère public ou le tribunal, ou par l'un et l'autre, le prévenu est, soit relâché en attendant de passer en jugement soit incarcéré. Nous avons également étudié le cas de l'Italie et du Danemark parce que leurs lois, tout en offrant l'alternative rigoureuse de la liberté provisoire ou de la détention avant jugement, prévoient aussi la possibilité de bénéficier

de la liberté sous caution, et nous avons pensé qu'il pourrait être intéressant d'examiner cette double façon d'envisager la question. Nous avons constaté cependant que si des dispositions de loi permettent l'élargissement du prévenu sous caution dans ces deux derniers pays, elles sont très rarement invoquées; aussi pouvons-nous affirmer sans réserve que dans la pratique, le système de la caution n'existe ni en Italie ni au Danemark. Une autre raison qui nous a incités à choisir ces trois pays réside dans le fait qu'ils appliquent tous, avec une rigueur et une ténacité variables, des procédures d'instruction différentes des systèmes anglais et américain de mise en accusation. En Angleterre et aux Etats-Unis, dans le cadre général de l'instruction qui déterminera si le prévenu doit être traduit en justice, le ministère public ou le juge d'instruction décide aussi s'il y a lieu de détenir le prévenu ou de le remettre en liberté en attendant l'inculpation et la mise en jugement.

Nous nous sommes rendus en Angleterre parce que l'administration de la justice pénale s'y fonde sur les mêmes procédures de mise en accusation qu'aux Etats-Unis. Il y existe un système qui, techniquement, équivaut à celui de la mise en liberté sous caution. Dans la pratique, l'engagement personnel souscrit par le défendeur de verser à la Couronne une certaine somme d'argent au cas où il ne comparaitrait pas lorsqu'il sera cité ou, dans certains cas, les cautions personnelles du défendeur et de son répondant, satisfont aux prescriptions en la matière. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire, en Angleterre, que la caution soit garantie par le dépôt d'espèces, d'obligations, de créances hypothécaires sur une propriété immobilière ou d'engagement fourni par une société de cautionnement mutuel. Le concept et la nature de la caution en Angleterre sont donc radicalement différents de ce qu'ils sont dans la plupart des cas aux Etats-Unis. Les Etats-Unis et les Philippines sont les seuls pays où la caution doit être couverte en totalité par le dépôt d'un gage ou par l'engagement d'une société de cautionnement.

Dans chacun des pays où nous nous sommes rendus, les conceptions dont s'inspirent les procédures de détention avant jugement sont essentiellement les mêmes que celles qui prévalent aux Etats-Unis. Les objectifs apparemment universels sont d'accorder leur liberté à certaines catégories de prévenus durant la période critique qui va de l'énoncé initial des charges au règlement final de l'affaire. Ces catégories comprennent: 1) les personnes accusées d'infractions mineures (contraventions) et 2) les personnes, fort nombreuses, accusées d'infractions pénales de gravité moyenne, dont le casier judiciaire est vierge, ou du moins peu chargé, et dont la conduite n'avait donné lieu jusqu'alors à aucun reproche sérieux.

Ces deux catégories comprennent l'écrasante majorité des personnes accusées d'infractions criminelles dans tous les pays, et nous avons constaté qu'en Suède, au Danemark, en Italie et en Angleterre,

elles étaient, en fait, ordinairement remises en liberté avant de passer en jugement, alors qu'aux Etats-Unis, nous éludons trop souvent cet objectif et que de nombreux prévenus appartenant à ces catégories demeurent emprisonnés.

La raison de cet état de choses réside essentiellement dans le fait que la sollicitude dont ce genre de prévenus fait l'objet dans les pays que nous avons étudiés, et à laquelle nous avons déjà fait allusion, se traduit par leur relaxation immédiate, jusqu'au moment du procès, prononcée par la police, le parquet et le tribunal. Aux Etats-Unis, cependant, cette sollicitude a trop souvent pour résultat d'amener les tribunaux, et cela dans les meilleures intentions du monde, à fixer une caution d'un montant qu'ils estiment faible ou purement symbolique. Malheureusement, de nombreux prévenus sont incapables de fournir une caution, quel qu'en soit le montant, de sorte qu'ils demeurent détenus durant des périodes variables, parfois fort longues, lorsqu'ils sont sous le coup d'accusations pour lesquelles ils seraient remis en liberté avant jugement dans les pays européens que nous avons visités. Lorsqu'il s'agit en la matière de choisir entre la liberté ou la détention, il ne doit pas être facile pour le magistrat de mettre sa conscience en paix en fixant une caution d'un montant prétendument faible ou symbolique. Aussi étrange que cela puisse sembler, de nombreux prévenus sont donc maintenus en détention avant jugement aux Etats-Unis, alors qu'ils seraient remis en liberté dans des pays qui, pourtant, n'apportent pas les mêmes scrupules que nous à sauvegarder les droits des accusés.

En d'autres termes, bien qu'aux Etats-Unis la loi confère au juge le soin de déterminer si un prévenu doit être mis en liberté sous caution, et quel doit être le montant de cette caution, en pratique c'est trop souvent au répondant – un homme d'affaires privé – qu'il revient de décider en dernier ressort si l'accusé sera effectivement remis en liberté. Selon une opinion assez répandue, il arrive que les spécialistes du cautionnement qui détiennent une couverture fournie par des bandes de criminels organisées ne demandent pas de garanties subsidiaires à des récidivistes endurcis accusés des crimes les plus graves et les plus révoltants, tandis qu'ils ont des exigences rigoureuses à l'égard de primo-délinquants accusés d'infractions bien moins graves. Nous avons constaté à cet égard que, dans les pays où nous nous sommes rendus – et dans la plupart des pays, nous semble-t-il – les tribunaux s'efforcent, consciemment ou non, de maintenir en détention avant jugement les personnes accusées des crimes les plus graves ou de ceux que la communauté considère comme particulièrement révoltants. Aux Etats-Unis il est ouvertement admis que la détention ou la remise en liberté d'une personne accusée d'une infraction pénale pouvant appartenir à la plupart des catégories reconnues dépend de la probabilité de sa comparution au procès. Dans les pays que nous avons visités, les autorités sont

influencées par des considérations supplémentaires, qu'elles considèrent souvent comme plus importantes, telles que la nature du casier judiciaire du prévenu et l'éventualité qu'il se rende coupable de nouveaux délits ou entrave l'instruction en subornant les témoins s'il est remis en liberté. Il est hors de doute qu'aux Etats-Unis des considérations de ce genre pèsent sur les décisions de nombreux juges en matière de caution. Toutefois, même cette faculté qui leur est laissée est souvent contrecarrée par la procédure de caution, car de dangereux professionnels du crime, qui demeureraient automatiquement sous les verrous dans les quatre pays que nous avons visités, sont parfois relâchés contre une caution très élevée aux Etats-Unis grâce aux bons offices de spécialistes du cautionnement.

De même, tous les pays civilisés s'efforcent de n'incarcérer les enfants et les adolescents que dans la mesure où cette mesure peut être nécessaire pour leur rééducation et leur réadaptation. Ce souci se manifeste par la prudence avec laquelle les magistrats font usage à leur égard de leurs pouvoirs de détention. En raison peut-être de cette sollicitude universelle, et du fait que les tribunaux d'enfants ou de mineurs n'exigent pas de caution des jeunes qui sont traduits devant eux, il existe une plus grande similitude entre les pays que nous avons étudiés et les Etats-Unis dans l'application de la détention préventive aux accusés de ce groupe d'âge qu'en ce qui concerne tout autre groupe. Comme nous le verrons plus loin, la loi prévoit des limites d'âge différentes et les définitions et les dispositions relatives au placement des jeunes délinquants sont différentes elles aussi. Il existe naturellement aussi des différences dans l'efficacité des procédures applicables aux jeunes et dans l'effet qu'elles produisent, qui proviennent davantage de la diversité des services sociaux et des institutions connexes que de divergences dans la manière d'envisager les problèmes de la jeunesse. Mais, nous le répétons, comme la caution n'est exigée nulle part des jeunes délinquants, la pratique applicable à leur détention préventive ressemble de très près à la nôtre.

Les conceptions sociales et politiques dont procède le système de la caution dans les pays du continent que nous avons visités diffèrent cependant d'une façon radicale de celles qui ont cours dans les pays anglo-saxons. En Suède, la procédure de la caution est totalement et définitivement rejetée comme favorisant les riches par rapport aux pauvres, ce qui n'a rien de surprenant dans ce pays, connu pour sa vigoureuse tradition égalitaire. Au Danemark toutefois, et assez curieusement en Italie, nous avons rencontré une répugnance analogue et généralisée pour la caution, considérée comme un instrument permettant d'opprimer les pauvres et de favoriser les prévenus riches et pourvus de bonnes relations.

Notre intention n'est cependant pas de faire ici un panégyrique de l'équité et de l'efficacité de la détention avant jugement dans les

pays en cause. Bien au contraire, nous aurions à formuler des réserves importantes, notamment sur le caractère équitable du traitement appliqué aux personnes accusées de délits considérés comme graves par la collectivité. Nous sommes convaincus que la détention dans la procédure fondée sur l'enquête présente au moins le danger potentiel qu'un traitement plus dur et plus arbitraire ne soit infligé aux accusés et aux suspects que cela n'est possible dans le système anglo-américain.

Nous rentrons cependant de notre voyage d'études à l'étranger plus convaincus que jamais que les procédures en matière de mise en liberté sous caution aux Etats-Unis ne sont ni aussi efficaces ni aussi équitables qu'une nation démocratique pourrait le souhaiter. Quelle que soit la fidélité à l'idéal démocratique qui a pu initialement inciter à faire inscrire la mise en liberté sous caution dans le régime judiciaire américain, il est indéniable que les prévenus peu fortunés sont souvent gardés en détention pour la simple raison que les spécialistes du cautionnement ne les considèrent pas comme de bons risques financiers.

Les pages qui suivent contiennent le corps de notre rapport. Avant de le présenter, nous voudrions encore remercier la Fondation Ford et l'Institut international d'éducation d'avoir bien voulu nous faire bénéficier de leurs conseils éclairés et se charger du financement de nos voyages et de nos études. Nous aimerions également exprimer notre reconnaissance au Département de la Justice et au Département d'Etat pour l'aide précieuse qu'ils nous ont apportée dans les pays où nous sommes rendus.

SUÈDE ET DANEMARK

Nous avons examiné les procédures préalables à la mise en jugement dans des pays résolument démocratiques comme la Suède et le Danemark, en nous intéressant surtout au cas de la Suède, où ni la loi ni la pratique ne prévoient la mise en liberté sous caution. Bien que la législation en la matière et l'organisation judiciaire diffèrent dans ces deux pays, les procédures préalables à la mise en jugement offrent en fait des ressemblances frappantes. Si un système de mise en liberté sous caution est prévu dans la législation danoise, il n'est pas appliqué dans la réalité. Les conceptions philosophiques dont s'inspire l'administration de la justice pénale dans ces deux pays sont caractérisées par un profond souci d'appliquer un traitement équitable à tous les citoyens accusés d'une infraction criminelle et de ne pas favoriser le riche au détriment du pauvre. Les modalités de mise en liberté et de détention avant jugement reflètent, comme nous nous y attendions, la conscience sociale si éveillée à tous les niveaux en Suède et au Danemark. Nous avons examiné personnellement et

de façon assez approfondie les procédures de la Suède qui se rapportaient au sujet de notre étude et recherché, en outre, au Danemark, les points sur lesquels ces procédures diffèrent entre les deux pays.

La structure des tribunaux

Le système judiciaire de la Suède comporte trois degrés: 1) les tribunaux de première instance, à compétence générale; – tribunaux d'arrondissement dans les zones rurales et les petites villes, et tribunaux urbains dans les agglomérations plus importantes; 2) les cours d'appel intermédiaires; et 3) la Cour suprême. Les tribunaux d'arrondissement et les tribunaux urbains connaissent en première instance des affaires civiles aussi bien que pénales; leur juridiction initiale en matière pénale s'étend des infractions les plus bénignes jusqu'aux crimes les plus graves. Les affaires banales sont jugées par un seul magistrat de carrière. Pour les affaires criminelles plus graves, le juge de carrière est assisté d'assesseurs n'appartenant pas à la magistrature, au nombre de sept au moins et neuf au plus. Les délits moins graves, mais que l'on ne peut cependant qualifier de bénins, peuvent être jugés par un magistrat de carrière siégeant avec trois assesseurs n'appartenant pas à la magistrature.

Le magistrat de carrière et ses assesseurs délibèrent ensemble. Comme les voix des assesseurs sont comptées en bloc, le magistrat de carrière a généralement voix prépondérante en ce qui concerne l'issue de la cause. L'opinion des assesseurs ne prévaut sur le vote contraire du magistrat de carrière que dans le cas où leur groupe tout entier, lorsqu'ils sont au nombre de trois, ou au moins sept d'entre eux lorsqu'ils sont au nombre de sept à neuf, sont d'accord sur la décision comme sur les motifs qui l'ont inspirée. Il arrive rarement dans la pratique que le magistrat de carrière soit mis en minorité. On nous a dit que les assesseurs n'appartenant pas à la magistrature jouent un rôle plus important dans la fixation de la peine que dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence du prévenu.

Le droit de faire appel des décisions des tribunaux de première instance devant une cour d'appel intermédiaire est pratiquement illimité. L'appel au niveau le plus élevé nécessite une autorisation de la Cour suprême. Toutes les cours d'appel sont formées de magistrats ayant fait des études universitaires. Une partie qui fait appel d'une décision prononcée par un tribunal de première instance a généralement le droit de demander le réexamen de tous les aspects de la cause. Les cours d'appel peuvent entendre des témoins et examiner des preuves tangibles; elles peuvent statuer à nouveau sur des questions de fait comme sur des points de droit. Bien que la Cour suprême elle aussi puisse examiner les faits et exprimer une opinion

à leur sujet, celle-ci s'occupe d'ordinaire essentiellement des points de droit.

Le Parlement suédois est représenté par le Commissaire parlementaire aux Affaires civiles (*Ombudsman*), qui exerce une surveillance générale sur tout le système judiciaire. *L'Ombudsman* est doté de pouvoirs spéciaux en matière de poursuites et peut notamment intenter des actions contre la police, le ministère public ou les autorités judiciaires — non pas nécessairement en cas de corruption dans l'exercice de leurs fonctions, mais bien souvent en cas de négligence dans l'exercice de leurs attributions. Il est autorisé aussi à adresser directement des avis ayant valeur de *caveat* au fonctionnaire qui fait l'objet d'une enquête. Ces avis, qui tiennent lieu de poursuites pénales, énoncent parfois les conditions auxquelles le fonctionnaire en cause doit se soumettre pour éviter d'être poursuivi. Le dédommagement d'un particulier qui a été lésé figure, par exemple, parmi les conditions que *l'Ombudsman* peut imposer. Dans le domaine qui nous intéresse, la compétence de *l'Ombudsman* s'étend au contrôle des procédures de saisie, d'arrestation et de détention; de hauts fonctionnaires de la police et des hauts magistrats nous ont déclaré que sa vigilance exerce une influence salutaire dans ces domaines.

Au Danemark, il existe deux types de tribunaux de première instance, dont la compétence, comme en Suède, s'étend à la fois aux affaires civiles et aux affaires pénales. La plupart des affaires pénales sont portées devant le Tribunal inférieur de première instance (tribunal d'arrondissement ou tribunal municipal). Les délits les moins graves soumis à ces tribunaux sont réglés selon une procédure sommaire par un juge de carrière ou, s'ils donnent lieu à un véritable procès, par un juge de carrière assisté de deux assesseurs élus n'appartenant pas à la magistrature. Un accusé peut se défendre de crimes graves devant le Tribunal inférieur. L'autre Tribunal de première instance est le Tribunal dit supérieur, siégeant avec jury (cour d'assises), qui connaît des infractions criminelles graves et se compose de trois juges de carrière et de douze assesseurs n'appartenant pas à la magistrature. Le verdict doit être rendu à la majorité des juges de carrière et par une majorité de huit assesseurs au moins. Ce système est appelé celui de la «double garantie».

Les Cours d'appel entendent en appel les affaires jugées par le Tribunal inférieur de première instance. La Cour d'appel et la Cour suprême entendent en appel les affaires jugées par le Tribunal supérieur avec jury.

Bien que les Danois parlent de Tribunal avec jury, le système anglo-américain n'a pas d'équivalent exact au Danemark ni en Suède. Mais on nous a dit, sur le mode plaisant, que les Suédois sont de plus en plus nombreux à croire qu'ils ont réellement le droit d'être jugés par un jury. Cette croyance a pris naissance au spectacle

de l'émission télévisée hebdomadaire de Perry Mason, le juriste américain de renommée internationale. Et au Danemark où, comme en Suède, un indigent a le droit, au cas où il est accusé, de choisir nommément le conseil qui sera commis par le tribunal pour sa défense, un prévenu a réellement demandé à être représenté par M. Mason.

Le déroulement chronologique de la procédure de détention des suspects avant jugement ou de mise en liberté provisoire

Suède

En Suède, tout individu peut être conduit au poste de police pour interrogatoire et y être gardé six heures au plus. Passé ce délai, si la personne interrogée est considérée comme suspecte par la police, elle peut être détenue au maximum pendant six heures encore (Code de procédure suédois (Ratttegongsbalk (RB) 24:23; 23:9) qui traite à la fois de la procédure civile et de la procédure pénale). Pour les infractions mineures, qui sont punissables d'une amende ou d'une suspension temporaire de fonctions mais non d'une peine de prison, un suspect dont l'identité et le domicile en Suède sont connus doit être mis en liberté provisoire après la période d'enquête préliminaire de douze heures (RB 24; 1(4)). Des considérations de santé ou d'âge peuvent également amener la police à remettre en liberté à l'expiration de la même période des personnes qu'elle accuse d'un acte délictueux (RB 24:3). Après avoir détenu un suspect pendant douze heures en vertu de son pouvoir général de détention, la police doit soit le relâcher, soit obtenir un mandat d'arrêt. Normalement, à la fin de la période de douze heures, la compétence passe de la police au magistrat chargé des poursuites. Cependant, la loi applicable en l'espèce prévoit que l'officier de police qui a effectué les recherches ou le ministère public peut décider de procéder à l'arrestation à l'issue de l'enquête préliminaire. L'arrestation est permise dans deux cas: 1) lorsque l'enquête préliminaire fait apparaître des motifs de détention avant jugement; et 2) lorsque des motifs réels de détention avant jugement n'ont pas été découverts, mais que la détention pour complément d'enquête se révèle d'une importance particulière (RB 24:5).

Pour que la détention d'un suspect arrêté puisse être prolongée le magistrat chargé des poursuites doit présenter une demande de mise en détention avant jugement au tribunal de première instance. Cette demande ne peut en aucun cas être déposée plus de cinq jours après la décision d'arrestation prise par ledit magistrat ou l'officier de police qui a effectué l'enquête (RB 24:12). Lorsqu'il a été saisi de la demande, le tribunal doit statuer dans les quatre jours sur la

détention, à moins que le procès pénal ne doive s'ouvrir dans la semaine qui suit le dépôt de la demande (RB 25:13).

Ainsi, bien qu'un suspect puisse être arrêté et détenu pendant neuf ou dix jours avant de passer en jugement, il est fort rare qu'il en soit ainsi. Lors de l'audience où il est statué sur la détention (présidée par un juge de carrière), le tribunal détermine s'il existe des motifs légaux de prolonger la détention. Dans l'affirmative, il entend la demande primitive du magistrat chargé des poursuites, puis les arguments du défenseur et du suspect lui-même.

Les conditions dans lesquelles une personne peut ou doit être détenue avant jugement sont spécifiées par la loi. Lorsqu'il existe un motif légitime de soupçonner une personne d'une infraction pénale passible d'une peine de travaux forcés (emprisonnement avec travail obligatoire), l'incarcération avant jugement peut être ordonnée «s'il y a lieu de craindre que le suspect ne s'échappe, fasse disparaître des preuves, entrave l'enquête ou poursuive ses activités criminelles» (RB 24: 1(1)). Un non-résident soupçonné d'une infraction pénale moins importante que la précédente, mais passible d'une peine de prison, peut être détenu s'il y a lieu de croire qu'il risque de s'évader (RB 24: 1(2)). Si une infraction pénale est passible d'une peine minimum de deux ans de prison, la personne en cause doit demeurer en détention «sauf s'il est évident qu'il n'y a pas de raison (à cette précaution)» (RB 24: 1-3). Les autorités suédoises estiment que moins d'un pour cent des personnes mises en liberté provisoire font défaut lorsqu'elles sont citées à comparaître devant le tribunal.

Lors de l'audience où il est statué sur la détention avant jugement, le suspect a le droit (rarement invoqué) de citer des témoins de moralité pour obtenir sa mise en liberté provisoire. Si le tribunal ordonne la détention, comme il le fait dans 95 pour cent des cas, lorsque la police le recommande, le juge doit préciser l'infraction dont la personne est accusée et indiquer les motifs de la détention avant jugement (RB 14-16). Il doit également fixer la date à laquelle le détenu passera en jugement. Le procès a généralement lieu dans les deux semaines qui suivent, faute de quoi, une autre audience où il sera statué sur la détention avant jugement doit normalement avoir lieu, à moins que le suspect n'y renonce (RB 24 : 18). Si les poursuites n'ont pas été ouvertes dans le délai fixé par le tribunal et que le ministère public n'ait pas demandé la prolongation de la détention avant la fin de cette période, le tribunal doit ordonner la mise en liberté du détenu (RB 24 : 19). Le suspect peut plaider coupable lors de l'audience relative à la détention. L'aveu de la culpabilité, cependant, ne met pas un terme à l'affaire; elle doit être jugée par le tribunal, en vertu du principe selon lequel l'aveu nécessite une preuve corroborante.

Un rapport en date d'août 1963, rédigé par une Commission spéciale sur la police, révèle qu'en Suède, de 1959 à 1962, environ

14.000 personnes ont été arrêtées, c'est-à-dire détenues sur accusation de l'officier de police chargé de l'enquête ou du magistrat chargé de l'instruction. Ce dernier a demandé la détention dans près de 45 pour cent des cas (6.000) et plus de 5.000 des demandes présentées (soit 80 pour cent) ont été approuvées par le tribunal. Les auteurs du rapport soulignent que bon nombre des demandes ont été acceptées sans examen par le tribunal, en particulier celles qui concernaient des suspects mineurs, la responsabilité étant alors assumée par des services sociaux.

En 1962, 57 pour cent de tous les individus détenus pour enquête pénale à la maison d'arrêt de Stockholm ont été relâchés dans les vingt-quatre heures. Le reste, soit 43 pour cent a passé en moyenne de quatre à cinq jours en prison, en attendant qu'il soit formellement statué sur leur détention. La durée moyenne de l'incarcération avant procès ordonnée par décision judiciaire à Stockholm en 1962 a été de 14 jours, soit au total 19 jours de détention, durée bien moindre que celle qui est courante dans de nombreuses collectivités anglaises et américaines. Comme le juge, le magistrat chargé de l'instruction peut imposer diverses formes de liberté provisoire, par exemple en exigeant que le suspect se présente à la police à des intervalles spécifiés, en l'assignant à résidence à Stockholm ou en Suède, etc. En général, cependant, les accusés sont mis en liberté provisoire sur simple promesse qu'ils se présenteront au procès.

Le pouvoir quasi-judiciaire dont dispose le magistrat chargé de l'instruction pour décider de la mise en liberté des prévenus déconcerte les juristes formés au droit anglo-américain. Dans notre système de mise en accusation, le magistrat qui, théoriquement, représente le peuple et est chargé de réunir les éléments de preuve favorables et défavorables à l'accusé, est en fait soumis en premier lieu aux pressions exercées par ceux qui cherchent à obtenir des condamnations. C'est pourquoi dans les procès criminels, l'accusation et la défense prennent ordinairement la forme d'un débat contradictoire. Aux Etats-Unis, on ne tolérerait pas que la police et le magistrat chargé de l'instruction jouissent d'un pouvoir illimité leur permettant de décider de la liberté ou de la détention pendant neuf à dix jours. Les Suédois, cependant, ne semblent pas s'en offusquer. C'est peut-être parce que leur système combine la doctrine inquisitoire et la doctrine accusatoire avec le souci profondément enraciné et traditionnel de sauvegarder les intérêts de l'accusé. Le défenseur est assuré que la police et le magistrat chargé de l'instruction exposeront aussi bien les preuves favorables que les preuves défavorables au suspect et que la police fournira sur ses antécédents les renseignements qui pourront faciliter sa mise en liberté avant jugement. A la demande du défenseur, ou sur ordonnance du tribunal, la police recherchera de nouveaux éléments de preuve qui favoriseront peut-être la défense,

réunira des témoins etc. Les services d'experts dont dispose la police sont également accessibles à la défense.

En outre l'inculpé est à l'abri de toute « surprise » dans le système de jugement suédois. Le magistrat chargé de l'instruction ne peut présenter un acte d'accusation au Tribunal sans lui avoir donné, à lui-même et à son conseil, la possibilité de s'informer du déroulement de l'enquête préliminaire. Pour pouvoir présenter un acte d'accusation, le magistrat doit soumettre au tribunal un document signé de sa main demandant qu'un avis de poursuites soit adressé au prévenu. Cette demande doit préciser l'identité de l'accusé, et le cas échéant celle de la partie lésée, ainsi que l'infraction reprochée, et spécifier le moment et le lieu où celle-ci a été commise, les autres circonstances qui la caractérisent et les articles du code applicables en l'espèce, les moyens de preuve qui seront utilisés et les conclusions qui paraissent s'en dégager; elle devra aussi affirmer la compétence du tribunal, à moins que celle-ci ne ressorte à l'évidence d'autres informations (RB 45 : 4). Si le tribunal accepte de délivrer un avis de poursuites, cette demande et la documentation qui y est jointe doivent être transmises à l'accusé. Dans la procédure des juridictions inférieures, le juge peut autoriser le magistrat chargé de l'instruction à rédiger l'avis de poursuites. Dans ce cas, l'inculpation est considérée comme datant du jour où l'avis a été remis à l'accusé (RB 45 : 1).

Il semblerait donc que, dans le système suédois, le magistrat chargé de l'instruction ait la possibilité d'abuser de son pouvoir en utilisant de façon coercitive, en vue d'obtenir des témoignages ou des aveux, son pouvoir d'accorder ou de refuser la mise en liberté. Cette possibilité d'abus est encore renforcée par le fait que le défenseur ne peut assister à l'interrogatoire du suspect que « si sa présence ne compromet pas l'enquête » (RB 23 : 10).

En revanche, si un suspect détenu ne peut faire appel lui-même à un défenseur, il peut demander au tribunal de lui en attribuer un; cette demande est généralement satisfaite dans les deux jours qui suivent l'arrestation. Il ne s'ensuit pas nécessairement que le suspect pourra aussitôt conférer avec son avocat d'office; il ne pourra sans doute le rencontrer pour la première fois qu'au cours de l'audience où il sera décidé de sa détention, soit près de cinq jours après son arrestation. Bien que la loi n'en garantisse pas le droit à un défenseur lors de toutes les phases préliminaires du procès, ce défenseur est généralement présent, si le suspect le demande. Le tribunal peut désigner un avocat à un défendeur aisé. En fait, la plupart des avocats exerçant à titre privé qui plaident dans des causes criminelles, bien qu'ils soient choisis par l'accusé, sont chargés par le tribunal d'agir en qualité de défenseur public. C'est à l'Etat qu'il incombe de régler leurs honoraires en cas d'acquiescement, quels que soient les moyens de fortune du défendeur. Lorsque l'accusé est déclaré coupable,

l'Etat n'assume cette charge que si le défendeur est pauvre c'est-à-dire s'il est au bénéfice de «l'assistance judiciaire gratuite».

Le nombre des avocats qui se spécialisent dans les affaires criminelles ou acceptent de préférence ce genre d'affaires ne représente pas une forte proportion du Barreau. Bien que la loi suédoise autorise une partie à un procès civil à assurer elle-même sa propre défense ou à se faire représenter par un non-juriste, en pratique tous les litiges de quelque importance sont confiés à des avocats ayant reçu une formation universitaire.

Danemark

Comme nous l'avons déjà dit, la procédure judiciaire antérieure au procès est très semblable en Suède et au Danemark. L'une des principales différences réside peut-être dans le fait que la police danoise emploie largement le système de la citation à comparaître pour intenter une action pénale. Les autorités de ce pays estiment que près des deux tiers de toutes les poursuites commencent de cette façon. En de tels cas, il n'est pas rare qu'une personne soit accusée, inculpée, traduite en jugement et, si elle est reconnue coupable, qu'elle attende sa condamnation tout en demeurant en liberté. Il peut se faire qu'elle passe par toutes ces étapes de la procédure et se voie en fin de compte infliger une peine de prison. Les inculpations pour vol simple, cambriolage, abus de confiance, voies de fait et contrefaçon peuvent s'ouvrir par une citation à comparaître, signifiée par téléphone ou par lettre. En général, les délinquants primaires ne sont pas arrêtés ni mis en détention provisoire, sauf s'ils sont sous le coup d'une très grave inculpation. Les autorités danoises estiment, en effet, que l'arrestation est «très impressionnante» pour ceux qui en sont à leur première inculpation. Elles s'efforcent d'épargner au casier judiciaire de l'accusé le stigmate de l'arrestation et, en même temps, de lui donner la possibilité de conserver son emploi et sa réputation.

Les critères appliqués en matière de mise en liberté provisoire ou de détention préventive sont presque exactement les mêmes qu'en Suède. Les personnes accusées d'homicide, de viol, d'assassinat, de faux et de contrefaçon graves, sont rarement relâchées avant jugement. Comme en Suède, le fait de conduire une voiture en état d'ivresse est considéré au Danemark comme une infraction très grave et ceux qui en sont accusés sont rarement libérés. Le tribunal a la faculté de faire relâcher les personnes accusées d'infractions moyennement graves et dont le casier judiciaire est vierge ou peu chargé. On nous a avoué que les juges ordonnaient fréquemment une détention de trois jours, à titre de délai de réflexion, spécialement dans les affaires de voies de fait entre époux.

La loi prévoit la mise en liberté sous caution, mais cette disposition n'est jamais invoquée. Les Danois considèrent que le fait de

lier la liberté à des considérations financières «favorise indûment le riche». Les accusés sont, ou bien mis en liberté provisoire immédiatement, ou bien gardés en détention préventive. La loi prévoit plusieurs modes de liberté provisoire, qui ne sont jamais utilisés.

Quelle que soit l'inculpation, la police a la faculté de relâcher les suspects ou les accusés avant l'audience où il sera décidé de la détention. En 1961, 6.600 personnes ont été appréhendées par la police, et 5.000 d'entre elles – accusées en général d'infractions sans gravité – ont été relâchées dans les vingt-quatre heures. Lorsqu'une personne est détenue par la police, il est rare que le tribunal, composé d'un juge de carrière, ordonne de la remettre en liberté lors de l'audience relative à la détention. Pour 1.500 de ces audiences tenues en 1961 à Copenhague, 50 personnes seulement ont été remises en liberté. Pour 3200 de ces audiences tenues dans tout le Danemark en 1961, 200 personnes seulement ont été remises en liberté. On nous a assuré que les juges appelés à statuer sur la détention, lorsqu'ils sont saisis du dossier du suspect préparé par la police et exposant l'histoire et les antécédents de celui-ci, ordonnent rarement l'élargissement de la personne en cause si la police ou le magistrat chargé de l'instruction y fait objection, car les uns comme les autres se fondent sur les mêmes critères pour décider de la mise en liberté ou de la détention. Selon les estimations qui nous ont été communiquées, la durée moyenne de la détention avant jugement est de trois à quatre semaines. Les affaires difficiles et celles qui exigent de longs préparatifs peuvent naturellement s'étendre sur des mois.

Le droit de réclamer un défenseur au moment de l'arrestation n'est pas reconnu. L'accusé sera assisté d'un défenseur lors de l'audience où il sera décidé de la détention, qui doit avoir lieu trois jours au plus après l'arrestation. Un défenseur public est présent au tribunal chaque jour, et des affaires lui sont régulièrement confiées. Le défendeur peut plaider coupable lors de l'audience où il est décidé de sa détention.

Le traitement des jeunes délinquants

La responsabilité pénale en Suède et au Danemark ne commence pas avant 15 ans. Aucun de ces deux pays ne possède de tribunaux spéciaux pour juger les jeunes délinquants. Toutefois, les juges disposent d'une très grande latitude pour décider si des peines pénales doivent ou non être imposées aux jeunes âgés de 15 à 18 ans. Nous croyons savoir qu'en Suède, les délinquants de ce groupe d'âge sont, autant que possible, mis en liberté avant jugement et placés sous la surveillance du service social de la jeunesse. Le magistrat chargé de l'instruction peut également surseoir à l'instruction et confier le jeune délinquant à ce service, qui le prend en charge. Il existe des régimes spéciaux pour les jeunes de 15 à 18 ans et de

18 à 21 ans qui, à toutes les phases de la procédure, sont séparés des accusés ou des suspects plus âgés. Le service social de la jeunesse est composé de citoyens élus par la collectivité. En règle générale, si un adolescent est arrêté par la police au cours de la journée, il est immédiatement confié au représentant du service social dont le bureau se trouve au siège central de la police. Le magistrat chargé de l'instruction et le service social de la jeunesse décident conjointement de la détention et des poursuites. Si un adolescent est arrêté pendant la nuit, il peut être détenu jusqu'à ce que le Service social entre en scène, le lendemain matin. Le service social possède dans toute la Suède des institutions où les jeunes peuvent être internés jusqu'à quatre semaines en attendant que le tribunal statue sur leur sort.

Au Danemark, le juge de première instance peut, à sa discrétion, imposer une peine pénale aux jeunes âgés de 15 à 18 ans. Si un délinquant appartenant à ce groupe d'âge a un casier judiciaire chargé, il peut être interné dans une institution qui est l'équivalent du système britannique de correction pour adolescents (Borstal).

Le système suédois des amendes journalières

Bien que la question n'ait pas de rapport direct avec la mise en liberté avant jugement et la détention préventive, nous avons pris le temps d'étudier de façon assez détaillée le système des amendes journalières, car il reflète bien la philosophie dont procèdent les sanctions pénales en Suède. Il a pour objet d'assurer l'égalité de traitement entre les riches et les pauvres, en ce qui concerne les peines imposées et contribue à réduire sensiblement le nombre des personnes incarcérées.

Ce système est le suivant: lorsqu'il prononce la sentence, le tribunal détermine d'une part le *nombre* de jours d'amende imposé (de 1 à 120 jours), de l'autre le *montant* de l'amende journalière, qui va de 1 à 300 couronnes par jour (de 20 cents à 60 dollars des États-Unis), et sera porté de 2 à 500 (de 40 cents à 100 dollars) couronnes à partir du 1er janvier 1965. Lorsqu'il fixe le nombre de jours d'amende, le tribunal considère la nature de l'infraction et la personne du condamné. Le montant de l'amende est indépendant de la gravité de l'infraction et doit être exclusivement fonction du revenu du condamné, de sa fortune, du nombre de personnes à sa charge et de sa situation financière générale. Il appartient au juge de déterminer le montant que la personne en cause peut verser chaque jour sans éprouver de difficultés financières graves et sans faire retomber le châtement sur sa famille. Le juge détermine la situation financière d'une personne selon les renseignements obtenus des autorités fiscales et les rapport de la police. D'après les estimations, l'introduction de ce système a eu pour résultat de faire diminuer de moitié le

nombre des peines de prison purgées en Suède à la suite d'option entre l'amende et la prison.

Les amendes journalières peuvent être versées par acomptes mensuels. Un délai allant jusqu'à quatre mois peut être accordé pour le premier versement. En général, le montant total doit être réglé en un an, mais cette période peut être portée à deux ans. En cas de retard dans les versements, l'Etat peut ordonner une saisie-arrêt sur les revenus de la personne qui doit payer, ou y faire opposition. Si l'amende n'est pas payée, le condamné peut être mis en prison. Mais il nous a été indiqué que tel est rarement le cas.

ANGLETERRE

Trois instances pénales existent dans toute l'Angleterre: le tribunal de simple police ou de police correctionnelle, la cour criminelle trimestrielle de comté et la Cour d'assises. Il y a des tribunaux spéciaux chargés de connaître des causes graves dans certaines grandes agglomérations, tels que le tribunal criminel principal de Londres (*Old Bailey*) et les cours criminelles de Manchester et Liverpool (*Crown Courts*).

Comme aux Etats-Unis, les décisions concernant la mise en liberté sous caution de la plupart des personnes accusées d'une infraction criminelle sont prises initialement dans les instances inférieures par des magistrats ayant rang de juges de paix. (Nous ne voulons pas surcharger le présent rapport en rappelant la distinction entre les magistrats appointés, qui sont des juristes, et les magistrats non professionnels, par exemple les juges de paix qui, dans la procédure de mise en liberté sous caution tout au moins, exercent essentiellement la même juridiction). Mais en Angleterre, le tribunal de simple police – qu'il soit formé, dans certaines zones urbaines, d'un juge ayant fait ses études de droit ou de deux juges de paix ou plus – a une compétence bien plus étendue que son homologue américain. C'est pourquoi un bref exposé des pouvoirs sommaires des magistrats anglais peut être utile pour faire comprendre leur rôle dans la procédure de mise en liberté sous caution et de garde à vue.

Dans les deux pays, les tribunaux de simple police ou de police correctionnelle sont très semblables en ce sens qu'ils exercent une juridiction sommaire sur les infractions mineures. De même, lorsqu'un défendeur doit ou veut être traduit en jugement devant un jury d'une instance supérieure, ce sont les tribunaux de simple police qui déterminent, à titre préliminaire, si l'action engagée a révélé des motifs qui suffisent à justifier l'ouverture d'un procès pénal. En Angleterre, les infractions simples passibles d'une peine ne dépassant pas trois mois de prison doivent être jugées selon une procédure sommaire par le tribunal de simple police. Tel est notamment le cas

pour l'ivresse publique, les infractions mineures au code de la route, les infractions au code administratif, les voies de fait, etc. Dans la plupart de ces cas, les accusés sont relâchés par la police avant même de comparaître devant le tribunal, ou sont détenus pendant une nuit et présentés le lendemain matin au magistrat qui statue généralement en une seule audience. En général, la personne qui a procédé à l'arrestation représente le ministère public pour les délits peu graves. La police s'en tient parfaitement à son rôle et est bien informée du déroulement des procès.

Les infractions simples qui peuvent être sanctionnées d'une peine de trois à six mois de prison peuvent être soit jugées sommairement par un tribunal de simple police, soit, sur la demande du défendeur, jugées avec l'aide d'un jury par une cour criminelle trimestrielle. Les infractions appartenant à cette catégorie comprennent notamment le vol d'animaux, la contrefaçon de brevets ou de certificats, le fait de conduire une voiture de façon dangereuse ou en état d'ivresse, etc. Si l'affaire est portée devant une juridiction sommaire, l'instruction est conduite soit par le policier qui a opéré l'arrestation, soit par un *Solicitor* ou un *Barrister*. Même si l'accusé est démuné d'argent, le tribunal de simple police ne lui attribuera probablement un conseil que s'il demande à être ainsi représenté. Si un défendeur réclame l'assistance d'un conseil et n'a pas les moyens d'en supporter la charge financière, le tribunal désigne généralement un *Solicitor* pour le défendre, en particulier si l'accusation entraîne une peine de prison. Si l'affaire est jugée avec l'aide d'un jury par un tribunal criminel trimestriel, un *Solicitor* attaché à la police représente la Couronne à l'audience préliminaire du tribunal de simple police et charge un *Barrister* exerçant à titre privé de requérir lors du procès pénal. En de tels cas, il arrive souvent que l'accusé ne se prévale pas de son droit d'être jugé par un jury. Pour les infractions de cette catégorie, il est rare qu'un prévenu soit détenu pendant plus d'une nuit avant que l'affaire soit réglée, selon une procédure sommaire, par le tribunal de simple police.

Une troisième catégorie d'infractions comprend les délits plus graves qui peuvent être jugés avec jury par un tribunal criminel trimestriel, ou selon une procédure sommaire par le tribunal de simple police si l'accusé y consent. Ces délits sont notamment l'escroquerie, l'abus de confiance, le vol simple, le recel, la tentative de suicide, les attentats aux mœurs, la contrefaçon simple, certaines voies de fait, etc. Il convient de noter que nombre de ces délits sont également qualifiés d'actes délictueux graves aux Etats-Unis, et y sont ordinairement jugés par jury et non par un tribunal de simple police. «Une personne convaincue selon une procédure sommaire d'un délit tombant sous le coup de la loi... sera passible d'une peine de prison qui ne dépassera pas six mois ou d'une amende ne dépassant pas cent livres, ou des deux à la fois» (*Magistrates Court Act*,

1952, art. 19). S'il y a plusieurs chefs d'accusation, le magistrat peut imposer une peine totale de douze mois de prison. S'il estime qu'une peine dépassant sa compétence est nécessaire ou, lorsqu'il s'agit d'un délinquant âgé de 15 à 18 ans, que le placement dans une institution de redressement est indiqué, il peut, après avoir prononcé la condamnation, déférer le condamné à un tribunal criminel trimestriel qui décide de la peine applicable. En général, le *Solicitor* de la police représente le ministère public lorsqu'un tel délit est jugé selon cette procédure, tandis qu'un *Barrister* doit le faire si l'affaire est portée devant un jury. Mais, dans ce cas aussi, le défendeur renonce souvent à son droit d'être jugé avec jury. Cependant, lorsqu'une affaire est effectivement appelée devant un jury, la procédure d'inculpation demande un certain temps et la question de la mise en liberté avant jugement ou de la détention préventive devient importante, à supposer évidemment que la police n'ait pas relâché l'accusé avant sa première comparution devant le tribunal.

La quatrième catégorie d'infractions, qui réunit les plus graves, comprend les crimes tels que l'assassinat, la trahison, le meurtre, le vol à main armée, le faux témoignage, la conspiration, la diffamation, la contrefaçon de documents officiels, le cambriolage avec effraction, les crimes sexuels graves, etc. Comme nous l'avons indiqué, ces affaires – ainsi que toutes les autres – sont d'abord appelées devant un tribunal de simple police où le *Solicitor* de la police, ou même un *Barrister* s'il s'agit d'une affaire particulièrement difficile ou importante, dirige l'audience préliminaire et se fait entendre sur la question de la liberté sous caution ou de l'internement. Si un défendeur dans l'indigence est accusé d'un crime passible de la peine capitale, la désignation d'un conseil juridique pour le procès est obligatoire. Pour tous les autres délits, la désignation d'un conseil est laissée à l'appréciation du tribunal; mais les défendeurs accusés des délits de cette quatrième catégorie bénéficient généralement de l'aide d'un avocat.

Dans les affaires de caractère grave, la police n'est pas autorisée, en pratique, à relâcher un accusé avant qu'il ait été déféré au tribunal. Une personne accusée de trahison ne peut pas non plus être mise en liberté sous caution, sauf sur ordre d'un juge de la Haute Cour ou du Secrétaire d'Etat. Dans tous les autres cas, la question de savoir si le prévenu doit être libéré sous caution ou détenu relève uniquement du magistrat chargé de l'instruction qui, dans 95 pour cent des affaires, s'en tient à la recommandation formulée par la police et consulte également celle-ci au sujet de la solvabilité des personnes qui se sont portées garantes du prévenu. Une caution élevée est en général exigée pour les affaires d'escroquerie portant sur de grosses sommes d'argent, probablement parce que les personnes accusées de ce type d'infractions sont moins solidement établies dans la collectivité que la plupart des défendeurs; aussi la

situation financière de leurs répondants, dont le rôle dans la procédure de caution est exposé plus loin, fait-elle l'objet d'un examen particulièrement minutieux. Un juge nous a dit que dans les cas de violence grave, les prévenus n'étaient jamais mis en liberté sous caution.

Il est habituel que la police adresse au tribunal des représentations concernant l'opportunité de prononcer la mise en liberté sous caution et le montant de la caution. Dans ce cas comme dans celui de l'instruction devant le tribunal de simple police décrite plus haut, la fonction de la police est ordinairement analogue à celle du *district attorney* aux Etats-Unis (procureur de la République). Les Anglais n'ont pas dans chaque instance de services d'instruction employant des fonctionnaires à plein temps; de ce fait, bon nombre des fonctions exercées par le *district attorney* aux Etats-Unis sont dévolues à la police. Dans 60 pour cent des cas environ, les personnes accusées d'infractions pénales qualifiées qui sont traduites en justice sont libérées sous caution jusqu'au procès et, dans 40 pour cent des cas, elles sont détenues. La détention avant jugement dans les affaires déferées aux tribunaux criminels trimestriels et aux cours d'assises dure, en moyenne, quatre semaines dans les grands centres urbains, où les tribunaux siègent en permanence, et de six à sept semaines dans les régions moins peuplées où la cour d'assises ne se réunit que quatre ou cinq fois l'an. Ces périodes de détention avant jugement, sont à peu près semblables à celles qui sont de règle dans la ville de New-York et dans de nombreuses autres juridictions des Etats-Unis. En Angleterre comme dans la plupart des pays, les personnes détenues passent généralement plus vite en jugement que celles qui sont en liberté sous caution.

Ajoutons quelques mots au sujet des adolescents accusés d'avoir commis une infraction pénale. Les enfants âgés de huit ans au plus peuvent être accusés et convaincus d'un délit sans avoir l'excuse de leur jeunesse. Des magistrats tiennent des audiences spéciales de «tribunaux d'enfants» pour juger des mineurs âgés de moins de 17 ans. Ces tribunaux s'inspirent de la même indulgence pour la jeunesse coupable que celle qui anime les tribunaux d'enfants aux Etats-Unis. Ils se réunissent en des lieux et à des dates différents de ceux des audiences consacrées aux adultes, et siègent à huis clos.

Nous avons constaté qu'à la différence des Etats-Unis, la procédure de mise en liberté sous caution débute souvent au poste de police même. Les adolescents accusés de délits sont généralement relâchés par la police ou le magistrat, à moins qu'il ne s'agisse d'homicides ou d'actes délictueux très graves, ou que la police estime que l'intérêt de l'adolescent n'est pas d'être mis en liberté sous caution.

Quelques données statistiques peuvent ici nous aider à apprécier le rôle de la mise en liberté sous caution dans l'administration

de la justice pénale. Environ 200.000 délits caractérisés font chaque année l'objet de poursuites en Angleterre; plus de 80 pour cent d'entre eux sont réglés selon une procédure sommaire par les tribunaux de simple police, les autres étant renvoyés devant les tribunaux criminels trimestriels, la cour d'assises ou les tribunaux métropolitains spéciaux. Environ un million de contraventions de simple police sont présentées chaque année, dont près de 700.000 sanctionnent des infractions à la police de la route. Les trois quarts des personnes inculpées plaident coupable, ce qui est un pourcentage inférieur à celui de la plupart des juridictions des Etats-Unis. On peut se faire une idée de la perspicacité avec laquelle les cautions sont accordées d'après un débat récent à la Chambre des Communes. Il a été révélé qu'en 1962, 35.244 personnes ont été emprisonnées avant de passer en jugement parce que la mise en liberté sous caution avait été refusée ou n'avait pas été fournie par l'accusé. Par la suite, 1.265 d'entre elles ont été déclarées non coupables, soit environ trois pour cent seulement du nombre des détenus.

Le système de la mise en liberté sous caution, tel qu'il existe en Angleterre, est complètement différent de celui des Etats-Unis. En général pour être relâché, l'accusé doit fournir, seul ou avec un ou deux répondants, un engagement selon lequel il accepte de perdre tout droit à certaine somme, qui est le montant fixé pour la caution, si ultérieurement il ne se présente pas devant le tribunal. Comme nous l'a expliqué un *solicitor* de la police, l'engagement portant sur la somme d'argent qui peut être confisquée «légitime» ce qui est en fait un contrat entre l'accusé et la Couronne. Il n'est pas prescrit, et en réalité il est même interdit, de déposer des espèces ou des titres d'aucune sorte auprès du tribunal, ce qui est également différent du système américain. Si la police fait savoir qu'un certain répondant est inacceptable en raison soit de sa réputation soit de sa situation financière et que le tribunal soit du même avis, l'accusé a la possibilité de produire un autre répondant. Selon la jurisprudence, un défendeur ne peut pas s'engager à rembourser ou indemniser la personne qui s'est portée garant pour lui, et la caution ne peut pas être versée par des compagnies d'assurances. Par conséquent, le cautionnement effectué à des fins lucratives ou commerciales est illicite, et personne ne fait profession de répondant en Angleterre. L'un des objectifs importants du système est d'assurer que le répondant qui accepte la responsabilité d'assurer la comparution du défendeur au tribunal y soit personnellement intéressé.

En acceptant la caution d'un tiers, le tribunal lui demande de se présenter pour être interrogé sur ses moyens financiers. Il lui fait bien comprendre qu'il sera responsable du montant de l'engagement si la personne qu'il cautionne ne comparait pas à l'audience, et veille soigneusement qu'il comprenne bien l'étendue de la responsabilité qu'il assume. Dans les rares cas où le cautionnement est confisqué,

la personne qui s'est portée garant n'est souvent pas tenue de verser la totalité de l'engagement.

Lorsque la mise en liberté sous caution est refusée, appel peut être interjeté auprès d'un juge de la Haute Cour. Cet appel ne revêt pas de forme juridique précise, en particulier au regard de notre habitude américaine, et il en est assez fréquemment fait usage. L'inculpé remplit un dossier qui contient la documentation relative à l'affaire, par exemple le rapport de police et les preuves, et qui est communiqué au juge en son cabinet par le *solicitor* de l'accusé ou le *solicitor* officiel si l'accusé ne peut se permettre d'en engager un à titre personnel. Un juge de la Haute Cour nous a dit qu'il instruisait fréquemment six de ces appels par jour, mais qu'une suite favorable n'était donnée que dans deux pour cent des cas environ. La mise en liberté sous caution est rarement autorisée lorsqu'un défendeur est en instance de jugement ou qu'il a fait appel d'une condamnation.

En Angleterre, le principal critère qui gouverne la mise en liberté sous caution consiste à déterminer si l'accusé comparaitra à l'audience au moment voulu. Pour cette détermination, il est tenu compte des facteurs suivants: la nature de l'infraction, le casier judiciaire de l'inculpé, la valeur des preuves à charge, la gravité des peines possibles, la réputation des répondants. Il y a également quelques décisions de jurisprudence favorables au maintien d'une personne sous les verrous non parce qu'elle pourrait ne pas se présenter au tribunal, mais plutôt pour l'empêcher de commettre un autre délit si elle reste en liberté, et ceci bien qu'elle soit présumée innocente du premier délit, ou parce qu'il est à craindre que si elle est relâchée elle n'essaie de suborner ou de faire disparaître les témoins de l'accusation (R. v. Philips, 111 J.P. 333, C.C.A. (1947)). De nombreux *barristers* et *solicitors* sont peu satisfaits de ces critères. Il n'est pas rare non plus que la police demande que l'inculpé soit détenu si d'autres enquêtes doivent être effectuées, si d'autres accusations doivent être portées contre l'inculpé ou si d'autres arrestations en rapport avec la même affaire sont envisagées. Il arrive également, nous a-t-on dit, que la mise en liberté sous caution soit refusée au moment de l'arrestation par la police, qui essaie par ce moyen de contrainte d'obtenir la «coopération» du suspect, parfois sous la forme d'aveux.

Dans de nombreux pays, ces derniers facteurs sont légalement et ouvertement pris en considération pour décider si un inculpé doit être détenu ou mis en liberté avant jugement. Aux Etats-Unis, où ces considérations sont inadmissibles et irrecevables, les juges, les magistrats chargés de l'instruction et la police en subissent néanmoins souvent l'influence.

Comme les juges anglais, on l'a vu, suivent la recommandation de la police dans plus de 95 pour cent des décisions de mise en liberté sous caution, il importe d'examiner de façon assez détaillée

les procédures appliquées par la police lorsqu'il s'agit de décider de la mise en liberté sous caution.

Un magistrat qui délivre un mandat d'arrestation peut y ajouter la stipulation que la police devra immédiatement remettre le prévenu en liberté sous caution dans des conditions qu'il spécifie. Si le mandat ne porte pas une telle mention, l'accusé doit être mis en présence d'un magistrat aussi rapidement que possible. Cependant, comme aux Etats-Unis, la grande majorité des poursuites criminelles commence par une arrestation sans mandat.

L'article 38 de la loi de 1952 sur les tribunaux de simple police (Magistrates' Courts Act) a la teneur suivante:

Si une personne est arrêtée sans mandat, pour une inculpation pénale, un officier de police ayant au moins le rang d'inspecteur, ou le chef du poste de police où ladite personne est amenée peut, et, s'il ne lui est pas possible de la faire comparaître devant le tribunal de simple police dans les 24 heures qui ont suivi l'arrestation, doit, enquêter sur l'affaire et, à moins qu'il ne s'agisse à son avis d'une infraction grave, remettre ladite personne en liberté à la condition qu'elle accepte, avec ou sans la garantie de répondants, de déposer en cautionnement une somme raisonnable qui sera acquise au Trésor si elle ne se présente pas devant le tribunal de simple police au moment et au lieu indiqués dans l'engagement.

Lorsque, de l'avis du chef de poste, il ne s'agit pas d'une infraction grave, et que la mise en liberté provisoire s'impose, il informe l'accusé de ce qui suit: «Nous allons vous relâcher sous réserve que vous déposiez à titre de cautionnement la somme de . . . livres; si vous ne comparez pas devant le tribunal une partie ou la totalité de cette somme de . . . livres pourra vous être confisquée». Lorsque l'infraction est passible d'une amende, le montant de la caution n'excède pas le maximum qui peut être infligé. Avant de relâcher un inculpé, la police vérifie au moins son domicile. Si le montant de la caution est inférieur à cinquante livres, la police accepte en général sans enquête la déclaration de l'accusé selon laquelle il dispose de moyens financiers suffisants pour faire face à l'exigence du tribunal. La police fixe rarement la caution à un montant supérieur à cinquante livres. Lorsque le montant de la caution est fixé par le tribunal, il équivaut ordinairement à une fraction seulement de ce qui serait exigé pour des infractions analogues aux Etats-Unis. Une étude du Ministère de l'intérieur sur les juridictions supérieures aux tribunaux de simple police a révélé, ce qui est assez intéressant, que 37 pour cent des défendeurs libérés sous caution avaient subi de une à cinq condamnations, et 13 pour cent six ou davantage. Un service de recherche du même Ministère a publié en 1960 un rapport intitulé «Time Spent Awaiting Trial» (Les délais préalables à la mise en jugement) selon lequel un pour cent seulement des personnes auxquelles une caution avait été demandée ont été gardées en détention avant jugement parce qu'elles n'avaient

pas réussi à trouver des répondants acceptables à la police ou au tribunal.

Dans la pratique, cependant, il semble qu'il arrive rarement que la caution soit confisquée, bien que les engagements ne soient pas toujours garantis par des répondants et soient d'un montant comparativement faible. En fait, les défendeurs qui font défaut à l'audience sont si peu nombreux que les tribunaux ne tiennent même pas de statistiques de non-comparution ou d'abandon de la caution, et les cautionnements sont si rarement confisqués que le Ministère de l'intérieur n'en établit pas de relevé, bien qu'il tienne traditionnellement des statistiques détaillées et complètes de la criminalité. Le Magistrat principal de Londres nous a dit qu'au cours de sa longue carrière quatre défendeurs seulement avaient fait défaut à l'audience. Plusieurs facteurs contribuent probablement à ce résultat, notamment le grand respect qui s'attache à la fonction judiciaire et la difficulté que l'on rencontre à quitter le pays. En outre, les prévenus considérés comme dangereux et qui chercheront probablement à s'enfuir sont immédiatement incarcérés; en général, ceux qui ne sont pas solidement établis dans leur collectivité, qui n'ont pas fait preuve de stabilité dans leur emploi ou n'ont personne à leur charge, sont gardés en détention avant jugement.

Si les cautions non garanties par des répondants sont si rarement abandonnées, par comparaison avec ce qui se passe aux Etats-Unis, c'est aussi parce que les condamnations et les peines sont plus douces en Angleterre. Les délinquants ne redoutent pas d'être condamnés à des peines aussi rigoureuses que celles qui sont imposés aux Etats-Unis. Nous avons assisté, dans un tribunal de simple police, au jugement d'une affaire dans laquelle un jeune homme qui venait de sortir de prison s'est reconnu coupable d'avoir essayé de s'emparer d'une voiture. Aux termes de la loi, il s'agit d'un délit particulier qui est distinct du vol simple. Le coupable fut condamné à trois mois de prison; aux Etats-Unis sa peine aurait probablement été d'une à cinq années de prison. Nous avons vu des cas dans lesquels des défendeurs reconnus coupables d'effraction et déjà condamnés plusieurs fois pour le même délit ont été punis d'une peine de six mois de prison. Aux Etats-Unis, la sanction aurait été bien plus sévère dans la plupart des cas.

De même, de nombreux délits sont punis d'amendes alors qu'aux Etats-Unis, ils vaudraient à leurs auteurs des peines de prison, tout au moins avec sursis. En 1961, selon le rapport du Ministère de l'intérieur sur les statistiques de la criminalité en Angleterre et dans le pays de Galles, 54,4 pour cent de toutes les personnes âgées de 17 à 21 ans reconnues coupables par des magistrats d'infractions caractérisées n'ont été condamnées qu'à des peines d'amendes, 3,9 pour cent seulement à des peines de prison et 2,8 pour cent renvoyées pour jugement au tribunal criminel trimestriel. Dans le

groupe d'âge de 21 ans et au-dessus, les magistrats ont infligé des amendes dans 58,8 pour cent des cas, des peines de prison dans 15,3 pour cent des cas, et ont renvoyé 3,1 pour cent des affaires aux tribunaux criminels trimestriels.

En 1961, les juridictions supérieures, qui instruisent les délits les plus graves, ont imposé des amendes à 9,9 pour cent des délinquants de 17 à 21 ans, des peines de prison à 11,4 pour cent, tandis que 27,9 pour cent étaient confiés à des institutions de redressement et 36,2 pour cent bénéficiaient du régime de la probation. Dans le groupe d'âge de 21 ans et au-dessus, ces juridictions ont condamné 55,4 pour cent des délinquants à des peines de prison. 16,8 pour cent à des amendes; 14,8 pour cent ont été admis au régime de la probation.

Quant aux personnes reconnues coupables d'infractions sans gravité, 95,2 pour cent ont été condamnées à une amende et 1 pour cent seulement à une peine de prison. Les juges laissent généralement aux personnes condamnées un délai d'un mois ou plus pour payer leur amende, pratique tout à fait différente de celle qui est généralement appliquée aux Etats-Unis et selon laquelle une personne qui ne peut acquitter le montant de l'amende est ordinairement incarcérée sur le champ.

La liberté conditionnelle

La liberté sous caution est parfois accordée sous réserve de certaines conditions, par exemple remettre son passeport, se présenter chaque jour ou chaque semaine au poste de police, résider dans une ville ou une maison déterminée, promettre de rester chez soi pendant le jour ou la nuit, ou pendant l'un et l'autre (ce qui équivaut pratiquement aux arrêts à domicile). Dans un cas extrême, l'accusé fut libéré sous caution à la condition de rester chez lui, de ne communiquer avec personne et de consentir que sa liaison téléphonique soit coupée. La liberté conditionnelle en Angleterre est destinée à réduire les possibilités qu'aurait un accusé de commettre de nouveaux délits et à l'empêcher de fuir.

Le recours à la citation en justice

Dans les très grandes villes et leurs environs, la police n'a que rarement recours à la citation en justice, en dehors des infractions mineures au code de la route. Une exception se produit parfois, quand un délit tel que des voies de fait ou un vol simple est découvert longtemps après avoir été commis. Toutefois, lorsque les poursuites sont intentées par des services de l'Etat, par exemple l'Administration des contributions en cas d'évasion fiscale ou le Ministère du commerce en cas de violation des prescriptions relatives aux lois sur les sociétés, la procédure débute presque inévitablement par une citation à comparaître, même lorsque des sommes considérables sont en jeu

ou lorsque les peines peuvent être sévères. En dehors des infractions au code de la route et de quelques violations du code administratif, la police des grandes villes à pour instruction de s'assurer de la personne des intéressés chaque fois qu'elle le peut. A ce qu'il nous semble, la citation à comparaître est d'un usage plus fréquent dans les régions rurales pour les deux raisons suivantes: les tribunaux ne siègent pas en permanence, et le prévenu est en général connu de la police.

Conclusion

Il est hors de doute que la mise en liberté sous caution fournie par le défendeur et par ses répondants est d'une application beaucoup plus satisfaisante en Angleterre que le système équivalent aux Etats-Unis. Selon la procédure anglaise, le riche ne bénéficie que du minimum d'avantage par rapport au pauvre en matière de mise en liberté provisoire. En Angleterre, le juge et la police s'appuient sur les éléments dont l'expérience a montré qu'ils autorisent à remettre un défendeur en liberté tout en permettant raisonnablement de croire qu'il se présentera à l'audience. Le défendeur et sa famille n'ont donc pas à résoudre d'abord le problème, souvent insurmontable et souvent ruineux, de trouver une caution et un répondant. Et l'atmosphère des palais de justice est d'autant plus pure que l'on n'y rencontre pas de professionnels des cautionnements.

Bien qu'il soit peu douteux que les procédures anglaises en matière de mise en liberté sous caution, telles qu'elles sont appliquées dans ce pays sont plus saines, plus équitables et plus démocratiques que les nôtres, il ne s'ensuit pas qu'elles puissent être transplantées telles quelles aux Etats-Unis. La justice criminelle est marquée par des différences dans la géographie, la tradition, le tempérament national et l'atmosphère générale qui forcent à réfléchir. Il est toutefois évident que nous pouvons beaucoup apprendre du système anglais de la mise en liberté sous caution, et probablement en adapter une bonne partie à notre administration du droit pénal. Mais il faudra en étudier chaque aspect au regard de notre propre expérience et de celle d'autres pays, et peut-être le mettre à l'épreuve séparément, avec prudence et à titre expérimental dans notre pays.

ITALIE

Les personnes accusés d'infractions criminelles peuvent être traduites devant trois sortes de juridiction: 1) la *Pretura* ou tribunal inférieur, qui connaît des infractions relativement peu importantes; 2) le Tribunal, qui connaît des infractions de gravité moyenne; 3) la Cour d'assises, section spéciale du Tribunal compétente pour les

infractions pénales les plus graves. Les décisions de ces diverses juridictions sont susceptibles d'appel devant une instance supérieure sur les questions de fait comme sur les questions de droit. En outre, selon la Constitution, la Cour suprême est habilitée à statuer sur tous les points de droit. Toute ordonnance ou tout arrêté provisoire affectant la liberté de la personne est susceptible d'appel devant la Cour. En 1960, quelque 50.000 demandes de révision portant sur des affaires criminelles ont été présentées à la Cour suprême.

A ces trois degrés de juridiction criminelle de première instance, le pouvoir d'arrêter ou de détenir une personne avant jugement dépend essentiellement de la peine qui peut être imposée pour l'infraction jugée. Dans la présente étude, nous nous occuperons spécialement des lois et des pratiques qui réglementent la détention avant jugement en ce qu'elles concernent les personnes suspectes ou accusées d'infractions de gravité moyenne qui relèvent de la compétence du Tribunal; c'est ordinairement dans les affaires de ce genre que les magistrats chargés de l'instruction et les juges jouissent d'une certaine latitude pour décider de la détention ou de la mise en liberté avant jugement.

La Pretura

Ce tribunal est compétent pour les infractions passibles de peines allant de l'amende à trois ans de prison. (Si une infraction punie de trois ans de prison est accompagnée de circonstances aggravantes (voir plus loin), la peine peut être renforcée sans que l'affaire sorte de la juridiction de la Pretura). Dans une grande proportion des cas, les personnes accusées d'infractions relevant de la juridiction de la Pretura sont «invitées» par la police à venir s'expliquer. Dans la majorité des cas, il n'y a pas d'arrestation en bonne et due forme, bien qu'il puisse se produire une sorte de «saisie» de la personne; dans la très grande majorité des cas précités, la détention avant procès n'est pas en usage.

Si un prévenu est détenu pendant plus de trente jours pour une affaire destinée à être appelée devant la Pretura, et qu'il ne soit pas délivré d'ordonnance de comparution, le prévenu doit être libéré. Dans la pratique cependant, le procès a généralement lieu au cours de cette période de trente jours. (Article 272 du Code de procédure pénale). D'une manière générale, comme la détention est fixée de façon discrétionnaire (art. 277), seuls sont détenus les accusés qui présentent «une tendance au crime» ou qui sont connus comme «professionnels du crime».

Il est intéressant de noter que dans certains cas, même s'il est appréhendé en flagrant délit, le délinquant ne peut être arrêté par un policier ou par un particulier lorsque le crime qu'il est en train

de perpétrer relève de la juridiction de la *Pretura*. Une telle règle, qui peut sembler paralyser l'action de la police, se trouve annulée par le fait que si le délit lui-même peut ne pas justifier l'arrestation, le refus de se conformer à «l'invitation» de se rendre au poste de police est en soi un délit pour lequel le suspect peut être saisi ou arrêté. L'arrestation par la police est différente de la détention en vertu d'un mandat de dépôt en bonne et due forme délivré par un tribunal. Les personnes arrêtées par la police doivent être relâchées dans les 48 heures ou mises à la disposition du magistrat chargé de l'instruction. La police peut demander à ce magistrat l'autorisation de prolonger la détention pendant sept jours au maximum dans les cas qui exigent une enquête préliminaire prolongée. Cependant, dans la plupart des affaires qui relèvent de la compétence de la *Pretura*, il n'y a ordinairement pas arrestation par la police. Dans les cas où une telle arrestation est opérée, elle n'est maintenue que pendant quelques heures.

Les affaires soumises à la *Pretura* qui, on s'en souviendra, comprennent les infractions les moins graves, sont présentées à un seul juge. Ce dernier remplit également la fonction de juge d'instruction pour l'enquête préliminaire sur les faits de la cause, double rôle que les partisans d'un système accusatoire tel que celui qui existe aux Etats-Unis ont assez de mal à comprendre. C'est en sa double qualité que ce magistrat décide à lui seul si le prévenu doit être relâché ou détenu avant le procès. Comme le magistrat de l'instruction se transforme en juge, pour connaître des accusations qu'il a portées lui-même et pour statuer à leur sujet, un avocat exerçant à titre privé, choisi au hasard parmi ceux qui se trouvent à ce moment-là dans l'enceinte de la *Pretura*, est désigné pour représenter l'intérêt public en l'espèce. A Rome, le magistrat informateur et juge de la *Pretura* est responsable devant le Procureur de la République du siège.

Comme le magistrat informateur fait également office du juge à la *Pretura*, il peut prononcer des ordonnances de non-lieu avant la mise en jugement. Dans les instances supérieures, le juge d'instruction n'est pas en même temps juge au tribunal. Il remplit des fonctions qui ressemblent de plus près à celles du ministère public aux Etats-Unis. Cette réunion entre les mains d'une seule personne du pouvoir de poursuivre et du pouvoir de juger, qui n'est jamais admise dans notre système judiciaire, ne peut se comprendre que dans le contexte d'une carrière judiciaire, où s'embarquent les magistrats informateurs et les juges dès le début de leur vie professionnelle. Aux Etats-Unis et en Angleterre, les juges sont souvent nommés à leurs postes après avoir gagné leurs galons comme avocats, ou par le jeu de la politique, ou pour d'autres raisons; tel n'est pas le cas en Italie. Dans ce pays, c'est une carrière que peut choisir un jeune diplômé d'une Faculté de Droit, et son avancement ultérieur dépend de ses capacités et des mérites dont il fait preuve. Au début de sa

carrière, il sera probablement juge d'instruction, puis il exercera les fonctions du juge auprès d'un Tribunal. Toutefois il n'est pas rare qu'un juge renonce à ses fonctions, pour un temps ou pour toujours, de façon à occuper un poste élevé dans la hiérarchie du parquet ou dans d'autres domaines de l'administration de la justice.

La Cour d'assises

Laissant de côté pour le moment le Tribunal intermédiaire, nous allons exposer brièvement la question de la détention avant jugement par la Cour d'assises, laquelle connaît des affaires criminelles les plus graves. Cette Cour se compose de deux juges de carrière et de six juges non-professionnels (particuliers ayant suivi au moins 8 années d'enseignement officiel et désignés pour toute la durée d'une session ordinaire de la Cour.

En raison de la gravité des actes délictueux qui relèvent de la compétence de la Cour d'assises, telle qu'elle ressort des dispositions de loi qui prévoient de longues peines de prison, la police, le magistrat informateur ou même le juge ne disposent que d'un faible pouvoir discrétionnaire pour arrêter ou faire officiellement appréhender un accusé en vue de le détenir avant le procès. Nous avons remarqué que dans les affaires relevant de la compétence de la *Pretura*, l'arrestation par la police et la détention avant jugement ne sont pas de règle. Nous relèverons plus loin que dans les délits qui seraient justiciables du Tribunal, les fonctionnaires italiens en cause ont une certaine liberté d'action. Toutefois l'arrestation par la police et la détention avant procès qui lui fait suite se produisent presque invariablement dans des affaires relevant de la Cour d'assises en raison de leur gravité.

La détention avant jugement dans les affaires qui viendront devant la Cour d'assises est fondée sur un «*ordine*» (ordre d'appréhender délivré par le Procureur de la République) ou un «*mandato*» (mandat d'amener délivré par le Juge d'instruction). Ces deux sortes de mandats ont le même but. En vertu de l'Article 253 du Code de procédure pénale, un mandat d'amener doit être délivré contre toute personne accusée de délits visés par ledit article, dont les plus graves sont passibles de la Cour d'assises, et les défenseurs doivent être gardés en détention avant jugement jusqu'à ce que la Cour ait statué sur l'affaire (voir plus loin la section «Pratiques générales» pour des exceptions à cette règle), à moins qu'une ordonnance de non-lieu ait été rendue précédemment.

Selon l'Article 253 du Code de procédure pénale, «le mandat d'amener *doit* (C'est nous qui soulignons) être délivré contre toute personne accusée:

1. d'atteinte à la sûreté de l'Etat, crime pour lequel la loi prévoit une peine de prison de cinq ans au minimum ou de dix ans au maximum, ou la réclusion à vie;

2. d'un crime pour lequel la loi prévoit une peine de prison de cinq ans au minimum et de quinze ans au maximum ou la réclusion à vie;
3. de la vente ou de l'achat d'esclaves;
4. du commerce clandestin ou frauduleux de stupéfiants;
5. de la contrefaçon de monnaie, de la mise en circulation, de l'utilisation et de l'introduction de monnaie contrefaite dans le territoire de l'Etat.

La compétence de la Cour d'assises s'étend aux actes délicieux passibles d'une peine de prison supérieure à dix ans et à certains délits spécifiés, notamment les atteintes à la sûreté de l'Etat (trahison, espionnage, etc.), l'homicide volontaire, les crimes relatifs au maintien de personnes en esclavage, le vol qualifié, l'extorsion qualifiée, le rapt, le commerce de produits alimentaires frelatés, et d'autres encore.

Le Tribunal

Le Tribunal se compose de trois juges de carrière. C'est devant cette instance, qui connaît des infractions pénales relativement graves, que la faculté d'imposer la détention avant jugement est le plus souvent invoquée, entraînant par là des décisions difficiles. Le Tribunal est compétent pour les infractions qui ne relèvent pas spécialement de la Cour d'assises ou de la *Pretura*. Les règles et les normes qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministère public et du juge sont assez malaisées à comprendre pour ceux qui sont habitués au droit criminel anglo-américain. Selon l'Article 254 du Code de procédure pénale:

Le mandat d'amener *peut* (C'est nous qui soulignons) être délivré contre une personne accusée:

1. d'un délit non-intentionnel (*delitto non colposo*) pour lequel la loi prévoit une peine de prison qui, au maximum, ne saurait être inférieure à trois ans;
2. d'un délit non-intentionnel (*delitto non colposo*) pour lequel la loi prévoit une peine de prison qui, au maximum, ne saurait être inférieure à deux ans si l'accusé a été condamné plus de deux fois pour délit du même genre ou a été condamné une fois déjà pour un délit du même genre ou s'il ne réside pas dans l'Etat, ou s'il a pris la fuite ou se prépare à prendre la fuite;
3. d'un délit non-intentionnel (*delitto non colposo*) pour lequel la loi prévoit une peine de prison qui, ne saurait être inférieure à deux ans au minimum, et, au maximum, ne saurait être inférieure à cinq ans.

Pour bien comprendre le fonctionnement du Tribunal en ce qui concerne la détention avant jugement, il est nécessaire de retracer la procédure suivie à partir du moment où la police arrête le suspect ou l'inculpé, lorsqu'elle se trouve dans une situation où elle peut exercer son pouvoir d'arrestation. Dans un délai de 48 heures (et

généralement plus court), la police relâche le suspect ou le place à la disposition du Procureur de la République. Dans ce cas, c'est le Procureur de la République qui décide si l'inculpé doit être relâché, ou s'il doit être détenu pour interrogatoire et complément d'enquête par la police, ou encore si un mandat formel d'arrestation et de détention avant jugement doit être délivré. Dans le système américain, le principal critère est de savoir si l'inculpé reviendra se présenter au Tribunal. En Italie, le ministère public et les juges, pour diverses raisons, ne se préoccupent pas spécialement de l'absence éventuelle de l'accusé, mais bien plus de ce que serait sa conduite s'il était remis en liberté jusqu'au procès. Comme en Suède et au Danemark, les critères expressément énoncés sont la gravité du délit commis, le risque que l'accusé ne corrompe des témoins ou ne falsifie des preuves, l'existence d'un casier judiciaire chargé et la crainte que l'inculpé ne commette d'autres délits s'il reste en liberté. (Pour être juste à l'égard des systèmes italien, danois, et suédois, il convient de relever que les mêmes considérations influent, consciemment ou non, sur les décisions en matière de mise en liberté sous caution prises par de nombreux juges aux Etats-Unis en Angleterre).

Les fonctionnaires italiens et les avocats de la défense avec lesquels nous nous sommes entretenus ont clairement exposé qu'un élément supplémentaire pèse sur les décisions relatives à la mise en liberté provisoire ou à la détention avant jugement. Il s'agit de la coopération que l'inculpé apporte au ministère public pour l'instruction de l'affaire ou de son «utilité» pour le ministère public. Il répugne évidemment à ceux qui sont habitués aux conceptions du droit anglo-américain de penser que la liberté d'une personne jusqu'à sa mise en jugement puisse dépendre de telles considérations. Les magistrats chargés de l'instruction, les juges et les autres fonctionnaires de l'Etat avec lesquels nous avons examiné cet aspect de l'administration de la justice criminelle ont été franchement en faveur de cette pratique. Il n'y a pas à dissimuler qu'en Italie des aveux complets sont probablement considérés par le ministère public comme une marque de coopération sans réserve. D'autre part, la dureté de cette norme peut être atténuée par la personnalité des fonctionnaires qui appliquent la loi et par le fait qu'ils sont des fonctionnaires de carrière. Il semble que règne à l'égard de l'inculpé une atmosphère générale de protection qui reflète l'attitude de l'Etat et de ses fonctionnaires à l'égard des citoyens. Et il existe une variante de cette notion de «coopération» qui est pratiquée aux Etats-Unis par certains magistrats chargés de l'instruction. La mise en liberté avant jugement et une recommandation d'indulgence au Tribunal peuvent récompenser un accusé dont le témoignage a mis en cause un défendeur plus important.

De nombreuses critiques se sont élevées récemment en Italie contre le Code de procédure pénale auquel il est reproché de ne pas

se conformer à l'esprit de la Constitution démocratique d'après-guerre. Le Parlement italien a délégué au Gouvernement le pouvoir de promulguer un nouveau Code de procédure pénale dans un délai de quatre ans. La nouvelle loi se fondera vraisemblablement sur un code-type déjà élaboré sous les auspices du Gouvernement. Le code-type adopte à l'égard des droits de l'accusé une attitude tout à fait différente de celle du code actuel. Il prévoit, par exemple, que l'accusé a le droit d'être assisté d'un conseil avant d'être interrogé par le juge d'instruction, et que s'il n'a pas choisi de défenseur, le procureur doit commettre un avocat d'office.

Revenons maintenant au déroulement chronologique de la procédure d'arrestation et de détention: lorsqu'une affaire relevant de la compétence du Tribunal a été transmise par la police au Procureur de la République, celui-ci doit interroger l'accusé aussi rapidement que possible et en tout état de cause dans un délai de trois jours. S'il décide de poursuivre l'affaire, le procureur dispose de 40 jours pour mener à bien l'enquête préliminaire et demander l'inscription de la cause aux rôles du Tribunal. Il peut maintenir en détention avant jugement pendant cette période une personne qui fait l'objet d'une enquête, mais on nous a dit que la détention se prolonge rarement pendant tout ce temps. Si l'affaire n'a pas été complètement instruite dans ce délai, le parquet doit la renvoyer, pour une sorte d'audience préliminaire, au *Giudice Istruttore* (le Juge d'instruction).

Le Juge d'instruction procède d'une manière très semblable à celle du procureur pour préparer une affaire. Il interroge l'inculpé, la victime du délit signalé ainsi que les témoins éventuels, et convoque des experts en cas de besoin. Le conseil de l'inculpé n'est pas présent lorsque le procureur ou le Juge d'instruction interroge l'inculpé et les témoins. En fait, au cours de ces périodes de préparation et d'interrogatoire, le défenseur ne peut conférer avec l'inculpé qu'avec l'approbation du procureur ou du juge. On nous a toutefois assuré que dans la pratique cette approbation est rarement refusée. Le défenseur peut discuter officieusement avec le procureur ou le juge de la possibilité de remettre son client en liberté avant jugement pendant la période de l'enquête préliminaire.

Lorsqu'il a terminé ses auditions, le Juge d'instruction renvoie au procureur, pour étude, le dossier de l'affaire qui contient les déclarations des témoins, les rapports d'expertise, etc. Si le procureur décide de recommander au même juge que l'inculpé soit mis en accusation, il recommande alors soit le maintien de la détention soit la mise en liberté avant jugement. Après avoir reçu la recommandation du procureur, le Juge d'instruction transmet le dossier au défenseur et en général entend pour la première fois officiellement l'avocat au sujet de l'accusation portée contre son client. C'est à ce point que le Juge d'instruction décide finalement si l'inculpé doit

être mis en accusation ou si une ordonnance de non-lieu s'impose. Ce magistrat ne peut pas siéger en tant que l'un des trois juges au procès d'un défendeur qu'il a inculpé. Lorsqu'il décide s'il y a lieu de prolonger la détention avant jugement, le juge se fonde sur les mêmes considérations que le procureur. C'est pourquoi il est rare qu'il relâche un défendeur qui a été maintenu en détention par le procureur pendant l'instruction, ou qu'il passe outre à la recommandation du procureur de maintenir la détention. Lorsque l'inculpé a été formellement arrêté, son conseil peut demander au procureur ou au Juge d'instruction sa mise en liberté à tout moment pendant l'instruction de l'affaire. Même le premier jour d'un procès, le conseil peut réclamer la mise en liberté de son client, et parfois il l'obtient.

Pratiques générales

Dans les cas où le mandat d'amener n'est pas de rigueur, la détention avant jugement ne peut excéder six mois si la sanction pénale la plus lourde qui puisse frapper l'infraction jugée est supérieure à quatre ans, et trois mois si la loi prévoit une peine de plus courte durée. Dans les cas où le mandat d'amener est obligatoire, la détention avant jugement ne peut dépasser deux ans si la loi prévoit une peine de prison de 20 ans au moins ou perpétuelle au plus, ou un an si la peine prévue est de plus courte durée (article 272 du Code de procédure pénale). Le temps passé en prison avant la mise en jugement est déduit de la peine d'emprisonnement qui sera prononcée (article 137 du Code pénal). On nous a assuré cependant que la période de détention préventive n'atteignait que rarement le maximum permis.

Il y a des éléments extrinsèques qui constituent des «circonstances aggravantes». Nous avons signalé la corrélation qui existe entre l'arrestation d'une personne par la police, la détention avant jugement et l'échelle des sanctions applicables. Une seule circonstance aggravante peut augmenter la peine d'un tiers au maximum et la combinaison de plusieurs de ces circonstances peut aller jusqu'à faire tripler la peine maximum prévue par la loi. Cette règle générale est limitée cependant par les dispositions énoncées à l'article 66 du Code pénal. Ainsi, une affaire dans laquelle la détention avant jugement aurait été facultative peut passer, si elle s'accompagne de circonstances aggravantes, dans la catégorie pour lesquels la détention est obligatoire. Cette règle est peut-être d'une importance minime pour les affaires qui viennent devant le Tribunal, car les circonstances aggravantes, même si elles n'impliquaient pas un renforcement de la peine, inciteraient ordinairement le juge à user de sa latitude pour imposer de toute façon la détention avant jugement. Mais, les circonstances aggravantes peuvent avoir pour résultat de faire passer une affaire

de la juridiction de la *Pretura* à celle du Tribunal, et ce dans une catégorie où la détention avant jugement devient facultative. Les circonstances aggravantes sont notamment la cruauté dans la perpétration d'un crime, l'abus d'autorité (de la police vis-à-vis d'un détenu, du chef de famille vis-à-vis de sa femme et de ses enfants, etc.), l'abus d'hospitalité, et le préjudice financier grave. L'incendie par négligence, par exemple, est passible d'une peine de prison d'un an au moins et de cinq ans au plus. Cette infraction s'accompagnerait d'une circonstance aggravante si l'accusé avait agi comme il l'a fait tout en pouvant prévoir la possibilité d'un sinistre. La présence d'une telle circonstance allongerait la peine maximum d'un tiers, la portant à six ans et huit mois; la durée de cinq ans se trouvant ainsi dépassée, il serait possible de délivrer un mandat de dépôt.

Pour terminer et résumer cet exposé complexe, nous soulignons donc qu'un inculpé détenu avant jugement doit être relâché s'il n'a pas été l'objet d'un acte d'accusation dans le délai prescrit par la loi. Sauf lorsque le mandat de dépôt est obligatoire, il peut être remis en liberté si le juge, faisant usage de la latitude qui lui est impartie, estime que le maintien de l'inculpé en détention n'est pas nécessaire à l'instruction de la cause ou qu'en raison de sa bonne conduite passée ou de considérations de famille ou de santé, l'inculpé mérite d'être mis en liberté provisoire. La coopération de l'inculpé est encore un élément important qui pèse sur la décision prise par le juge à cet égard. Même dans des cas où la délivrance d'un mandat de dépôt est obligatoire, l'inculpé doit être relâché si les indices de culpabilité retenus avant le procès sont insuffisants. En outre, le prisonnier doit être élargi si le mandat d'arrêt est annulé pour vice de forme, ou invalidé en raison de l'apparition de faits nouveaux.

Quand un prisonnier est libéré en vertu de l'une des dispositions qui requièrent la relaxation, il recouvre sa liberté pleine et entière. Au contraire, quand l'élargissement découle du pouvoir discrétionnaire du juge, il peut être soit relaxé sur le champ jusqu'au procès, soit mis en liberté provisoire. La cour peut lui imposer l'obligation de rendre son passeport, ou l'assigner à résidence dans une ville déterminée, ou l'obliger à se présenter à un poste de police à des dates spécifiées. La liberté provisoire peut être révoquée si l'accusé enfreint ces conditions, s'il se prépare à fuir ou s'enfuit effectivement, ou s'il récidive.

Le recours à la mise en liberté sous caution en Italie est très restreint, car une entrave financière à la liberté est considérée comme antidémocratique. Il convient de mentionner qu'en Italie un accusé n'est pas présumé tout à fait innocent, mais plutôt non coupable (article 27 de la Constitution). Le Procureur général de Rome nous a déclaré qu'un contrat de caution entre l'Etat souverain et un particulier est l'antithèse même de la philosophie du droit italien. Bien que la loi contienne des dispositions relatives à la fourniture

d'une caution les dispositions en la matière sont rarement invoquées. Un juge au Tribunal nous a dit qu'il fixait une caution dans un cas sur cinq cents à peu près, et seulement lorsque le délit résultait d'une catastrophe, par exemple, l'effondrement d'un pont, et que le montant de la caution représentait une garantie pour les plaignants qui pouvaient intervenir dans une action du criminel afin d'obtenir des dédommagements au civil.

Nous avons déjà dit que les magistrats chargés d'administrer la justice criminelle en Italie ne s'inquiètent guère de la possibilité qu'un accusé fasse défaut au procès, et en fait cette éventualité se réalise rarement. L'une des raisons en est peut-être qu'en Italie, comme en Angleterre, la sanction qui frappe l'individu coupable d'une infraction pénale est bien moins rigoureuse qu'aux Etats-Unis. Selon l'annuaire statistique italien, plus de 50.000 personnes ont été condamnées à des peines de prison en 1960, mais sur ce nombre seulement 384 ont encouru une peine de cinq à dix ans, 266 de plus de dix ans et 34 la réclusion à vie. Si le délinquant moyen n'a pas à redouter un châtiment sévère, il faut ajouter que d'autre part les défendeurs accusés de crimes graves ne sont en aucun cas relâchés avant l'ouverture de leur procès.

Avant de déplorer les possibilités d'oppression que renferme la procédure italienne de détention avant jugement, il conviendrait d'étudier une autre rubrique de l'annuaire statistique. Environ 10 pour cent (23.939) des personnes (234.584) formellement accusées par la police d'infractions criminelles autres que les infractions au code de la route, ont été immédiatement arrêtées. Les autres, soit 90 pour cent, n'ont même pas été internées quelques heures avant de passer en jugement. Aux Etats-Unis, peu d'instances malgré leur système de mise en liberté sous caution, pourraient montrer de pareils pourcentages. Le nouvel intérêt manifesté dans certains milieux à l'égard de la citation à comparaître, pour remplacer l'arrestation en cas d'infractions ou de délits mineurs, est peut-être un premier pas vers la diminution du nombre des arrestations inutiles.

Il se peut que certains chefs d'accusation qui n'entraînent pas d'arrestation en Italie soient si peu graves qu'il en serait de même aux Etats-Unis. Néanmoins, même en n'accordant qu'une valeur superficielle à la statistique ci-dessus, il est probable que le pourcentage des défendeurs italiens maintenus en détention avant jugement est plus faible que dans la plupart des villes des Etats-Unis, où une présomption d'innocence sans réserve est de règle. Le système inquisitoire d'administration de la justice criminelle en Italie a sa rudesse, comme nous l'avons observé. Mais si, malgré tout, la pratique italienne en matière de détention avant jugement permet dans la plupart des cas de traiter plus généreusement les défendeurs, nous y trouverons peut-être un argument de poids pour examiner

d'un regard neuf nos propres procédures en matière de mise en liberté sous caution.

Le tribunal des mineurs

Comme nous l'avons souligné dans notre introduction, l'Italie partage les préoccupations que suscite partout dans le monde l'application d'un traitement raisonnable à la jeunesse délinquante. La responsabilité pénale commence à l'âge de quatorze ans. Aucun enfant au dessous de cet âge ne peut être accusé au criminel. Des dispositions analogues à celles qui existent dans de nombreux autres pays prévoient les mesures de sécurité et le traitement de rééducation qui peuvent être imposés au mineur de cet âge.

Il existe aussi des dispositions spéciales pour le groupe des délinquants âgés de 14 à 18 ans, bien qu'au regard de la loi ils soient responsables de leur conduite criminelle. Le tribunal des mineurs est composé de deux juges de carrière et de deux juges non professionnels ayant l'expérience des œuvres sociales. Nous avons remarqué avec un vif intérêt que l'on s'efforce de trouver des juges de l'une et l'autre catégorie qui soient réellement pénétrés d'un grand sens social.

Les articles 253 et 254 du code de procédure pénale relatifs à la détention obligatoire ou facultative s'appliquent également aux jeunes, mais l'autorité fait preuve ici d'une plus grande douceur. Toutefois, si la détention paraît s'imposer, elle a lieu dans des institutions d'observation spéciales où les adolescents de 14 à 18 ans sont envoyés en attendant qu'il soit statué sur leur sort. Ils ne se trouvent donc pas en contact avec des inculpés plus âgés pendant leur détention. Ceux qui sont accusés de délits moins graves demeurent presque toujours en liberté, à moins que les conditions de vie dans leur foyer n'exigent leur placement dans une institution pour assurer leur protection.

Si un adolescent appartenant à ce groupe d'âge est reconnu coupable et condamné à une peine de prison, il est interné dans une maison de redressement spéciale pour la jeunesse. Les jeunes délinquants qu'il semble possible de récupérer en vue d'une existence utile peuvent être «réhabilités», ce qui signifie qu'il n'est pas fait mention de leur casier judiciaire dans les attestations que la police leur délivre à destination d'employeurs éventuels et des fonctionnaires de l'Etat qui établissent les passeports, les permis de conduire, etc. Il existe une liste d'avocats qui ont manifesté le désir de défendre les jeunes délinquants. Cent cinquante adolescents seulement appartenant à ce groupe d'âge purgent actuellement des peines de prison à temps. En 1960, plus de 3.500 étaient soumis à divers traitements de rééducation et de réadaptation convenant à leur âge, à leurs capa-

cités et à leur personnalité. Les deux tiers d'entre eux se trouvaient dans des centres de rééducation, dont la plupart relèvent de l'initiative privée et non directement de l'Etat.

Il semble que l'on recoure très souvent au sursis lorsqu'il s'agit de personnes convaincues d'infractions mineures ou de gravité moyenne, en particulier lorsqu'il s'agit de délinquants primaires. On nous a dit que la décision de mise en liberté provisoire est nettement influencée par la quasi-certitude que le défendeur, s'il est reconnu coupable, bénéficiera très probablement du sursis. Il semble que les juges soient généreux en prononçant des peines avec sursis dans tous les groupes d'âge. L'accusation et la défense sont habiles à prévoir l'octroi du sursis et dans ce cas, le défendeur sera peut-être avisé par son conseil qu'il n'a pas besoin de se présenter à l'audience, ce qui est tout à fait inhabituel dans une cour criminelle américaine ou anglaise. La loi ne prescrit nulle part la présence du défendeur au procès ou à une étape quelconque des poursuites après l'enquête préliminaire du juge d'instruction, et il n'est pas rare qu'un jugement soit rendu et une peine avec sursis prononcée en la seule présence de l'avocat.

BERNARD BOTEIN,

*Juge, Division d'Appel de la Cour
Suprême, New-York*

et HERBERT J. STURZ,

*Directeur exécutif de la Fondation
Vera, Directeur du «Manhattan
Bail Project».*

JUSTICE ET SÛRETÉ DE L'ÉTAT *

Puisque ce rapport a pour but essentiel de constituer une introduction à la discussion qui doit suivre sur ce sujet, il devrait donc être bref et se borner à mettre en lumière les principaux problèmes soulevés par cette question, ainsi que les données de ces problèmes; les uns et les autres devraient être présentés d'une façon objective, et c'est sans doute pourquoi ce rapport a été confié à un professeur.

Je m'efforcerai, autant que possible, d'atteindre à l'objectivité requise, mais je dois avouer, d'ores et déjà, que la brièveté désirable ne sera pas réalisée.

Quelles sont, tout d'abord, les données fondamentales de la question que nous devons discuter aujourd'hui (I)? Nous examinerons ensuite quels sont les différents problèmes que cette question peut poser (II), et enfin la façon dont ces problèmes paraissent avoir été résolus jusqu'à présent (III).

I

Tout gouvernement, quel qu'il soit, quelle que soit la forme politique qu'il revêt, quelle que soit la légitimité de son accession au pouvoir, doit faire face à un certain nombre de devoirs impérieux:

1° - Il doit *assurer le bon ordre*. Cette tâche du gouvernement est si fondamentale que les théologiens en tiennent compte dans l'appréciation de la légitimité du pouvoir et de l'obéissance qui lui est due. Les juristes ne sont pas moins soucieux de cet aspect indispensable d'un gouvernement digne de ce nom. Un gouvernement qui assure l'ordre est déjà un gouvernement de fait, et qui mérite pour cette seule raison une certaine considération.

Le maintien de l'ordre est assuré par des moyens divers, les uns d'ordre administratif, et les autres d'ordre répressif.

Les moyens répressifs ne peuvent normalement être forgés pour la circonstance. C'est au pouvoir législatif qu'il appartient de prévenir à l'avance les citoyens des agissements qui ne peuvent être tolérés sans risque de troubler l'ordre public et qui, par suite, exposent à des sanctions pénales. «La loi ne doit défendre que les actions contraires à la société» disait la Déclaration des Droits de l'Homme, c'est à dire contraires à l'intérêt général de la collectivité pour laquelle on légifère.

En particulier, les droits privés des individus doivent faire

* Rapport présenté par le professeur Georges Levasseur le 29 juin 1963 à l'assemblée générale annuelle de *Libre Justice*, section française de la Commission internationale de juristes.

l'objet d'un respect suffisant. Il ne faut pas que les autres citoyens s'avisent d'y porter atteinte, qu'il s'agisse de l'intégrité corporelle, du patrimoine ou de la réputation de ces individus privés.

Telle est la fonction ordinaire des lois pénales et de la justice répressive. Les pouvoirs publics utiliseront celles-ci, et sont tenus de le faire pour assurer un ordre suffisant au sein de la collectivité qu'ils gouvernent.

2° – Tout gouvernement *doit assurer un bon fonctionnement des services publics* dont il assume la charge, et qui sont nécessaires au développement harmonieux de la vie sociale dans le groupement qu'il régit.

Il y parviendra par divers moyens, au besoin coercitifs (par exemple la réquisition du matériel ou du personnel nécessaires au fonctionnement régulier de ces services publics). Mais là aussi, il sera appelé à faire un assez large usage des sanctions pénales. En effet, ceux qui entravent le bon fonctionnement des services publics nuisent incontestablement à l'intérêt général; il est donc normal que ce comportement les expose à des sanctions pénales.

3° – Tout gouvernement *doit assurer évidemment la survie du groupe national*, son indépendance ou son autonomie en tant que groupe; par suite, il doit légitimement lutter contre tout ce qui pourrait amener la disparition du groupe, son annexion à un pays étranger ou sa mise en servitude. Le patriotisme a été de tous temps une vertu respectée et entretenue soigneusement par les pouvoirs publics, de façon à être plus facilement aidés dans leur tâche grâce à cette attention générale.

Divers moyens s'offrent aux pouvoirs publics, au gouvernement, pour assurer cette sauvegarde du groupe national: les ententes internationales qu'il peut conclure et les rapports de bon voisinage qu'il peut entretenir; l'organisation militaire, qui lui permettra de faire face à toute attaque éventuelle: forces armées, matériel, armement; des règles suffisamment efficaces en cas de guerre ou de péril.

A vrai dire, à l'époque moderne, cette tâche est devenue plus complexe; la défense nationale ne se conçoit pas, en effet, sans une organisation économique adaptée aux besoins de la guerre totale, guerre qui peut être de longue durée.

Là encore, il est d'usage immémorial de prendre des sanctions pénales contre ceux qui trahissent. La trahison a de tout temps été considérée comme l'acte le plus infâme, et l'accusation d'être un «traître» est toujours la pire injure et la plus efficace. La trahison, même à l'époque moderne, est encore considérée comme une sorte de parricide. Par suite, tous ceux qui affaiblissent de façon quelconque le potentiel militaire national doivent être condamnés sans défaillance.

Nous voyons déjà apparaître ici le problème de la sûreté de l'Etat.

4° — Tout gouvernement *doit assurer aussi son autorité* (dans les domaines les plus divers) *et sa propre sécurité*. S'il n'en était pas ainsi il serait voué à la disparition, ou tout au moins à la paralysie, et serait exposé à ne plus remplir les tâches qui lui incombent.

Va-t-il alors, dans ce domaine aussi, utiliser des sanctions pénales, alors qu'il ne s'agit plus peut-être de protéger la « société », le groupe national, mais plutôt un certain régime politique ou même une équipe dirigeante? Quels moyens est-il fondé à employer pour assurer sa persistance, persistance qui est un phénomène biologique et qu'il est parfaitement légitime et normal de vouloir réaliser?

On a proposé quelquefois l'organisation d'une répression qui ne serait pas proprement pénale, d'une « répression politique », ayant ses règles et ses sanctions particulières. L'ampleur d'une telle répression politique serait variable selon le degré de libéralisme du régime en cause et le degré de critique qu'il tolère.

Les gouvernements du droit intermédiaire se montraient, dans ce domaine, assez chatouilleux, et il est curieux de lire dans la loi du 27 nivôse an VIII l'article 5 suivant: « Seront supprimés sur le champ tous les journaux qui insèrent des articles contraires au respect dû au pacte social, à la souveraineté du peuple et à la gloire des armées, ou qui publieront des invectives contre les gouvernements et les nations alliées de la République, lors même que ces articles seraient extraits de feuilles étrangères ». Ces dispositions n'exhalent-elles pas un parfum d'une récente actualité?

Ce qui fait la difficulté, c'est que ce domaine touche à l'expression des opinions; or, l'opinion est un phénomène extrêmement fluide et très difficile à incriminer, (cependant les criminalistes savent qu'il n'y a pas de répression pénale possible sans une incrimination légale préalable et précise). Ces manifestations d'opinions peuvent être extrêmement dangereuses pour un régime et le conduire rapidement à sa perte.

Là encore les grands ancêtres, par la loi du 23 août 1791, avaient posé des limites très nettes à la liberté d'opinion qu'ils proclamaient: « Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi à raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier sur quelque matière que ce soit, *si ce n'est qu'il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l'aviilissement des pouvoirs constitués, la résistance à leurs ordres notés, ou quelques unes des actions déclarées crimes ou délits par la loi.* »

Mais sans aller jusqu'à l'incrimination des opinions, un gouvernement peut légitimement sévir contre les activités subversives. En effet, une campagne d'opinion sera rarement suffisante pour renverser un régime; celui-ci ne tombera jamais comme un fruit mûr, il est à tout le moins nécessaire de secouer l'arbre. C'est pourquoi les adversaires du régime, pour parvenir à leurs fins, doivent généralement recourir à des moyens illégaux, voire violents.

Mais à ce moment là l'ordre public est troublé, ou les services publics sont interrompus, des atteintes à l'intégrité physique ou au patrimoine des particuliers (ou des fonctionnaires, ou des personnes morales du droit public) vont être commises. Dès lors les intérêts du groupe social se trouvent visiblement en jeu, et la répression pénale peut intervenir avec une meilleure conscience.

5° – Car l'Etat *doit aussi assurer la justice, le règne du droit*, qui est la condition fondamentale de toute société organisée. C'est même la plus élevée de ses tâches, particulièrement noble, mais particulièrement difficile.

Rendre la justice est la prérogative fondamentale de toute autorité, de tout chef de groupement (même familial) dans la sphère de ses attributions autonomes. Plus encore que par la façon dont il administre et par la prospérité qu'il donne à son peuple, c'est par la façon dont il rend la justice qu'un gouvernement s'attire le respect et l'admiration, peut-être l'attachement, de ses ressortissants, et gagne du prestige aux yeux des étrangers. Au fonctionnement de la justice on peut juger une civilisation; une injustice retentissante est une tâche dont un régime ne se lave jamais complètement devant l'histoire.

La justice doit être rendue conformément à certaines exigences morales (peut-être pas éternelles, mais tout au moins durables), conformément aussi à certaines contingences locales ou sociales qui imposent de peser tous les éléments de la cause dans un difficile arbitrage entre les intérêts de la société (qui peuvent être complexes), et la protection de l'individu (dans sa liberté, ses libertés, et sa personnalité) à qui on reproche son comportement.

Voilà quelques données de base qui me paraissent sociologiquement établies et qui ne doivent pas être perdues de vue lorsqu'on examine les problèmes soulevés par la confrontation des exigences de la *justice* ainsi définie avec celle de la sauvegarde de la *sûreté de l'Etat*.

II

Quels sont ces problèmes?

- 1) **Un premier problème vient peut-être de la distinction souhaitable entre les périodes normales et les périodes exceptionnelles.**

Toutes les règles de la vie sociale (dont les plus importantes sont assorties de sanctions pénales) imposent des limitations à la liberté des individus. Elles doivent être organisées de façon à laisser à ceux-ci le maximum de liberté compatible avec l'intérêt général et l'harmonisation des relations individuelles.

Mais il peut surgir des circonstances exceptionnelles où l'harmonie de la vie sociale, et peut-être la protection des membres du groupe, la survie de celui-ci, imposent des limitations plus grandes à la liberté, des obligations plus strictes, une justice plus rapide et des sanctions plus rigoureuses.

Il peut en être ainsi en cas d'épidémie dangereuse, en cas de crise économique, en cas de catastrophe atmosphérique ou sismique; mais il en sera particulièrement ainsi en ce qui concerne la sûreté de l'Etat si surviennent des circonstances qui mettent cette sûreté particulièrement en péril. La guerre en est un exemple, le plus ancien et le plus classique. C'est lui qui justifiait, dans la république romaine, l'instauration de la dictature et l'abandon passager des libertés démocratiques: «*caveant consules ne respublica malum caperetur*». «Respublica»: il s'agit bien de sûreté de l'Etat.

Le groupe *Libre Justice* a reconnu la nécessité d'instaurer un régime spécial pour les circonstances exceptionnelles; mais ce régime spécial doit être prévu et organisé à l'avance, et pouvoir être déclenché quand l'éventualité se présente. Il doit constituer une version améliorée et adaptée à notre temps de la vieille notion d'état de siège, que n'ont jamais méconnue les républicains; nul ne s'étonne qu'en cas de guerre des obligations plus impérieuses soient imposées, en particulier dans tout ce qui intéresse la défense nationale.

En dehors de la guerre étrangère effective, l'état de tension extérieure, les troubles intérieurs profonds permettant de redouter des événements graves pour la vie nationale, peuvent donc justifier la mise en vigueur d'un régime juridique aboutissant à une justice plus sévère, notamment lorsque la sûreté de l'Etat est en jeu.

2) Un second problème est celui de la distinction, parmi les agissements compromettant la sûreté de l'Etat, entre la sûreté extérieure et la sûreté intérieure.

La sûreté extérieure paraît toucher à la chair même de la nation, à l'existence même de la communauté nationale. Il a toujours été admis que les attentats à la sûreté extérieure en cas de guerre devaient être réprimés de façon impitoyable. En temps de paix un peu plus de libéralisme est de mise, car le danger est moins immédiat; il existe cependant, et l'application de peines de droit commun à ces agissements en 1939 avait paru rencontrer un assentiment assez général.

La sûreté intérieure, au contraire, paraît concerner plutôt les intérêts du régime car ceux qui attentent à cette sûreté intérieure visent généralement, non seulement à embarrasser le gouvernement, mais surtout à s'en débarrasser; d'où l'idée que ces infractions sont liées au jeu de la politique, et justiciables, à ce titre, d'une répression

particulière, avec d'autres peines et organisées dans un autre esprit.

Nous rencontrons ici le problème de l'incidence des considérations politiques dans l'organisation de la répression des attentats contre la sûreté de l'Etat, et notamment du caractère politique de ces infractions.

3) Le troisième problème est en effet celui de la distinction des infractions politiques et des infractions de droit commun.

Les considérations exposées à l'instant amèneront peut-être à penser que seuls les attentats contre la sûreté intérieure ont un caractère politique, et que les attentats contre la sûreté extérieure ressortissent au droit commun.

Pourtant, la tradition du 19^e siècle estimait que ces deux catégories d'infractions avaient aussi bien l'une que l'autre un caractère politique, et elle les punissait de peines de même nature. L'ordonnance du 4 juin 1960 a d'ailleurs renoué avec cette tradition.

En effet, le recours à l'aide étrangère pour aider au renversement d'un régime (soit que cette aide étrangère soit provoquée, soit qu'elle ait été simplement utilisée) est un phénomène très ancien, et dont on peut aussi citer de nombreux exemples récents. Ce recours à l'étranger est-il condamnable en soi, comme une atteinte à la nation? Ce n'est pas sûr; on peut concevoir, en effet, que l'aide étrangère accordée soit désintéressée et n'impose pas, à l'issue du conflit, à la collectivité nationale, une amputation territoriale ni une servitude économique; des sympathies idéologiques pourront amener une aide vraiment désintéressée, comme ce fut le cas avec la restauration de la monarchie et comme d'autres exemples s'en sont encore présentés récemment.

Dans ces conditions, l'attentat à la sûreté extérieure n'est pas plus condamnable que l'attentat à la sûreté intérieure. Par des moyens différents, l'un et l'autre peuvent tendre à la même fin, c'est à dire au renversement du régime. Mais en France, les régimes politiques venus ou revenus «dans les fourgons de l'étranger» ont toujours soulevé de fortes préventions, et c'est encore une bonne arme politique que d'accuser ses adversaires d'être les agents de l'étranger. Précisément, le conflit international des idéologies amène volontiers à soupçonner les comploteurs nationaux de bouleverser finalement l'équilibre international à raison du changement de régime intérieur qu'ils veulent réaliser.

Ainsi donc, infractions contre la sûreté intérieure et infractions contre la sûreté extérieure se rapprochent et sont aujourd'hui plus voisines que jamais. On peut donc penser qu'elles doivent être soumises les unes et les autres à un régime identique. Mais certains verraient ce régime identique comme un régime «politique» et les

autres au contraire comme un régime de droit commun.

Qu'est-ce d'ailleurs qu'une *infraction politique*, et pourquoi bénéficie-t-elle d'un régime particulier?

Le problème déborde largement celui de la sûreté de l'Etat. C'est ainsi, par exemple, que les délits de presse sont considérés comme des infractions politiques, alors qu'ils ne mettent pas forcément en danger la sûreté intérieure de l'Etat, et se bornent simplement à excéder les limites que le législateur a posées à la liberté d'expression des idées et des opinions.

La justification du régime particulier des infractions politiques tient moins à la nature des agissements qu'au fait que l'auteur de ces agissements n'a pas un caractère antisocial, mais seulement anti-gouvernemental. Ce n'est pas un vil criminel ennemi de la société, mais un homme intelligent, un homme de progrès qui cherche le bonheur de ses concitoyens et qui se trouve contraint d'employer parfois des moyens illégaux et même violents pour parvenir à réaliser certaines réformes politiques, économiques ou sociales. Ainsi, la criminalité politique serait différente dans son essence même de la criminalité ordinaire. D'où la nécessité de sanctions spéciales pour la réprimer, sanctions qui n'auraient pas le caractère déshonorant des peines habituelles, qui ne présenteraient pas non plus la même ampleur que celles-ci, et qui appelleraient facilement l'amnistie.

4) Mais alors s'ouvre un quatrième problème: celui des infractions mixtes.

Certains agissements, tombant objectivement sous le coup de la loi pénale comme infractions de droit commun, ont pu être commis dans le but de parvenir à un changement de régime; ce mobile «noble» suffira-t-il à faire considérer comme politique une infraction qui, indirectement, visait la sûreté de l'Etat? L'action politique peut-elle être considérée comme une sorte de fait justificatif, ou tout au moins comme donnant une coloration politique à des comportements extérieurement criminels?

Tel sera le cas des destructions d'objets d'utilité publique ou des violences à agents commises au cours d'une manifestation; de l'incendie d'un établissement public, (ou même de tout autre lieu), afin d'impressionner l'opinion en couvrant ostensiblement ces faits de la signature d'une organisation terroriste; d'actes de cambriolages ou de hold up, (comme on en a vu récemment par exemple à la charge de l'O.A.S. et comme la Résistance en avait elle-même commis autrefois, et surtout comme on en vit autrefois au cours de la Révolution et la guerre de Vendée); enfin, de l'assassinat d'adversaires politiques ou de personnages représentatifs du régime.

De tels agissements, dans les circonstances où ils sont commis, intéressent à coup sûr la sûreté de l'Etat, sans entrer pour autant dans la catégorie légale des « attentats contre la sûreté de l'Etat ».

5) Pour toutes les infractions qui se rangeront dans cette catégorie se posera un problème de procédure.

La répression des infractions politiques ou mixtes doit-elle se faire selon la procédure du droit commun, ou faut-il prévoir des juridictions spéciales, des modes de preuves particuliers, des règles propres de poursuites?

La distinction des périodes normales et des périodes exceptionnelles peut déjà donner à ce problème un début de solution, mais on peut se demander si la nature très particulière de ces infractions ne justifie pas, même en période normale, le recours à un régime procédural dérogatoire au droit commun.

6) Il y a enfin un dernier problème, non le moindre, et qui est certainement le plus troublant.

L'auteur de l'attentat contre la sûreté de l'Etat, s'il consomme son infraction *et s'il réussit à atteindre son but lointain* (lui-même ou les autres conjurés qui agissent en même temps que lui ou après lui), c'est à dire le renversement du régime, *est assuré non seulement de l'impunité, mais aussi de la gloire et peut-être du pouvoir*. Il y a là une perspective extrêmement tentante. Jamais malfaiteur de droit commun ne peut espérer semblable fortune. Le jeu en vaut la chandelle, surtout pour des gens enflammés par une vive passion. Le trône ou l'échafaud...

Or, l'action politique en pareil cas est toujours collective et non individuelle, et le succès de cette action n'est pas définitivement compromis par le châtimement de l'un de ceux qui y participent.

De toute façon, il est gênant pour l'esprit qu'un acte puisse être digne de louange s'il réussit, et d'exécution s'il constitue un échec. Un tel dualisme n'est évidemment pas conforme à l'idée de justice, mais il est sans exemple qu'un régime nouveau ait fait poursuivre ceux qui avaient amené son accession par des actes illégaux, fussent-ils violents, ce que pourtant la justice paraîtrait exiger. Au besoin, on recourt à l'amnistie pour éviter les cas douteux: c'est ainsi qu'une très large amnistie s'est appliquée aux actes criminels accomplis avant la libération, du moment qu'ils pouvaient prétendre avoir un rapport même lointain avec la lutte contre l'envahisseur.

Mais le plus souvent, l'amnistie apparaît au contraire plus nécessaire pour les vaincus que pour les vainqueurs. Dans le domai-

ne des troubles politiques, l'opinion publique admet assez volontiers la pratique de l'amnistie; une fois le danger passé, les nécessités de la défense de la communauté, et même du régime, n'exigent pas la prolongation du châtement, qui à ce moment là prend un aspect de vengeance peu élégant; la magnanimité convient davantage et rehausse justement le prestige du régime qui a su résister victorieusement aux assauts de ses ennemis.

Mais il y a tout de même un point qui ne satisfait pas la justice; c'est qu'au moment où la crise était à son point maximum, le régime, pour se défendre, a dû frapper fort, et l'amnistie ne fait pas revivre les fusillés...

III

Tels sont les principaux problèmes que paraît poser l'exercice de la justice en matière de sûreté de l'Etat. Ils se posent depuis fort longtemps et n'ont pas toujours été résolus de la même façon.

Il convient maintenant de jeter un coup d'oeil sur la solution que ces problèmes ont reçue dans un passé proche ou lointain, avant d'en venir à celle que proposent les lois du 15 janvier 1963 qui constituent un premier essai (même si cet essai n'apparaît pas très réussi) d'une solution d'ensemble.

On m'a reproché parfois une trop grande indulgence à l'égard des lois en question, sur lesquelles certains m'ont attribué un peu vite une sorte de paternité; en réalité, ces textes consacrent surtout les idées qui avaient été émises dans le colloque tenu par *Libre Justice* en février 1962, et les seules idées développées à cette occasion auxquelles ces lois n'aient pas fait de place sont précisément les miennes, car elles ne comblent pas la lacune que j'avais signalée.

1) Jusqu'au 19^e siècle, les infractions contre la sûreté de l'Etat étaient considérées comme particulièrement graves et punies avec une extrême sévérité. Toutes les législations primitives ont considéré la trahison comme inexpiable, et ont sanctionné durement toute atteinte à l'autorité du chef.

En droit romain, ces infractions ont constitué la partie principale des *crimina publica* poursuivis d'autorité par les pouvoirs publics, alors que les atteintes aux particuliers, simples *delicta privata*, nécessitaient pour leur répression l'initiative de la partie lésée. Sous l'Empire, le *crimen majestatis* est l'offense suprême; pour lui, l'usage de la torture est autorisé même contre les citoyens.

Les lois barbares avaient des conceptions plus archaïques encore, et la situation ne s'est pas modifiée, ni sous le régime féodal, ni sous le régime royal; tout ce qui porte atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat (mais surtout peut-être la sûreté intérieure)

est un crime de lèse-majesté. Les atteintes directes à l'autorité royale constituent une sorte de sacrilège et de parricide.

La Révolution française elle-même ne modifiera guère ce système: guerre étrangère et soulèvements intérieurs sont intimement liés. Aussi, les menées contre-révolutionnaires conduisent-elles facilement à la peine capitale. Les conceptions jacobines font de la répression politique un des aspects les plus rigoureux de la répression générale. Le caractère politique des agissements reprochés, ou le mobile politique qui les colore, aggravent la situation du prévenu.

Mais des changements politiques nombreux et rapides amènent plus tard à douter qu'une répression ainsi ordonnée corresponde à une véritable justice. On est frappé par la donnée fondamentale que nous signalions en dernier lieu: l'effet justificatif dû à la réussite de l'opération.

D'où l'évolution des idées, l'organisation d'un régime spécial au profit des délinquants politiques, la suppression de la peine de mort en cette matière. En même temps, le progrès des idées libérales conduisait à autoriser plus largement la diffusion des opinions; l'action politique peut s'exercer dans le cadre des institutions démocratiques sans avoir à recourir à des complots; seuls les extrémistes peuvent préparer le «grand soir» s'ils sont de gauche, ou chercher avec Maurras et la droite «si le coup de force est possible».

Il faudra l'approche, puis le déclenchement des guerres mondiales, la diffusion européenne puis mondiale des grandes idéologies communiste et fasciste, pour que le droit français esquisse un retour sérieux vers les conceptions jacobines devant les périls qui menacent la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat.

2) Quelle solution ont reçu, à l'époque contemporaine, les grands problèmes mentionnés tout à l'heure?

a) La distinction des périodes normales et des périodes exceptionnelles paraît bien entrée dans les mœurs

La loi sur l'état de siège date de longtemps et n'a pas été abrogée. L'état de guerre entraîne aussi certaines modifications du régime juridique sensibles en particulier dans la législation pénale militaire. Récemment a été créé un troisième régime juridique dérogatoire au droit commun, l'état d'urgence.

C'est à cette notion que se sont référées les lois du 15 janvier 1963 pour organiser le régime répressif des infractions contre la sûreté de l'Etat, ce régime différant, notamment sur le plan de la procédure, selon que l'état d'urgence a été ou non proclamé. Elles se sont référées aussi à l'état de guerre, qui influe sur la compétence: l'article 697 du code de procédure pénale (dû à l'ordonnance du 4 juin 1960) reste en vigueur; en temps de guerre, les crimes et délits

contre la sûreté de l'Etat (qu'il s'agisse de sûreté intérieure ou extérieure) sont instruits et jugés par les juridictions des forces armées.

Un des grands mérites des lois de 1963 a été de faire disparaître les juridictions de circonstance créées dans les années précédentes à raison des circonstances exceptionnelles. Au lieu d'un régime de rigueur improvisé recherchant cette rigueur dans la suppression des garanties de la défense et dans le choix des juges en fonction des accusés à juger, système dans lequel il est évident que la justice ne trouvait pas son compte, les lois de 1963 se sont ralliées au système d'une juridiction permanente à la composition préétablie, et dont la compétence et la procédure (variable selon que l'on se trouve en période normale ou en période exceptionnelle) sont dans l'un et l'autre cas prévues à l'avance. Dieu veuille que l'on puisse s'y tenir et ne pas retomber dans les errements précédents!

b) La distinction de la sûreté intérieure et de la sûreté extérieure s'est considérablement estompée

Le décret-loi du 29 juillet 1939 avait accentué cette distinction en frappant les atteintes à la sûreté extérieure des peines de droit commun, alors que les attentats à la sûreté intérieure restaient soumis à des peines politiques. Les textes relatifs à cette matière n'avaient pratiquement pas eu l'occasion d'être appliqués, mais les événements d'Algérie ont précisément montré l'ampleur regrettable de cette lacune.

L'ordonnance du 4 juin 1960 a réuni expressément les deux sortes d'atteintes à la sûreté de l'Etat, et les a soumises aux mêmes peines, lesquelles sont des peines politiques. Mais la peine de mort en matière politique a été rétablie à cette occasion. Cette ordonnance a opéré une refonte complète des articles 70 à 103 du code pénal dans un chapitre unique intitulé *Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat*. En fait, les sections 1 et 2 de ce chapitre concernent la sûreté extérieure, les sections 3, 4 et 5 concernent la sûreté intérieure; de même, on remarquera que la composition de la Cour de sûreté de l'Etat est différente lorsqu'il s'agit de juger des infractions aux sections 1 et 2, donc à la sûreté extérieure: en pareil cas, la majorité des membres de la Cour est formée de militaires.

Pour le reste, on insiste sur l'unité du régime organisé pour toutes les infractions à la sûreté de l'Etat. C'est ainsi, par exemple, que la compétence de la Cour de sûreté de l'Etat s'étend même aux infractions contre la sûreté extérieure commises en temps de paix, alors que, depuis le décret loi de 1939 ces infractions étaient confiées aux tribunaux militaires. Ce point est d'autant plus à souligner qu'il donne satisfaction au vœu qui avait été émis en février 1962 dans le colloque tenu par *Libre Justice*.

c) Dans ce régime unique, le caractère politique des infractions est affirmé par les peines mêmes qui leur sont applicables

Elles sont choisies dans l'échelle des peines politiques, telle que cette échelle a été remaniée par l'ordonnance du 4 juin 1960. A vrai dire, la différence entre les unes et les autres est peu sensible. Le principal avantage réside dans l'application d'un régime d'incarcération plus favorable, appelé autrefois « régime politique » et actuellement « régime A ». Il faut cependant signaler en outre que les condamnations politiques ne mettent pas obstacle au sursis en cas de nouvelle infraction, n'entraînent pas la révocation d'un sursis précédemment accordé, et ne donnent pas lieu à contrainte par corps pour le recouvrement des frais ou des amendes. En principe l'extradition n'est pas accordée pour les infractions politiques; mais les nouveaux traités d'extradition passé récemment avec les Etats africains se sont départis de la rigueur de la règle traditionnelle en cette matière.

d) Le problème des infractions mixtes est resté le plus embarrassant. Ces infractions mixtes sont, d'une part les infractions connexes, et d'autre part et surtout les infractions complexes

Les infractions connexes suivent le régime de l'infraction principale, et la règle de non-cumul aboutit à appliquer la peine la plus forte, qui sera généralement celle de l'infraction principale. Mais la connexité a surtout de l'importance sur le plan de la procédure, et notamment de la compétence. On a toujours considéré que la juridiction compétente pour connaître de l'infraction principale était également compétente pour juger les infractions connexes; c'est là une règle générale, qui a été appliquée tout naturellement à la compétence de la Cour de sûreté de l'Etat.

Les difficultés se rencontrent surtout en matière d'infractions complexes: une infraction, qui est objectivement une infraction de droit commun, a été commise dans un but politique, ou pour un mobile politique, ou dans le cadre d'une action politique commune.

Avant 1963, la situation était très nette: les infractions mixtes étaient considérées dans le droit positif français comme des infractions de droit commun sur le plan de la poursuite, de la compétence, des peines applicables, sauf à laisser une place plus large dans ce domaine aux institutions de la grâce et de l'amnistie; d'autre part, le jury faisait souvent preuve d'une indulgence particulière à l'égard de certains crimes mixtes.

C'est ainsi qu'en matière d'homicide, Caserio et Gorguloff, assassins de présidents de la République, ont été condamnés à mort et guillotins à une époque où la peine de mort était abolie pour les infractions politiques; si Vilain et Germaine Berton ont été acquittés,

c'est en raison de l'indulgence du jury mentionnée à l'instant. S'agissant de faits moins graves, les infractions de rébellion ou de violences à agent commises au cours de manifestations politiques sont généralement poursuivies par la procédure du flagrant délit, ce qui implique qu'elles ne sont pas considérées comme des infractions politiques puisque la procédure du flagrant délit n'aurait pas été autorisée dans ce cas.

Dans la période récente, qui a connu une multiplication considérable de faits de cet ordre, les pouvoirs publics ont réclamé l'application des peines de droit commun. Mais pour le jugement de ces affaires, ils ont marqué leur préférence pour des juridictions d'exception: juridictions d'exception du régime de Vichy; cours de justice pour le jugement des «collaborateurs»; juridictions de circonstances, d'abord pour les rebelles algériens, puis pour les auteurs du coup d'état d'Alger, les membres de l'O.A.S. etc. . . . Ce dernier système présentait certes de multiples inconvénients, mais ceux-ci n'auraient pas été moins graves si les infractions ainsi déferées avaient été qualifiées de «politiques», et non de «droit commun».

C'est en cette matière que les lois de 1963 ont tenté un effort original, aboutissant à un système à vrai dire assez compliqué. La Cour de sûreté de l'Etat a compétence pour juger certains actes mixtes dûment précisés (art. 698 alinéa 2 §c du code de procédure pénale), lorsque ces faits «sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective consistant ou tendant à substituer une autorité illégale à l'autorité de l'Etat». Comme on le voit, c'est bien véritablement de sûreté de l'Etat qu'il s'agit.

Cependant, il est nécessaire d'éviter que le caractère complexe de ces infractions n'étouffe le caractère de droit commun qu'elles présentent aussi.

En tant que de tels faits sont liés à la sûreté de l'Etat, il appartient aux pouvoirs publics (ici le procureur général près la Cour de sûreté de l'Etat), non pas de déclencher les poursuites (la mise en mouvement de l'action publique reste soumise au droit commun), mais de les déferer à la Cour de sûreté de l'Etat, en suivant une procédure appropriée qui comporte l'intervention d'un juge d'instruction spécial à cette juridiction. Ensuite, une fois cette instruction terminée, le procureur général apprécie l'opportunité de saisir la Cour de sûreté de l'Etat: ce qui se comprend en semblable matière, car il est possible qu'un jugement public des faits poursuivis risque de présenter certains inconvénients pour le gouvernement. Mais il ne faut pas que les pouvoirs publics puissent par là étouffer la répression d'agissements qui avaient aussi un caractère de criminalité de droit commun; si le décret nécessaire pour déferer ces infractions à la Cour de sûreté de l'Etat n'est pas intervenu un mois plus tard, le juge d'instruction près cette juridiction doit, en ce qui concerne ces infractions de droit commun, s'affirmer incompé-

tent, ce qui aura pour résultat d'entraîner immédiatement la transmission du dossier au procureur de la République près la juridiction de droit commun compétente.

Ce mécanisme délicat devra être suivi attentivement dans le fonctionnement qu'il est appelé à avoir, mais son principe paraît tout à fait défendable: il entend réserver à l'appréciation exclusive du gouvernement l'opportunité de la poursuite des infractions objectivement politiques, mais il faut que les infractions mixtes soient poursuivies en toute hypothèse, soit devant la Cour de sûreté de l'Etat si le gouvernement le juge utile, soit, dans le cas contraire, devant les juridictions ordinaires de droit commun.

e) Sur le plan de la procédure, on peut se demander si, en période normale, les atteintes à la sûreté de l'Etat doivent être jugées selon une procédure spéciale

On pourrait aussi se demander s'il paraît opportun de les faire juger par une juridiction spéciale. Mais le principe d'une juridiction nationale unique, à plusieurs chambres, a été généralement approuvé par les commentateurs, à raison de l'ampleur territoriale que ces agissements peuvent revêtir et de l'unité de jurisprudence qui paraît indispensable en pareil cas. Au contraire, la composition que les lois de 1963 ont donnée à la Cour de sûreté de l'Etat est plus discutable. On doit souligner cependant le souci manifesté par ces lois d'assurer suffisamment l'indépendance des juges.

L'usage en la matière est non seulement de recourir à des juridictions de circonstances, mais à une procédure de circonstance. Il en a été ainsi notamment pour les juridictions instituées en Algérie, puis pour celles chargées de juger en métropole les agissements commis pour porter une aide directe ou indirecte aux rebelles des départements algériens, puis enfin pour juger les coupables du coup d'Etat d'Alger et de ses suites. Dans ces procédures de circonstance, on voit disparaître de plus en plus les garanties habituelles de la défense. On risque ainsi de se trouver devant une parodie de justice. Mais il faut dire que les juges composant ces juridictions ont su cependant faire preuve d'indépendance, comme par exemple dans le procès Salan.

Les lois de janvier 1963 réagissent très heureusement contre cette tendance et elles reviennent vers le droit commun, quoique ce ne soit pas de façon intégrale: les règles sur la garde à vue, sur la liberté provisoire, sur l'examen de personnalité, sur l'expertise, sur l'application de la minorité de faveur (notamment pour décider des circonstances atténuantes) etc. . . . ne s'appliquent pas à la procédure devant la Cour de sûreté de l'Etat.

C'est pourquoi je me suis permis de juger que la procédure ainsi organisée péchait par manque de libéralisme, et notamment était

moins favorable au prévenu que la procédure en usage précédemment devant les tribunaux permanents des forces armées. Mais on peut penser qu'il y a là un point de détail sur lequel bien des améliorations sont possibles.

f) Reste alors le dernier problème: la répression des attentats contre la sûreté de l'Etat s'applique à des vaincus, qui auraient été portés au pouvoir en cas de victoire.

Il y a là une injustice flagrante à l'égard des fusillés, surtout lorsque leur parti finit par triompher; on ne peut, en ce cas, que leur élever des statues, comme on l'a fait par exemple au maréchal Ney; mais plus souvent on préfère ne pas instaurer de culte des martyrs, car cela risque de gêner la «réconciliation nationale».

Verra-t-on jamais un régime nouveau sévir contre ceux dont les agissements illégaux l'ont amené au pouvoir? Même lorsqu'il s'agit d'actes mixtes? Trop souvent jusqu'à présent, on s'est borné à tirer un voile en rappelant qu'on ne fait pas d'omelette sans casser d'œufs.

Certains progrès sont cependant concevables. Certes, la Ve République n'a pas poursuivi les auteurs du coup d'état du 13 mai, elle s'est même refusée à les blâmer. Mais elle a montré par la suite que cette impunité n'équivalait pas à une immunité pour des agissements ultérieurs. Sans doute on peut songer à établir des règles, à impartir des limites aux agissements permis en cas d'insurrection, de guerre civile et de coup d'état: tel a été précisément l'objet d'une convention signée à Genève en 1949. On tomberait sans doute assez facilement d'accord pour établir de telles règles; mais comment établir des sanctions suffisantes et empêcher le scandale des tricheurs triomphants?

Il y a là un problème assez voisin de celui posé par les criminels de guerre. Dans un cas comme dans l'autre, l'idéal serait que les auteurs de ces actes excessifs soient jugés, quelque soit le camp auquel ils appartenaient. Tel est certainement le seul vœu auquel puisse se rallier en cette matière un professeur de droit pénal.

GEORGES LEVASSEUR,

*Professeur à la Faculté de droit et des
sciences économiques de Paris.*

LES DROITS CIVILS AUX ETATS-UNIS ET LA LOI DE 1964*

«Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes: tous les hommes sont créés égaux; ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis par les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés».

Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776.¹

L'histoire des Etats-Unis d'Amérique n'est qu'une longue suite de combats, qui se poursuivent encore, pour réaliser dans l'humanité toute entière l'égalité des droits fondamentaux de la personne humaine, objectif proclamé dans la Déclaration de ses fondateurs dont nous venons de rappeler un passage. La loi de 1964 sur les droits civiques est la dernière en date des mesures prises en vue d'atteindre cet objectif, et elle constitue un progrès important dans ce sens. La

* Le présent article vient compléter l'étude du même auteur publiée précédemment sous le titre «Les aspects juridiques des libertés civiles et politiques aux Etats-Unis et leur évolution récente» dans la *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, Vol. II, No. I (1959), pages 81-144. Aux Etats-Unis, la question des «droits civils» (Civil Rights) est généralement rattachée aux diverses pratiques discriminatoires fondées sur la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou le sexe.

Au point de vue de la terminologie, la traduction française de «Civil Rights»: «droits civils» ou «droits civiques» est assez flottante. Si on examine la suite des Textes américains on est amené à penser, bien que l'expression «Civil Rights» y soit uniformément employée, que les premiers textes, comme la loi de 1866 et celle de 1870 par exemple, portaient sur les «droits civils» (droits privés des personnes, selon la définition du Larousse) tandis que les Textes plus récents, comme ceux de 1957 et 1964, portaient plus précisément sur les «droits civiques» (droits des citoyens, selon la définition du Larousse). Il aurait donc été correct d'employer une double terminologie, selon les cas, pour traduire une même expression. Néanmoins, afin d'éviter une certaine confusion, surtout dans les cas où la ligne de partage entre «droits civils» et «droits civiques» est assez imprécise, il nous a semblé préférable de suivre la tradition américaine et de n'utiliser qu'une seule terminologie dans le corps de cet article. Nous avons choisi arbitrairement «droits civiques» qui est l'expression la plus couramment employée dans la presse.

¹ Traduction française publiée dans *Les Constitutions modernes*, Vol. VI, *Les Etats-Unis d'Amérique du Nord*, chez Sirey, 1934, p. 16.

poursuite de la lutte va maintenant porter essentiellement sur la mise en œuvre, l'acceptation et l'exécution des règles de droit que cette loi énonce.

La nouvelle loi a été promulguée par M. Lyndon Johnson, Président des États-Unis, le 2 juillet 1964, c'est-à-dire 188 ans après la Déclaration d'Indépendance.

Au moment où il signait ce texte, le Président a prononcé une déclaration dans laquelle il a évoqué la «longue lutte pour la liberté» qui a commencé avec la Déclaration d'Indépendance. Il a rappelé que cette lutte avait maintenant marqué «un tournant de notre histoire», que les idéaux proclamés dans la Déclaration «façonnent encore les efforts de tous les hommes assoiffés de liberté» et qu'il incombait à chaque génération de «renouveler et de dégager» le sens profond de cette liberté. Il a ajouté ce qui suit:

Nous croyons que tous les hommes ont le droit de jouir des bienfaits de la liberté, et pourtant des millions d'entre eux en sont privés, non pas en raison de leurs erreurs, mais à cause de la couleur de leur peau.

Les raisons de cet état de choses sont profondément enracinées dans l'histoire, la tradition et la nature même de l'homme. Nous pouvons les comprendre sans rancune et sans haine, mais une telle situation doit cesser d'exister.

L'objet de cette loi est simple: elle ne restreint en rien la liberté d'aucun Américain, dans la mesure où il respecte lui-même les droits d'autrui. Elle n'accorde de traitement spécial à aucun citoyen. Elle affirme que d'être heureux et d'assurer l'avenir de ses enfants, cher au cœur de tout homme, n'a d'autres limites que les capacités de l'individu.

Elle proclame que ceux qui sont égaux devant Dieu le seront aussi dans les locaux de vote, dans les salles de classe, les usines, les hôtels et restaurants, dans les cinémas, et en tout autre lieu où des services sont offerts au public.

Je prendrai incessamment des mesures propres à assurer la mise en œuvre de cette loi, conformément à l'obligation que m'impose la Constitution de veiller à l'exécution fidèle de la législation.²

Un dirigeant noir a appelé la nouvelle loi sur les droits civiques la «Grande Charte des droits de l'homme»³ un autre a parlé de «la seconde émancipation des Noirs américains»;⁴ un autre encore y a vu «la preuve que le peuple et le gouvernement américains ont réellement l'intention de mettre en pratique les idéaux inscrits dans

² New-York Times, 3 juillet 1964, p. 9.

³ Roy Wilkins, Executive Secretary of The National Association for the Advancement of Colored People.

⁴ Rev. Fred L. Shuttlesworth, President of Alabama Christian Movement for Human Rights.

la Déclaration d'Indépendance et la Proclamation d'Emancipation".⁵

Le Sénateur Hubert H. Humphrey a souligné que la loi de 1964 sur les droits civiques était «le texte de législation sociale le plus important de notre génération».⁶

Dans son éditorial du 5 juillet 1964, le *New York Times* a notamment déclaré:

Lorsque les Fondateurs des Etats-Unis ont proclamé il y a 188 ans que tous les hommes sont créés libres et égaux en droit et qu'en conséquence notre nation devrait jouir d'une pleine indépendance et se trouver dans une situation d'égalité parmi les puissances de la terre, ils ont mis en marche des forces qui continuent à modifier la face du monde. La révolution qu'ils ont déclenchée ... poursuit en effet sa course inexorable, aussi bien dans ce pays que dans le reste du globe. Elle libère des hommes et des nations et brandit le flambeau de la liberté là même où la liberté est encore opprimée.

En ces jours de 1964 où nous célébrons l'anniversaire de la Déclaration d'Indépendance, nous avons une raison spéciale d'en être fiers. La loi sur les droits civiques que le Président Johnson vient de promulguer marque une nouvelle étape de cette révolution. D'une manière que les fondateurs de la nation n'ont sans doute pas prévue, bien que certains d'entre eux aient pu l'imaginer, elle justifie aux yeux du droit le renversement du despotisme exercé, non par un roi, mais par des préjugés, et elle apporte la liberté et l'égalité à tous les hommes et à toutes les femmes, sans distinction de race, de couleur ou de croyance.

Ce que Jefferson a inscrit dans la Déclaration d'Indépendance, ce que Lincoln a développé dans la Proclamation d'Emancipation, ce qu'une multitude d'apôtres désintéressés s'est efforcée d'obtenir, tout cela fait maintenant partie de la législation nationale.⁷

PREMIÈRE PARTIE

LA LOI DE 1964 SUR LES DROITS CIVIQUES

a) Historique de la loi

Le projet de loi a été présenté à la Chambre des représentants dans sa version originale, le 20 juin 1963. Six commissions du Congrès, qui ont siégé pendant 81 jours, ont entendu 269 témoins au cours d'audiences dont le compte rendu imprimé compte 5.791 pages.

Le projet amendé a finalement été adopté par la Chambre des représentants le 10 février 1964, après neuf jours de débats en séance plénière. Il a été ensuite inscrit au calendrier du Sénat le

⁵ James Farmer, National Director of Congress of Racial Equality; (voir *New York Times*, 3 juillet 1964, p. 9).

⁶ *New York Times*, 20 juin 1964, p. 10.

⁷ *New York Times*, 5 juillet 1964, p. 8E.

26 février 1964. Lorsqu'il est venu en discussion le 9 mars 1964, il a donné lieu à une obstruction du type classique, conduite par les sénateurs des Etats du Sud, qui a battu tous les records de longueur et qui ne s'est terminée que le 10 juin 1964 par un vote de clôture.

Au cours de ce débat, les sénateurs ont mis au point un nouveau texte modifié, appelé Amendement «Dirksen-Mansfield», qu'ils ont approuvé le 19 juin 1964. Les débats au Sénat ont duré 83 jours et couvrent 2. 890 pages des comptes-rendus du Congrès.

La Chambre des représentants adopta ensuite le texte du Sénat le 2 juillet 1964, et le Président signa le projet le même jour, lui donnant ainsi force de loi.⁸

b) Résumé et Analyse

La loi de 1964 sur les droits civiques est divisée en onze parties ou «Titres». Les deux principaux sont le Titre II, qui concerne la discrimination dans les lieux ouverts au public, et le Titre VII, qui concerne l'égalité en matière d'offres d'emploi.

D'une manière générale, le premier porte interdiction de toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion ou l'origine nationale dans les hôtels, les restaurants, les stations de distribution d'essence et les lieux de divertissement, et le second fait défense à tous les employeurs, syndicats et offices de placement d'exercer une discrimination qui serait fondée sur ces mêmes motifs ou sur une différence de sexe. Une autre caractéristique importante de la loi est qu'elle vise constamment à assurer une protection juridique efficace contre toute violation de ses dispositions, par le recours aux tribunaux fédéraux et par l'intermédiaire de fonctionnaires et d'institutions du Gouvernement fédéral.

Le texte de la loi est long et compliqué. Nous ne pouvons en présenter ci-après qu'un résumé et une analyse succincte.

1) Titre I – Du droit de vote

Le Titre premier concerne le droit de vote et porte amendement aux lois de 1870, 1957 et 1960 sur les droits civiques, qui sont analysées ci-après. Il a pour objet d'assurer qu'aucune personne remplissant les conditions nécessaires pour voter ne sera privée du droit de vote, qui lui est reconnu par la Constitution, en raison de sa race ou de sa couleur. Pour cela la loi exige des Etats qu'ils fixent les conditions requises pour être électeur sans faire preuve de discrimination et prévoit des mesures d'application supplémentaires.

D'une façon plus précise, il interdit aux fonctionnaires des services électoraux d'un Etat participant à l'organisation d'élections fédérales de suivre des normes, des pratiques ou des procédures

⁸ Public Law 88-352, 88th Congress, H. R. 7152, 2 juillet 1964.

différentes suivant qu'ils inscrivent des Blancs ou des Noirs sur les listes électorales; de refuser l'inscription sur les listes en raison d'erreurs ou d'omissions sans réelle importance sur les demandes d'inscription et d'exiger comme condition pour avoir le droit de vote la preuve que les postulants savent lire et écrire, à moins que l'examen ne se fasse par écrit et qu'une copie authentique des questions et des réponses ne soit fournie à chaque candidat. Il stipule que six années d'enseignement primaire constituent une présomption irréfutable de connaissances et de compréhension suffisantes pour voter lors d'élections fédérales.

Le titre premier autorise l'Attorney Général des Etats-Unis, et aussi les fonctionnaires d'Etat, en cas d'accusation pour non-observation de la Loi et pour discrimination occasionnelle ou systématique lors d'élections, à demander que la cause soit entendue par un Tribunal fédéral composé de trois juges; il prévoit aussi que l'affaire devra être portée rapidement devant ce tribunal et qu'il pourra être interjeté appel directement devant la Cour suprême des Etats-Unis.

La Loi ne modifie en rien le droit pour un Etat de fixer les conditions que doivent remplir les électeurs, par exemple l'obligation de payer une taxe électorale ou de fournir la preuve qu'ils savent lire et écrire, mais elle empêche que des normes discriminatoires fondées sur la race ou la couleur ne soient appliquées lors de l'inscription sur les listes électorales.

2) *Titre II – De l'injonction de supprimer toute discrimination dans les lieux ouverts au public*

On trouve sous ce Titre les dispositions liminaires suivantes à l'article 201(a):⁹

Tout individu a le droit d'avoir pleinement accès dans des conditions d'égalité aux marchandises, services, installations, privilèges, avantages et places offertes, en tous lieux ouverts au public, tels qu'ils sont définis dans le présent article, sans discrimination ou ségrégation pratiquée pour des raisons de race, de couleur, de religion ou d'origine nationale.

L'article 201, alinéa b, donne ensuite la définition suivante d'un lieu ouvert au public:

Chacun des établissements suivants qui sert le public est un lieu ouvert au public au sens du présent Titre s'il effectue des opérations de caractère commercial ou si la discrimination ou la ségrégation qu'il pratique est encouragée par l'action de l'état:

⁹ Cette disposition est analogue, quant au fond, à celle qui figure au début de la loi de 1875 sur les droits civils. (voir plus loin).

1. toute auberge, tout hôtel, motel ou autre établissement qui loge des hôtes de passage, à l'exception d'un établissement situé dans un bâtiment contenant au maximum cinq chambres à louer et effectivement occupé à titre de résidence par son propriétaire;
2. tout restaurant, cafetaria, buffet, débit de boissons non alcooliques ou de nourriture ou toute autre installation consacrée principalement à la vente d'aliments destinés à être consommés sur place, y compris notamment toute installation située dans les locaux d'un établissement de détail; toute station de distribution d'essence;
3. tout cinéma, théâtre, salle de concert, emplacement de sport, stade ou autre endroit abritant des exhibitions ou des divertissements et
4. tout établissement: A) i) matériellement situé dans les locaux de tout établissement autrement visé par le présent alinéa, ou ii) dans les locaux duquel est matériellement situé un établissement ainsi visé; et B) qui fait profession de servir les clients des dits établissements,

A titre d'exemples d'établissements visés par l'alinéa 4) ci-dessus, on peut citer le coiffeur d'un hôtel, ou un comptoir qui sert des repas dans un grand magasin.

En son article 201 c), la loi définit «le commerce» de la façon suivante:

tout voyage, échange, trafic, commerce, transport ou communication entre les différents Etats; entre le District de Columbia et tout Etat; entre tout pays étranger ou tout territoire ou possession et l'un des Etats ou le District de Columbia; ou entre des points situés dans le même Etat mais rejoints par un itinéraire empruntant un autre Etat ou le District de Columbia ou un pays étranger.

Il est précisé dans cet article que les opérations d'un établissement sont «de caractère commercial» dans les cas suivants: s'il s'agit d'un établissement dont les caractéristiques sont énoncées au paragraphe 1) ci-dessus c'est-à-dire d'une auberge, d'un hôtel ou de tout autre lieu où peuvent loger des voyageurs; au paragraphe 2) ci-dessus, c'est-à-dire d'un restaurant, d'un buffet ou d'une station de distribution d'essence, qui servent ou s'offrent à servir des personnes voyageant d'un état à un autre, ou si une proportion substantielle de la nourriture qu'ils servent, ou de l'essence ou des autres produits qu'ils vendent, font l'objet de transactions commerciales; au paragraphe 3) ci-dessus, c'est-à-dire qui «présente habituellement des films, des spectacles, des équipes sportives, des expositions ou tous autres objets de divertissement qui font l'objet d'opérations commerciales»; enfin au paragraphe 4) ci-dessus, c'est-à-dire sis dans les locaux d'un établissement dont les opérations présentent un caractère commercial, ou abritant un établissement de ce genre dans ses propres locaux.

La définition ci-dessus du mot «commerce» et son application revêtent une importance particulière car, conformément à la Constitution des Etats-Unis, le Congrès a seul le pouvoir «de réglementer

le commerce avec les nations étrangères et entre les différents Etats de l'Union». ¹⁰ La portée et l'application de cette clause relative au commerce ont été très controversées aux Etats-Unis jusqu'à présent, comme on le verra plus loin.

L'article 201 d) prévoit ce qui suit en ce qui concerne «l'action de l'état»:

La discrimination ou la ségrégation pratiquée par un établissement est réputée soutenue par l'action de l'état au sens du présent Titre, si ladite discrimination ou ségrégation: 1) est appliquée en vertu d'une loi, d'un arrêté, d'une ordonnance ou d'un règlement; 2) est appliquée en vertu d'une coutume ou d'un usage dont les fonctionnaires de l'état ou d'une subdivision politique de l'état imposent l'observation ou l'exécution; ou 3) est exigée par l'action de l'état ou d'une subdivision politiques dudit état.

et l'article 202 stipule:

Tout individu a le droit de n'être soumis, en aucun établissement ou aucun lieu, à aucune discrimination ou ségrégation de quelque sorte que ce soit, fondée sur la race, la couleur, la religion ou l'origine nationale, si cette discrimination ou ségrégation est ou prétend être exigée par une loi, un arrêté, une ordonnance, un règlement, une règle ou un décret d'un état ou de toute institution ou subdivision politique dudit état.

Cette définition de «l'action de l'état» revêt également une grande importance, du fait que le Quatorzième amendement de la Constitution l'interdit absolument.

A l'article 201, alinéa e), il est précisé que la loi ne s'applique pas «à un club privé ou à tout autre établissement qui, en fait, n'est pas ouvert au public.»

La loi interdit à quiconque: de priver une personne de tout droit ou privilège garanti par le Titre II; d'entraver la jouissance de ces droits ou privilèges par voie d'intimidation, de menaces ou de contrainte; de punir une personne pour avoir exercé ou essayé d'exercer ces droits ou privilèges; ou de tenter de commettre l'un quelconque de ces actes.

Elle prévoit, en outre, que toute personne lésée peut introduire une action civile devant une instance fédérale en vue d'obtenir une injonction (mise en demeure) préventive ou répressive contre toute personne qui s'est livrée ou qui semble vouloir se livrer à un acte ou à une pratique interdites par l'article 203.

L'Attorney General des Etats-Unis peut intervenir dans une telle action, s'il certifie que l'affaire est «d'intérêt public». Le Tribunal fédéral peut surseoir à l'action en attendant le résultat des poursuites engagées par l'état pour assurer le respect de la loi, nommer un conseil auprès de la partie lésée, autoriser l'introduction de l'in-

¹⁰ U. S. Constitution, Art. 1, Sect. 8, subd. (3).

stance sans réclamer le paiement des droits, frais ou caution, et attribuer à la partie gagnante une somme raisonnable comprise dans les frais en remboursement des honoraires de son conseil.

S'il existe dans un état ou une subdivision politique d'un état des lois qui interdisent la discrimination dans les lieux publics et qui permettent aux autorités de l'Etat ou aux autorités locales d'accorder réparation à une partie lésée au moyen d'une action civile ou pénale, la partie lésée doit dénoncer aux autorités de l'état toute violation de la loi. Un préavis de trente jours est requis avant qu'une action puisse être introduite devant un tribunal fédéral.

Si la violation dénoncée se produit dans un état qui n'a adopté aucune loi interdisant ces actes ou ces pratiques l'action devant un tribunal fédéral peut être introduite immédiatement et sans le préavis ci-dessus.

Le tribunal fédéral peut renvoyer l'affaire au Service des relations entre collectivités (créé par le Titre X) et ce pour une période ne dépassant pas 120 jours, s'il croit qu'il existe «une possibilité raisonnable d'obtenir l'observation volontaire des dispositions de la loi». Le dit service est habilité à enquêter sur la plainte, à tenir des audiences privées à son sujet et à procéder, si possible, à «un compromis amiable entre les parties».

La loi stipule, en outre, que l'Attorney General des Etats-Unis peut introduire une action devant un Tribunal fédéral pour obtenir une telle injonction préventive ou répressive chaque fois qu'il a «raisonnablement lieu de croire qu'une personne ou un groupe de personnes tente de s'opposer, systématiquement ou non, à la pleine jouissance» de l'un quelconque de ces droits, et que cette opposition est destinée à empêcher le plein exercice de ces droits. Il peut saisir de l'affaire un tribunal fédéral composé de trois juges et lui demander de statuer; appel de cette décision peut être interjeté devant la Cour suprême.

Si les mesures ainsi prévues sont «les moyens exclusifs d'assurer le respect des droits garantis dans le présent Titre», la législation des états et la législation fédérale en contiennent d'autres qui ne sont pas incompatibles avec les premières et qui peuvent être invoquées pour assurer l'interdiction de discrimination dans les lieux publics.

3) *Titre III – De la déségrégation dans les services publics*

En vertu de la loi déjà en vigueur aux Etats-Unis, la ségrégation est interdite dans tout service public appartenant à un état ou à l'une de ses subdivisions politiques, ou géré ou administré par un état ou par une de ses subdivisions politiques ou pour son compte.

En vertu du présent Titre, l'Attorney-General des Etats-Unis est autorisé à introduire une action devant un Tribunal fédéral «contre ces parties et pour obtenir toute réparation qui peut sembler appropriée», sur présentation d'une plainte écrite émanant d'une

personne qui s'affirme «être privée, ou menacée d'être privée, de son droit à jouir de l'égle protection de la loi, en raison de sa race, de sa couleur, de sa religion ou de son origine nationale, du fait qu'il lui est refusé accès dans des conditions d'égalité à un service public qui appartient à un état ou à une subdivision d'un état ou qui est géré ou administré par un état ou une subdivision de l'état ou pour son compte»; sous réserve que l'Attorney General ait lieu de croire que la plainte est fondée, que le plaignant n'a pas les moyens d'intenter personnellement la procédure judiciaire de réparation et qu'une telle action «favorisera notablement les progrès ordonnés de la déségrégation dans les services publics».

Une personne est réputée ne pas avoir les moyens d'intenter personnellement une procédure judiciaire si elle ne peut en supporter les frais ou s'assurer les services d'un représentant légal ou si le fait d'intenter une telle procédure risque de mettre en danger sa sécurité personnelle, son emploi, ou sa situation économique, ou ceux de sa famille, ou leurs biens.

La loi réserve, en outre, le droit de toute personne lésée d'intenter une instance en discrimination pour son propre compte devant un tribunal d'état ou un tribunal fédéral.

4) *Titre IV – De la déségrégation dans l'enseignement public*

Ce titre a pour objet de codifier les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, selon lesquelles la ségrégation dans l'enseignement public est illégale et anticonstitutionnelle et, d'en assurer la mise en œuvre.

Les définitions qu'il contient à cet égard sont très importantes.

«La déségrégation» est définie comme étant «la répartition des élèves entre les écoles publiques et à l'intérieur de ces écoles sans distinction de race, de couleur, de religion ou d'origine nationale», mais elle ne signifie pas que les «élèves doivent être répartis entre les dites écoles publiques en vue de remédier à un déséquilibre racial».

L'expression «Ecole publique» est définie comme s'appliquant «à toute institution d'enseignement élémentaire ou secondaire», et l'expression «collège public» comme s'appliquant à «toute institution d'enseignement supérieur ou à toute école technique ou professionnelle d'un niveau supérieur à celui de l'enseignement secondaire», à condition que cette école ou ce collège soit géré par un état ou par une subdivision ou une institution de l'état, ou soit financé entièrement ou en majeure partie à l'aide de fonds ou de biens appartenant à l'état ou provenant de l'état.

L'expression «Commission scolaire» désigne «toute institution qui administre une ou plusieurs écoles publiques et toute autre institution qui est chargée de la répartition des élèves entre ces écoles, ou à l'intérieur de chacune d'elles».

Le Commissaire à l'éducation est habilité: 1) à enquêter et à faire rapport au Président et au Congrès, dans un délai de deux ans, au sujet de la discrimination ou de la ségrégation appliquée «en raison de la race, de la couleur, de la religion ou de l'origine nationale, dans les institutions d'enseignement public à tous les niveaux» aux Etats-Unis et dans les territoires et possessions des Etats-Unis; 2) à la demande de commissions scolaires ou d'autres institutions officielles d'enseignement public, à apporter son concours technique, sous diverses formes, pour préparer, faire adopter et mettre en œuvre des plans de déségrégation dans les écoles publiques; 3) à prendre des mesures, de concert avec des institutions d'enseignement supérieur, en vue de créer, aux frais du gouvernement fédéral, des instituts chargés de donner aux professeurs et aux administrateurs de l'enseignement élémentaire et supérieur la formation nécessaire pour leur permettre de «traiter avec efficacité les problèmes spéciaux d'éducation occasionnés par la déségrégation»; et 4) à la demande des commissions scolaires, à accorder des subventions pour couvrir le coût de la formation donnée au corps enseignant et aux autres membres du personnel scolaire pour leur apprendre à régler les questions qui découlent de la déségrégation, ainsi que les dépenses entraînées par l'emploi de spécialistes fournissant des conseils en la matière.

L'Attorney-General des Etats-Unis est habilité à intenter, sur présentation d'une plainte écrite, une procédure judiciaire devant les tribunaux fédéraux contre des commissions scolaires ou des autorités de collèges publics en vue d'assurer «la réalisation méthodique de la déségrégation dans l'enseignement public». Cette disposition ne porte pas atteinte au droit de toute personne d'intenter une action dans ce sens devant un tribunal. Dans ce cas, le plaignant doit toutefois aviser les autorités scolaires de sa plainte et leur donner un délai suffisant pour remédier à la situation dont il se plaint avant d'entamer l'action. Dans une telle affaire, l'Attorney-General peut également assister une personne qui n'est pas en mesure de supporter les frais de sa cause.

5) *Titre V – De la Commission des droits civiques*

En vertu de ce Titre, la durée de la Commission des droits civiques, qui devait venir à expiration cette année, est prorogée jusqu'au 31 janvier 1968. Cette Commission devra présenter avant cette date son rapport final portant sur son activité, ses constatations et ses recommandations.

D'autre part, ce Titre modifie la loi de 1957 sur les droits civiques, ainsi que le «Règlement intérieur des audiences de la Commission», de façon à établir des sauvegardes supplémentaires compatibles avec une procédure conforme à la loi.

Les attributions de la Commission sont désormais les suivantes:

1) enquêter sur les plaintes selon lesquelles des citoyens des Etats-

Unis seraient privés, d'une façon générale mais plus précisément lors d'élections fédérales, de leur droit d'exprimer leur suffrage ou se plaindraient de voir leurs votes décomptés en prenant en considération leur race, leur couleur, leur religion ou leur origine nationale; 2) étudier toutes nouvelles dispositions de loi qui pourraient constituer un déni de l'égalité de protection de la loi prévue par la Constitution, que ce soit en raison de la race, de la couleur, de la religion ou de l'origine nationale ou dans l'administration de la justice; procéder à l'examen critique des lois et des pratiques du Gouvernement fédéral en la matière; réunir tous renseignements dans ce domaine; 3) être un centre national d'échange de renseignements touchant la discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion ou l'origine nationale en matière de droit de vote, d'enseignement, de logement, d'emploi, d'utilisation des services publics et des transports et d'administration de la justice.

Il est interdit à la Commission d'enquêter sur les pratiques régissant l'admission des membres ou le fonctionnement interne de toute organisation professionnelle ou religieuse, de toute association d'étudiants ou de tout club privé.

6) *Titre VI – De la non-discrimination dans les programmes bénéficiant de l'assistance des autorités fédérales*

Ce titre s'ouvre sur cette déclaration de caractère général (article 601):

Nul ne peut, aux Etats-Unis, être exclu de la possibilité de participer à un programme ou une activité bénéficiant de l'assistance financière des autorités fédérales, être privé des avantages qui en découlent, ou être soumis à une discrimination en ce qui concerne l'application de ce programme ou de cette activité en raison de sa race, de sa couleur ou de son origine nationale.

Cette déclaration est, cependant, assortie de certaines réserves; c'est ainsi que la loi ne s'étend pas aux programmes ou aux activités d'institutions fédérales qui comportent un contrat d'assurance ou de garantie, notamment aux vastes programmes de prêts hypothécaires pour la construction de logements de l'Administration fédérale du logement et de l'Administration des anciens combattants.

Toute autre institution ou tout autre département fédéral qui accorde une assistance financière quelconque à un programme ou une activité est tenu d'élaborer une réglementation visant à assurer la réalisation des objectifs fixés dans ce Titre et de les soumettre à l'approbation du Président. Le Département ou l'institution en cause s'efforcera d'obtenir que le programme ou l'activité bénéficiant de son assistance se conforme volontairement à ces règles, mais s'il ne peut l'obtenir, il pourra suspendre son concours financier après qu'un tribunal aura été saisi de l'affaire et se sera prononcé.

7) *Titre VII – De l'égalité dans les possibilités d'emploi*

Selon la définition donnée dans ce Titre, la discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale est „une pratique illicite en matière d'emploi” et elle est interdite: 1) aux employeurs, qui ne doivent pas en faire usage en ce qui concerne l'emploi des individus ou la fixation des conditions d'emploi; 2) aux bureaux de placement, qui ne doivent pas faire usage de procédés discriminatoires dans les offres et les demandes d'emploi qu'elles reçoivent et transmettent; 3) aux organisations ou syndicats de travailleurs, qui ne doivent pas exclure ou expulser une personne de leurs rangs, ni imposer une limitation, une ségrégation ou des conditions d'inscription à leurs membres, ni transmettre des offres d'emploi, d'une façon qui priverait cette personne de ses possibilités d'être employée ou limiterait ses possibilités ou nuirait à sa position en tant qu'employé ou amènerait ainsi un employeur à exercer une discrimination; 4) à tout employeur, organisation syndicale ou comité mixte d'entreprise exécutant des programmes d'apprentissage ou de formation, qui doivent se garder de toute discrimination en ce qui concerne l'admission ou l'emploi de personnes dans tout programme visant à assurer l'apprentissage ou une autre formation.

Sont également considérées comme illicites en matière d'emploi les pratiques suivantes, et qui peuvent être le fait d'un employeur, d'un bureau de placement ou d'un syndicat de travailleurs: 1) le fait d'exercer une discrimination à l'encontre d'une personne pour la punir de s'être opposée à des pratiques en matière d'emploi qui sont illicites en vertu du présent Titre ou pour les avoir dénoncées; 2) le fait de publier des offres d'emploi indiquant une préférence ou une restriction fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale, sauf lorsqu'il s'agit de postes pour lesquels cette condition constitue véritablement une qualification professionnelle.

Les employeurs, les bureaux de placement et les syndicats ne seront pas considérés comme se livrant à «une pratique illicite en matière d'emploi» et à la discrimination dans certaines situations particulières, savoir: 1) les cas où la religion, le sexe ou l'origine nationale est une qualification professionnelle réelle qui est raisonnablement nécessaire à l'activité normale de l'entreprise; 2) le cas des institutions religieuses d'enseignement où les membres d'une religion particulière sont employés par des écoles et des collègues qui appartiennent à cette religion ou qui sont soutenus, gérés ou administrés par elle, ou dans lesquels le programme vise à la propagation d'une religion particulière; 3) les cas touchant à la sécurité nationale; 4) les cas où il s'agit d'individus qui sont membres du parti communiste ou d'organisations considérées comme pro-communistes; 5) le cas où il s'agit d'anciens combattants qui peuvent bénéficier d'une préférence en vertu des lois en vigueur, et d'Indiens qui

peuvent bénéficier d'une préférence dans une entreprise fonctionnant sur le territoire ou à proximité d'une réserve indienne.

Certaines différences de salaires sont admissibles si elles n'ont pas pour objet de constituer une discrimination, par exemple lorsqu'elles rémunèrent l'ancienneté, les services rendus, ou servent de prime d'encouragement ou de rétribution au rendement.

De même, la «discrimination à l'envers», ou engagement préférentiel, est interdit, c'est-à-dire qu'un Noir ou un Chinois ne peut être favorisé en raison de sa race ou parce qu'un employeur n'emploie pas à un moment donné d'employés de la race considérée.

La loi n'oblige pas un employeur, un bureau de placement ou un syndicat à remédier au déséquilibre pouvant exister dans les pourcentages de personnes employées ou inscrites en vue d'un emploi, ou de membres du syndicat.

La loi institue une «Commission de l'égalité des possibilités d'emploi» dont les membres sont désignés par le Président. Ses attributions sont les suivantes: 1) collaborer avec les institutions régionales, d'états et locales, tant publiques que privées, et avec les individus, et utiliser leurs possibilités avec leur consentement; 2) verser un dédommagement financier aux témoins qui témoignent ou déposent devant la Commission; 3) apporter une assistance technique, sur leur demande, aux employeurs, aux bureaux de placement et aux syndicats, afin de les aider à se conformer à la loi ou à une ordonnance de la Commission; 4) se proposer pour faciliter la conciliation dans les cas où des employés ou des membres d'un syndicat refusent de collaborer à la mise en œuvre des dispositions de la loi; 5) faire et publier des études techniques visant à assurer la mise en œuvre de la loi; 6) renvoyer à l'Attorney-General les affaires nécessitant l'ouverture d'une instance judiciaire et apporter son aide à la poursuite; 7) publier les règlements de procédure ayant trait aux poursuites intentées devant elle et faire connaître les prescriptions concernant les dossiers et les rapports que les employeurs, les bureaux de placement et les syndicats sont tenus de conserver et d'établir; 8) présenter chaque année un rapport sur son activité, ainsi que des recommandations concernant les moyens de faire échec à la discrimination; 9) enquêter sur les accusations dont elle est saisie et tenir des audiences à leur sujet.

Afin d'empêcher effectivement le recours à des pratiques illicites en matière d'emploi, la loi prévoit à la fois des poursuites devant la Commission et l'intervention en justice de l'Attorney-General:

a) Toute personne lésée ou tout membre de la Commission peut saisir la Commission par écrit d'une accusation de pratique illicite en matière d'emploi, commise par un employeur, un bureau de placement ou un syndicat, lesquels doivent en recevoir copie à titre privé et non publiquement. Après avoir mené une enquête confidentielle sur cette accusation, la Commission s'efforce de faire dis-

paraître la pratique illicite par une action officieuse et discrète au moyen d'entretiens et d'une procédure de conciliation. Si la pratique prétendument illicite en matière d'emploi a eu pour théâtre un état où existe une loi définissant les pratiques équitables en matière d'emploi, la personne lésée doit tout d'abord introduire des poursuites conformément à la loi dudit état et attendre 60 jours avant de présenter une accusation à la Commission; lorsqu'une telle accusation a été portée par l'un de ses membres, la Commission, avant d'entreprendre aucune action, doit en référer aux fonctionnaires de l'état en question et leur accorder un délai raisonnable, qui ne sera pas inférieur à 60 jours, pour prendre, conformément à la loi dudit état, des mesures visant à remédier à la pratique en question. Si les fonctionnaires de l'état ne prennent pas rapidement ces mesures et si la Commission ne parvient pas par la suite à obtenir l'observation volontaire des dispositions de la loi, la personne lésée pourra introduire une action civile devant un Tribunal fédéral pour obtenir une injonction ou une autre mesure de recours contre la partie qui a enfreint la loi; le Tribunal pourra faire assister ladite personne d'un avocat d'office et permettre que plainte soit déposée sans exiger le versement de frais ou de droits ou le versement d'une caution.

L'Attorney-General a le pouvoir d'intervenir en pareil cas. L'action judiciaire peut être différée pendant une brève période, jusqu'à ce que la procédure introduite devant le Tribunal de l'état soit terminée, ou que la Commission ait mis un terme à ses efforts en vue d'obtenir l'observation volontaire des dispositions de la loi. Les tribunaux fédéraux sont habilités à connaître des actions intentées en vertu de ce titre de la loi.

b) Toutes les fois que l'Attorney-General a raisonnablement lieu de croire que des personnes ont recours, systématiquement ou non, à des pratiques qui font échec à la pleine jouissance des droits garantis par ce titre, il peut introduire une action devant un Tribunal fédéral en vue d'obtenir une injonction ou une autre mesure de recours contre les personnes qui ont enfreint la loi, demander qu'un Tribunal composé de trois juges se prononce rapidement, et appeler de leur décision devant la Cour suprême.

La loi ne supprime ni ne limite la responsabilité qui incombe à un individu quel qu'il soit, ou la sanction qu'il encourt en vertu de la législation présente ou future d'un état, exception faite de toute loi d'état qui aurait pour objet d'exiger ou de permettre l'accomplissement de tout acte constituant une pratique illicite en matière d'emploi au sens de ce titre.

Toutes les personnes visées par ce Titre sont tenues d'afficher des avis, dont le texte aura été rédigé ou approuvé par la Commission, reproduisant des extraits des dispositions de la loi applicables en l'espèce, ou un résumé de ces dispositions.

La loi charge aussi le Secrétaire d'état au travail d'étudier la

discrimination arbitraire en matière d'emploi pratiquée contre les personnes âgées, de faire rapport au Congrès et de présenter des recommandations pour y mettre fin.

Les dispositions de ce Titre qui interdisent les pratiques illicites en matière d'emploi (Articles 703 et 704) et qui instituent des recours devant la Commission et devant les Tribunaux fédéraux pour mettre un terme à ces pratiques (articles 706 et 707) prennent effet un an après la date de sa promulgation. Tous les autres articles prennent effet immédiatement.

La loi sera applicable à tous les bureaux de placement à compter du 2 juillet 1965; le délai précédant son entrée en vigueur sera encore étendu en ce qui concerne les employeurs, les syndicats et organisations de travailleurs relativement peu importants. A compter du 2 juillet 1965, les employeurs ayant plus de cent employés et les syndicats comptant plus de cent membres (et tous les syndicats qui gèrent des bureaux de placement) seront soumis aux dispositions de la loi; le 2 juillet 1966, le nombre d'employés ou de membres requis tombera à 75, l'année suivante à 50 et, à partir du 2 juillet 1968, à 25.

Les employeurs n'ayant pas plus de 24 employés et les syndicats de travailleurs ne comptant pas plus de 24 membres ne sont pas visés par la loi.

Il en est de même pour les clubs privés bénéficiant d'une exonération fiscale.

Il est prévu que le Président convoquera des conférences réunissant les dirigeants des groupes touchés par ce Titre, des fonctionnaires fédéraux et des fonctionnaires d'états, en vue d'obtenir «l'application équitable et effective des dispositions de ce Titre».

8) *Titre VIII – De l'inscription sur les listes électorales et des statistiques électorales*

En vertu des dispositions contenues dans ce titre, le Secrétaire au Commerce et le bureau du recensement, dans les régions du pays choisies par la Commission des droits civiques, sont chargés d'élaborer la statistique des inscriptions sur les listes électorales et des votes émis lors de toutes les élections primaires ou générales tenues à l'intérieur d'un état, depuis le 1er janvier 1960, pour la désignation ou l'élection de membres de la Chambre des représentants. Le relevé doit comporter une ventilation par race, couleur et origine nationale des personnes en âge de voter, et indiquer l'importance des inscriptions sur les listes et de la participation au scrutin dans la région; toutefois, nul n'est tenu de dévoiler sa race, sa couleur ou son origine nationale ou de répondre à des questions concernant son affiliation à un parti politique, la façon dont il a voté, ou les raisons de son vote.

Les statistiques ainsi établies pourront être utilisées pour mettre en œuvre la disposition du Quatorzième Amendement, selon laquelle

des sièges à la Chambre des représentants pourront être retirés aux États qui pratiquent une discrimination lors des opérations électorales.

9) *Titre IX – De l'intervention et de la procédure en révision dans les affaires de droits civiques*

En vertu de ce titre, l'Attorney-General des États-Unis peut intervenir au nom des États-Unis dans toute affaire présentée à un Tribunal fédéral en vue d'obtenir réparation lorsque l'égle protection de la loi instituée par le Quatorzième Amendement a été refusée pour des motifs de race, de couleur, de religion ou d'origine nationale, s'il certifie que ladite affaire est «d'intérêt public».

Ce titre modifie le code des États-Unis¹¹ en ce sens que, dans les affaires de droits civiques, les Cours d'Appel fédérales peuvent désormais reviser la décision d'un Tribunal fédéral inférieur en renvoyant l'affaire à un Tribunal d'état. Jusqu'alors, le défendeur, dans une affaire touchant ses droits civiques jugée par un Tribunal d'état, pouvait transférer sa cause à un Tribunal fédéral inférieur; toutefois, si celui-ci se déclarait alors incompétent et renvoyait l'affaire devant le Tribunal d'état, il n'était plus d'autres recours possible. La disposition relative à la révision a modifié cet état de choses.

10) *Titre X – Du service des relations entre collectivités*

En vertu de ce Titre, il est créé une nouvelle institution fédérale, intitulée «Service des relations entre collectivités», qui relève du Ministère du Commerce. Ce service apportera son assistance ou sa médiation à des collectivités ou à des personnes pour les aider à résoudre des différends ou des difficultés provoquées par des pratiques discriminatoires fondées sur la race, la couleur ou l'origine nationale, qui compromettent les droits qui leur sont reconnus par la Constitution ou la législation fédérale, ou qui peuvent affecter le commerce entre états. Il offrira son concours en cas de différends ou de difficultés de ce genre «chaque fois qu'à son avis les relations pacifiques entre les citoyens de la collectivité en cause se trouvent menacées». En outre, dans l'accomplissement de ses fonctions, il s'efforcera «d'obtenir et d'utiliser la coopération des institutions d'état ou des institutions locales compétentes, qu'elles soient de caractère public ou privé».

Ce service devra agir «de façon confidentielle et sans publicité» et présenter chaque année au Congrès un rapport sur son activité.

¹¹ Titre 28, par. 1.447 (d) et 1.443.

11) *Titre XI – Dispositions diverses*

Dans toute poursuite pénale engagée pour «délit d'offense à la Cour» (obstruction ou résistance aux ordonnances judiciaires) relative aux Titres II, III, IV, V, VI ou VII, concernant notamment les logements offerts au public, les services publics, les écoles publiques, les actions intentées par la Commission des droits civiques, les programmes bénéficiant de l'aide des autorités fédérales, et les pratiques équitables en matière d'emploi, l'accusé a le droit être jugé par un jury. *

Cette disposition ne s'applique pas au «délit d'offense à la Cour» commis en présence ou à proximité du Tribunal et constituant alors un délit d'outrage à la magistrature, non plus qu'au refus d'obéissance du personnel du Tribunal aux ordres du Tribunal ou à la procédure exécutoire. La personne reconnue coupable de ce genre de délit est passible d'une amende ou d'une peine de prison.

Il existe une disposition qui exclut toute deuxième accusation pour la même infraction sous ce chef de résistance à la loi.

Enfin, d'autres dispositions prévoient: 1) qu'aucune clause de la Loi ne saurait être interprétée comme indiquant que le Congrès s'est approprié par avance une compétence exclusive dans le domaine visé par la loi par rapport à la compétence législative des états; ni comme invalidant une disposition quelconque d'une loi d'un état, sauf s'il s'agit d'une disposition incompatible avec l'un des objectifs ou l'une des dispositions de la Loi; 2) que, dans le cas où une disposition de la loi serait invalidée, les autres ne s'en trouveraient pas modifiées pour autant.

DEUXIÈME PARTIE

BREF HISTORIQUE DES LOIS FÉDÉRALES SUR LES DROITS CIVIQUES AUX ÉTATS-UNIS

a) **La Déclaration d'Indépendance américaine**

Le 4 juillet 1776, les représentants des Etats-Unis, alors au nombre de treize, réunis en Congrès général, approuvèrent et rendirent publique la Déclaration d'Indépendance dont est extrait le passage cité au début du présent article.** Le projet final adopté par le

* La loi de 1957 sur les droits civiques prévoyait déjà des procès avec jury en cas de poursuites pour délit d'offense à la cour concernant le droit de vote (voir plus loin).

** Deux jours plus tôt, le 2 juillet 1776, le Congrès continental avait adopté une résolution par laquelle il déclarait que «ces colonies unies sont, et ont le droit d'être, des Etats libres et indépendants», et dissolvait entièrement tous les liens politiques entre ces colonies et la Grande-Bretagne.

Journals of Congress, Ford ed., V, 424, 507; Becker, *The Declaration of Independence* (1958) 3.

Congrès modifiait à certains égards les versions précédentes mises au point par Thomas Jefferson; mais les auteurs de chaque version avaient énoncé dans des termes à peu près identiques «les vérités évidentes par elles-mêmes» selon lesquelles tous les hommes sont créés égaux et sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables, parmi lesquels se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur.¹²

Cette déclaration exprimait la philosophie des droits naturels qui prévalait alors. Cette notion de l'égalité de tous les hommes figurait dans les écrits de John Locke¹³ et dans la Déclaration des Droits de l'état de Virginie, publiée précédemment.¹⁴ La Déclaration d'Indépendance exprimait donc à cet égard un idéal américain. Un historien moderne a déclaré qu'elle contenait «les idées essentielles de la démocratie américaine» et que «l'histoire de la démocratie américaine est la réalisation progressive, trop lente pour certains et trop rapides pour d'autres, des idées présentes dans la Déclaration d'Indépendance».¹⁵

La Déclaration ne créait pas un cadre de gouvernement, mais se bornait à affirmer les principes sur lesquels un gouvernement juste devait se fonder.

Elle n'avait pas force de loi. Le gouvernement formel de cette union d'Etats a été constitué en vertu des «articles de confédération» qui furent finalement approuvés le 9 juillet 1778 et qui restèrent en application jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution.

Le droit et l'histoire nous enseignent qu'à l'époque de la révolution américaine et pendant un certain temps encore, tous les hommes n'étaient pas égaux en droit ou en fait, car dans un certain nombre d'états l'esclavage et la servitude forcée continuaient légalement d'exister.

Dans ses projets initiaux de Déclaration, Jefferson avait accusé le Roi d'Angleterre de mener «une guerre cruelle contre la nature humaine elle-même, en violant les droits les plus sacrés à la vie et à la liberté de la personne chez un peuple éloigné, qui ne l'avait jamais offensé, en capturant et en emmenant ces personnes en esclavage dans un autre hémisphère...» Sur les instances de certains délégués du Sud, le Congrès omit ces mots dans le projet qu'il adopta finalement.¹⁶ Ils soulignent cependant le fait que l'esclavage

¹² Becker, «The Declaration of Independence» (1958), pp. 142, 161, 175, 186.

¹³ *Id.* pp. 24, et suiv.; John Locke, «Second Treatise of Civils Government», Book II, par. 4, Works (Ed. 1812); Perry, «Puritanism and Democracy» (1944), pp. 126-7.

¹⁴ Rossiter, «Seedtime of the Republic» (1953), p. 399.

¹⁵ Perry, «Puritanism and Democracy» (1944), pp. 130, 133.

¹⁶ Becker, *supra*, pp. 146, 166, 180; Padover, «The Complete Jefferson» (1943), pp. 893, 1132; Kimball, «Jefferson The Road to Glory, 1743 to 1776» (1943), p. 300; Padover, «A Jefferson Profile» (1956), p. 300.

avait été introduit et imposé dans les colonies américaines par la mère patrie.

Jefferson, quant à lui, était opposé à l'esclavage et réclama, bien que sans succès, l'adoption de lois pour l'émancipation des esclaves.¹⁷

b) La Constitution des Etats-Unis dans sa forme initiale

La Déclaration d'Indépendance ne fut pas reprise dans la Constitution initiale des Etats-Unis telle qu'elle fut adoptée en 1787 et ratifiée en 1789. La Constitution ne bannissait pas l'esclavage. Au contraire, elle contenait certaines dispositions qui en reconnaissaient tacitement l'existence dans certaines régions des Etats-Unis: bien que les mots «esclavage» et «esclaves» n'y figurassent point, elle admettait manifestement, au moment de son adoption, l'existence de l'institution.

L'esclavage était alors en voie de disparition dans les états du Nord, mais afin d'obtenir l'adhésion des états du Sud au nouveau système de gouvernement il était nécessaire de reconnaître légalement l'esclavage en tant qu'institution et de faire certaines concessions en faveur des Etats esclavagistes. C'est pourquoi l'esclavage fut tacitement reconnu (sans que le terme soit employé) à l'article IV, alinéa 2, paragraphe 3, qui prévoyait que les esclaves fugitifs devaient être rendus à leur propriétaire, et à l'article premier, alinéa 9, paragraphe 1, qui réservait le droit des états d'importer des esclaves et interdisait jusqu'en 1808 l'adoption de toute législation nationale visant à empêcher cette importation, enfin à l'article premier, alinéa 2, paragraphe 3, qui prévoyait que lors de la répartition entre les états de leurs représentants selon le critère de la population, il serait tenu compte de toutes les «personnes libres», mais seulement des trois cinquièmes de toutes les «autres personnes».

Ces dispositions constitutionnelles furent par la suite mises en application dans des décisions judiciaires¹⁸ et dans les lois sur les esclaves fugitifs qui furent adoptées par le Congrès en 1794 et 1850 pour aider les propriétaires d'esclaves à rentrer en possession de ceux qui s'étaient enfuis.¹⁹

(Lors de l'adoption en 1865 du Treizième Amendement qui abolissait l'esclavage et la servitude forcée, ces dispositions constitutionnelles, ainsi que ces lois et décisions, sont devenues sans objet).

¹⁷ Jefferson, «Notes on Virginia»; Malone, «Jefferson the Virginian» (1948), pp. 141, 264-9; Malone, «Jefferson and the Ordeal of Liberty» (1962), pp. 207-8; Kimball, «Jefferson The Road Glory, 1743 to 1776» (1943), pp. 223-4, 207; Padover, «The Complete Jefferson» (1943), pp. 89-90, 109, 523, 661-6, 677-8, 1149-50, 1288.

¹⁸ *Prigg v. The Commonwealth of Pennsylvania*, 16 Peters (41 U.S.) 539, 611 (1842); *Ableman v. Booth*, 21 Howard (62 U.S.) 506 (1858).

¹⁹ 1 U.S. Stat. 302; 9 U.S. Stat. 462.

c) L'ordonnance relative au Nord-Ouest et le compromis du Missouri

En 1787, le Congrès continental adopta l'ordonnance du Nord-Ouest²⁰ concernant l'administration du Territoire des États-Unis situé au nord-ouest de la rivière Ohio, selon laquelle «il ne pourra y avoir ni esclavage ni servitude forcée dans ledit Territoire»... C'est pourquoi les États qui se formèrent dans ce territoire ne connurent pas l'institution de l'esclavage.²¹

Entre la ratification de la constitution en 1789 et le début de la guerre civile en 1861, la solution commode adoptée à titre de compromis consista à admettre dans l'Union un État libre et un État esclavagiste, de façon à maintenir l'équilibre entre les deux groupes. Cette pratique fut une source croissante d'amertume et de conflits et dut être aménagée à plusieurs reprises.

En 1820, en vertu du fameux compromis qui porte son nom, le Missouri fut admis dans l'Union en tant qu'État esclavagiste et le Maine en tant qu'État non-esclavagiste²², à la condition que dans tout le reste du Territoire défini dans l'acte d'achat de la Louisiane et situé au nord de 36°30' de latitude nord, l'esclavage et la servitude forcée seraient interdits à tout jamais. Le compromis du Missouri fut, par la suite, expressément rejeté par la loi de 1854 du Kansas-Nébraska et la Cour suprême le déclara anticonstitutionnel dans la décision qu'elle rendit dans l'affaire de *Dred Scott*²³ (voir plus loin). Ce texte est cependant important, car c'était la première fois que le Congrès bannissait l'esclavage sur un territoire national acquis après l'adoption de la Constitution.

De 1789 à 1861, 21 nouveaux États furent admis dans l'Union; 12 d'entre eux étaient des États non-esclavagistes et 9 des États esclavagistes.

d) Le jugement rendu dans l'affaire Dred Scott (1857)

En 1857, la Cour suprême rendit son célèbre jugement dans l'affaire *Dred Scott*,²⁴ comportant 240 pages imprimées d'attendus, qui l'exposa à de graves critiques et aggrava la scission sur la question de l'esclavage.

Dredd Scott, un esclave noir, avait été emmené par son maître, médecin militaire, pendant plusieurs années hors du Missouri, État esclavagiste; il résida tout d'abord, en 1834, dans un poste militaire de l'Illinois, État libre (où l'esclavage avait été interdit en vertu de l'ordonnance du nord-ouest de 1787) et, par la suite, en 1836, dans

²⁰ 1 U.S. Stat. 50-51.

²¹ Michigan, Wisconsin, Illinois, Indiana et Ohio.

²² 3 U.S. Stat. 545.

²³ *Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard (60 U.S.) 393, 452 (1857).

²⁴ *Ibid.*

un poste militaire à Fort Snelling dans le Territoire libre du Wisconsin (où l'esclavage était interdit par le compromis du Missouri). A Fort Snelling, Scott épousa une noire, Harriet, et ils eurent deux enfants. Par la suite, le maître de Scott le ramena au Missouri avec sa famille et, finalement, les vendit comme esclaves à un certain Sandford qui s'empara de leurs personnes et les fit emprisonner. Scott intenta une action devant un Tribunal fédéral pour obtenir sa liberté, affirmant qu'il l'avait acquise du fait de sa résidence temporaire dans un Etat libre et un Territoire libre.

La Cour suprême décida que: 1) un Noir dont les ancêtres avaient été amenés dans le pays et vendus comme esclaves, qu'il ait ou non acquis sa liberté, n'était pas un «citoyen» au sens de la Constitution des Etats-Unis, et ne pouvait donc pas prétendre à tous les droits, privilèges et immunités qu'elle garantit aux citoyens, y compris le droit d'intenter une action en justice et que Dred Scott n'était donc pas un «citoyen» du Missouri ou des Etats-Unis et n'avait pas le droit d'ester en justice; 2) que la résidence temporaire de Dred Scott dans un territoire libre ne lui avait pas fait acquérir sa liberté au moment de son retour dans le Missouri, Etat esclavagiste, du fait que son statut était déterminé par les lois du Missouri où il résidait au moment où la question de sa liberté s'était posée; 3) que le compromis du Missouri était anticonstitutionnel du fait que le Congrès n'était pas habilité, en vertu de la Constitution, à adopter une loi interdisant à un citoyen d'avoir et de posséder des esclaves à titre de propriété privée dans un territoire acquis par les Etats-Unis, (tels que ceux provenant de l'achat de la Louisiane) tant qu'il conservait la qualité de territoire.

Au sujet de l'affirmation rappelée ci-dessus concernant l'égalité de tous les hommes, qui figure dans la Déclaration d'Indépendance, la Cour suprême déclara qu'elle ne visait pas les personnes qui étaient alors des esclaves, bien que le libellé général de la Déclaration «puisse sembler embrasser tout le genre humain».

D'autres membres de la Cour suprême firent enregistrer des opinions radicalement divergentes, dont il peut être intéressant de citer plusieurs ici. L'un des juges minoritaires déclara que «tout esclavage a son origine dans la puissance et est contraire au droit», un autre affirma: «il n'est pas vrai, en réalité» que la Constitution «ait été formulée exclusivement par la race blanche» ou «pour la race blanche», ainsi qu'il ressort manifestement de son Préambule et du fait que des personnes de couleur étaient alors libres et citoyens d'un certain nombre d'Etats, enfin que l'esclavage est «contraire au droit naturel».

e) La guerre civile (1861-1865)

La guerre civile américaine fut déclenchée sur la question de l'esclavage et pour sauver l'Union, divisée au sujet de cette question

qui, à l'époque, était autant économique que raciale. Il s'agissait essentiellement de déterminer si l'esclavage serait aboli aux États-Unis. Les hostilités opposèrent les onze États esclavagistes «confédérés» du Sud²⁵ et les vingt-trois autres États «unionistes», situés au Nord ou à l'Ouest de l'Union, et dont cinq, quoique alors esclavagistes, restèrent fidèles à l'Union.²⁶

La défaite des États sudistes, le 9 avril 1865, mit fin à la guerre civile.

f) Le Proclamation d'Emancipation

Le 22 septembre 1862, en pleine guerre civile, Abraham Lincoln, en qualité de Président des États-Unis et de Commandant en Chef de l'Armée et de la Marine, rendit publique une proclamation préliminaire²⁷ aux termes de laquelle, dès le premier janvier 1863, toutes les personnes détenues en esclavage à l'intérieur d'un état alors en révolte contre les États-Unis «seraient désormais libres pour toujours» et le Gouvernement des États-Unis «reconnaîtrait et assurerait la liberté de ces personnes» et ne ferait rien pour s'opposer «à tout ce qu'elles pourraient faire pour obtenir leur liberté effective».

Le 1er janvier 1863, Lincoln publia la Proclamation d'Emancipation,²⁸ dans laquelle il désignait les états alors en rébellion* (Alabama, Arkansas, Floride, Géorgie, Louisiane, Mississippi, Caroline du Nord, Caroline du Sud, Texas et Virginie) et déclarait que «toutes les personnes détenues en esclavage» dans ces états «sont et seront désormais libres» et que les États-Unis «reconnaîtront et garantiront la liberté de ces personnes». Il enjoignait, en outre, aux esclaves libérés de «s'abstenir de toute violence, sauf pour se défendre en cas de besoin» et les exhortait «à travailler fidèlement pour des salaires raisonnables». Et, en accomplissant «cet acte de justice», il sollicitait «le jugement approprié de l'humanité et la faveur de Dieu Tout-Puissant».

* Les esclaves des états esclavagistes qui ne se trouvaient pas «alors en rébellion» furent libérés selon d'autres modalités, soit par l'action de l'état soit en vertu du Treizième Amendement.

²⁵ Alabama, Arkansas, Floride, Géorgie, Louisiane, Mississippi, Caroline du Nord, Caroline du Sud, Tennessee, Texas et Virginie.

²⁶ Les dix-huit États non esclavagistes de l'Union étaient les suivants: Californie, Connecticut, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New-Hampshire, New-Jersey, New-York, Ohio, Oregon, Pennsylvanie, Rhode Island, Vermont et Wisconsin. Les cinq États-frontières esclavagistes de l'Union étaient les suivants: Delaware, Kentucky, Maryland et Missouri et, par la suite, au cours des hostilités, la Virginie occidentale.

²⁷ 12 U.S. Stat. 1267-8.

²⁸ 12 U.S. Stat. 1268-9.

g) Le Treizième Amendement

L'abolition de l'esclavage sur tout le territoire des Etats-Unis fut inscrite dans la loi fondamentale du pays par l'adoption du Treizième Amendement à la Constitution, qui fut approuvé par les deux Chambres du Congrès le 31 janvier 1865 et ratifié le 18 décembre de la même année. L'article premier stipule ce qui suit:

Il n'existera, dans toute l'étendue des Etats-Unis ou dans aucun lieu soumis à leur juridiction ni esclavage ni servitude forcée, sauf pour le châtiment d'un crime dont le coupable aura été dûment convaincu.²⁹

Cet amendement donnait ainsi à la Proclamation d'émancipation du Président Lincoln sa sanction constitutionnelle. Il abrogeait toutes les lois d'état établissant ou maintenant l'esclavage. Enfin, il limitait le pouvoir du Congrès, des Etats et des individus.

h) La loi de 1866 sur les droits civiques *

Le 13 mars 1866, le Congrès adopta une «loi visant à protéger toutes les personnes se trouvant aux Etats-Unis dans l'exercice de leurs droits civiques et à leur fournir les moyens d'en assurer la défense».³⁰ Le projet se heurta au veto du Président Andrew Johnson, mais fut néanmoins confirmé par le Congrès et promulgué le 9 avril 1866. Dans son article premier, la loi déclarait que «toutes les personnes nées aux Etats-Unis» seraient citoyens des Etats-Unis (sauf les Indiens non soumis à l'impôt) et que:

Tous les citoyens, sans distinction de race et de couleur, qu'ils aient été ou non tenus antérieurement en esclavage ou en servitude forcée ... auront, dans tout état et territoire des Etats-Unis, les mêmes droits que les citoyens blancs de conclure et d'appliquer des contrats, d'ester en justice, de comparaître et de témoigner, d'hériter, d'acheter, de louer, de vendre, de détenir et de transmettre des biens immeubles et meubles, de bénéficier pleinement et dans des conditions d'égalité des dispositions de toutes les lois et réglementations relatives à la sécurité des personnes et des biens, et seront passibles des mêmes punitions, peines et sanctions sans exception, nonobstant toute disposition contraire d'aucune loi, ordonnance ou coutume, ou d'aucun arrêté ou règlement.

* A ce propos, il convient de se référer également aux lois concernant le Bureau des libérés, adoptées par le Congrès en 1865-66, qui visaient notamment à protéger les Noirs libérés dans le libre exercice des droits civiques, à leur assurer la jouissance des immunités reconnues aux Blancs, et à les soustraire à toute discrimination fondée sur la race, la couleur ou la condition antérieure d'esclave. (Voir U.S. Stat. 507, 3 mars 1865; 14 U.S. Stat. 173, 16 juillet 1866; une autre loi du même genre, adoptée le 19 février 1866, se heurta au veto du Président Johnson; Konvitz, «A Century of Civil Rights» (1961), 43-48.

²⁹ 13 U.S. Stat. 567, 774.

³⁰ 14 U.S. Stat. 27-30.

La loi prévoit, en outre, en son article 2, que toute personne qui, «prenant prétexte des dispositions d'une loi, d'un arrêté, d'une ordonnance, d'un règlement ou d'une coutume», prive un habitant d'un état ou d'un Territoire d'un droit assuré ou protégé par la loi, se rendra coupable d'un délit et sera passible de peines correctionnelles.

La loi donnait compétence aux Tribunaux fédéraux en cas d'infractions à ces dispositions, et prévoyait qu'en dernier recours il pourrait être interjeté appel devant la Cour suprême des Etats-Unis. Elle établissait la prépondérance de la législation fédérale. Elle habilitait les fonctionnaires fédéraux à engager des actions et des poursuites en vertu de ces dispositions. Elle autorisait l'emploi des forces armées fédérales afin d'assurer l'application et d'empêcher toute violation de ces dispositions.

En outre, elle annulait expressément la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dred Scott* (voir plus haut).

i) Le Quatorzième Amendement

Le Quatorzième Amendement fait partie de la Constitution depuis son adoption par les deux Chambres le 16 juin 1866 et sa ratification le 9 juillet 1868. Il stipule notamment ce qui suit:

Article 1. Tout individu né ou naturalisé aux Etats-Unis et soumis à leur juridiction est citoyen des Etats-Unis et de l'Etat où il réside. Aucun Etat ne pourra faire appliquer de lois restreignant les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis; aucun Etat ne pourra non plus priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale, ni refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois.³¹

Les interdictions imposées par cet Amendement visent à prévenir toute action discriminatoire des états, c'est-à-dire des actes accomplis par les fonctionnaires ou les institutions d'un état en matière législative, judiciaire ou exécutive.³² La Cour suprême déclara que la portée de cet Amendement ne s'étendait pas à la discrimination pratiquée par des individus à titre privé.³³

j) Le Quinzième Amendement

Le Quinzième Amendement, qui fut adopté par les deux Chambres le 26 février 1869, et ratifié le 3 février 1870, prévoit ce qui suit:

Article premier. Le droit de suffrage appartenant aux citoyens des Etats-Unis ne pourra être refusé ou restreint, ni par les Etats-Unis, ni par aucun état, pour des motifs tirés de la race, de la couleur ou d'un état de servitude antérieur.³⁴

³¹ 14 U.S. Stat. 708-11.

³² *Ex Parte Virginia*, 100 U.S. 339, 347 (1880).

³³ *Civils Rights Cases*, 109 U.S. 3, 11 (1883).

³⁴ 15 U.S. Stat. 346; 16 U.S. Stat. 1131.

Le Dix-neuvième Amendement³⁵, qui fut adopté le 26 août 1920, ajouta le mot «sexe» au Quinzième Amendement. Il disposait que le «droit de vote des citoyens des Etats-Unis ne pourra être refusé ou restreint en raison de leur sexe par les Etats-Unis ou l'un quelconque des états», et accordait donc ainsi le droit de suffrage aux femmes.

Le Quinzième et le Dix-Neuvième Amendements visent l'action officielle des états ou du Gouvernement fédéral et non l'action des individus.

Les Treizième, Quatorzième, Quinzième et Dix-Neuvième Amendements contiennent chacun une disposition précise habilitant le Congrès à en assurer l'exécution «par une législation appropriée».

k) La loi de 1870 sur les droits civiques

Peu après la ratification du Quinzième Amendement, le 31 mai 1870, le Congrès adopta une loi visant notamment à mettre en application le droit de vote des citoyens des Etats-Unis dans les différents Etats de l'Union.³⁶ Elle prévoyait que tous les citoyens des Etats-Unis remplissant les conditions fixées par la loi pour participer à une élection populaire dans un Etat ou Territoire ou une subdivision territoriale d'un Etat ou d'un Territoire «ont le droit de participer à ces élections et sont autorisés à le faire sans distinction quant à la race, la couleur ou l'état antérieur d'esclavage, nonobstant toute disposition contraire d'une constitution, loi, coutume, usage ou réglementation d'un état ou d'un territoire». La loi stipulait également que tous les citoyens devaient avoir la même possibilité d'accomplir dans les mêmes conditions tout acte requis comme condition préalable à l'exercice du droit de vote, et de remplir les conditions exigées pour l'exercice de ce droit, sans distinction quant à la race, la couleur ou l'état antérieur de servitude.

Il était prévu que des sanctions pénales seraient applicables aux personnes qui entraveraient le droit d'une autre personne de voter ou de remplir les conditions exigées pour voter, ou qui intimideraient une autre personne en vue de l'empêcher d'exercer ce droit ou de remplir ces conditions. Les fonctionnaires fédéraux étaient habilités à engager des poursuites en cas de violation de la loi et les tribunaux fédéraux à connaître de toutes les affaires découlant de ces poursuites. D'autre part, le Président était autorisé à employer les forces armées fédérales pour faire appliquer les décisions des autorités judiciaires. L'article 16 prévoyait que toute personne aurait, dans tous les états et territoires, au même titre que les citoyens blancs, le droit de conclure et d'appliquer des contrats, d'ester en justice, d'être partie à des actions et de témoigner en justice, et de béné-

³⁵ 41 U.S. Stat. 1823.

³⁶ 16 U.S. Stat. 140.

ficier pleinement et dans des conditions d'égalité des avantages découlant de toutes les lois et procédures garantissant la sécurité des biens personnels, et qu'elle serait assujettie aux mêmes peines, impositions fiscales et obligations de toutes sortes, sans dérogation, et cela nonobstant toute disposition contraire d'une loi ou de la coutume.

L'article 17 fixait les sanctions pénales applicables à toute personne qui, «sous prétexte d'une loi, d'un arrêté, d'une ordonnance, d'un règlement ou d'une coutume», priverait une autre personne d'un droit octroyé par ledit article 16 ou la soumettrait à une peine ou une sanction différente, en raison de sa couleur ou de sa race».*

La loi reprenait alors le texte de la loi de 1866 sur les droits civiques en stipulant que ses articles 16 et 17 devraient être mis en vigueur conformément aux dispositions de la loi de 1866.

Il était stipulé, en outre, que lors des élections au Congrès, se rendrait coupable d'une infraction grave quiconque voterait sans en avoir le droit, autoriserait ou commettrait au cours de la procédure d'élection certains actes nommément désignés comme illégaux ou empêcherait un électeur qualifié de remplir les conditions requises pour voter ou d'exercer pleinement son droit de suffrage, ou inciterait un membre d'un bureau de vote à agir de façon illicite au cours des opérations électorales.

l) Les lois de 1871 sur les droits civiques

Le 28 février 1871, le Congrès adopta encore une autre loi détaillée portant amendement à la loi de 1870, à l'effet notamment de renforcer la protection du droit de vote des Noirs.³⁷

Le 20 avril de la même année, le Congrès adopta encore un autre long texte de loi visant notamment à mettre en oeuvre les dispositions du Quatorzième amendement.³⁸

Cette loi disposait entre autres que toute personne qui, invoquant une loi, un arrêté, une ordonnance, un règlement, une coutume ou une pratique d'un état, priverait une autre personne des droits, privilèges ou immunités qui lui appartiennent en vertu de la Constitution des Etats-Unis, pourrait être appelée à comparaître devant un Tribunal fédéral à la demande de la partie lésée.

m) La loi de 1875 sur les droits civiques

Le 1er mars 1875, le Congrès adopta une loi visant à protéger les droits civils et juridiques de tous les citoyens.³⁹

* Ces dispositions (des articles 16 et 17) étaient analogues aux articles 1 et 2 de la loi de 1866; mais, cette dernière avait été votée avant l'adoption des Quatorzième et Quinzième Amendements à la Constitution.

³⁷ 16 U.S. Stat. 433.

³⁸ 17 U.S. Stat. 13.

³⁹ 18 U.S. Stat. 335.

Le Congrès croyait par là mettre en oeuvre le Quatorzième Amendement «par une législation appropriée» (voir plus haut). Mais cette mesure resta en suspens pendant cinq ans avant d'être adoptée, et se heurta à une farouche opposition.

Dans son Préambule, la loi déclarait que «pour gouverner avec justice, il est essentiel que nous reconnaissons l'égalité de tous les hommes devant la loi et que nous soyons convaincus qu'il est du devoir du Gouvernement, lorsqu'il traite avec le peuple, d'établir une justice égale et exacte pour tous, sans distinction fondée sur la naissance, la race, la couleur ou les convictions religieuses ou politiques, car il convient que la législation ait pour objet d'inscrire dans la loi les grands principes fondamentaux».

La loi elle-même prévoyait, en son article premier, «que toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats-Unis ont le droit de jouir pleinement et dans des conditions d'égalité, de l'accès, des avantages, des installations et des privilèges offerts par les auberges, les services publics de transport terrestres, maritimes ou fluviaux, les théâtres et les autres lieux de divertissement public, sous la seule réserve des conditions et restrictions établies par la loi et applicables également à tous les citoyens sans distinction de race et de couleur, et indépendamment de tout état antérieur de servitude».

(On remarquera l'analogie frappante entre cette disposition et celle qui figure dans le titre «Accès aux lieux publics» de la loi de 1964 sur les droits civiques).

Cette loi stipulait, en outre, en son article 2, que toute personne qui violerait l'article précité, «en privant un citoyen de la pleine jouissance de l'un de ses droits relatifs à l'accès, aux avantages, aux installations ou aux privilèges susmentionnés, sauf pour des motifs applicables en vertu de la loi à tous les citoyens sans distinction de race et de couleur et indépendamment de tout état antérieur de servitude», serait passible de peines civiles et pénales.

Elle prévoyait d'autre part qu'aucun citoyen remplissant les conditions requises ne pourrait être récusé comme membre du jury d'un Tribunal d'état ou d'un Tribunal fédéral, «en raison de sa race, de sa couleur ou de son état antérieur de servitude».

Les tribunaux fédéraux recevaient compétence pour connaître des affaires découlant de l'application de cette loi et pouvaient imposer des sanctions civiles et pénales en cas de violation ou de non-observation de ces dispositions.

Cette loi fut le dernier texte législatif voté par le Congrès pour protéger les droits civils et politiques des Noirs jusqu'à l'adoption des lois sur les droits civiques de 1957 et 1960.

n) Les affaires de 1883 concernant les droits civiques

Huit ans après la promulgation de la loi de 1875 sur les droits civiques, la Cour suprême la déclara anticonstitutionnelle dans l'une

des décisions les plus importantes de l'histoire du droit constitutionnel américain, l'une de celles qui ont eu les conséquences les plus vastes et qui présentent un intérêt capital en ce qui concerne la constitutionnalité de la loi de 1964 sur les droits civiques.⁴⁰

Il s'agissait des cinq affaires suivantes: dans deux cas, l'admission dans une auberge ou un hôtel, les droits correspondants avaient été refusés à des Noirs; dans deux autres cas, l'entrée d'un théâtre, les droits correspondants avaient été refusés à deux personnes dont l'une était un Noir et l'autre une personne dont la couleur n'était pas spécifiée; enfin, dans le dernier cas, un contrôleur des chemins de fer avait refusé d'admettre une femme noire dans un compartiment de dames seules.

La question essentielle qui se posait était celle de la constitutionnalité des articles relatifs à l'accès aux lieux publics (articles 1 et 2) de la loi de 1875 sur les droits civiques mentionnée ci-dessus.

La Cour suprême déclara que ces articles étaient anticonstitutionnels et n'étaient fondés ni sur le Treizième ni sur le Quatorzième Amendement.

Selon les attendus de la Cour, le Quatorzième Amendement imposait des interdictions aux états et interdisait une action d'un caractère particulier de la part d'un état; mais il ne visait pas les cas où les droits d'un individu sont entravés par un autre individu. En d'autres termes, la Cour déclarait que le Quatorzième Amendement interdisait aux états ou à l'action d'un état d'entraver les droits civiques d'une personne, mais ne protégeait pas ces droits contre l'entrave que pouvaient leur imposer d'autres individus agissant sans le concours de l'autorité d'un état. La Cour ajoutait que le Congrès ne pouvait pas instituer un code de droit interne pour réglementer l'exercice entre citoyens des droits privés de chacun, mais devait se limiter, de par la Constitution, à promulguer les lois d'application ou de correction nécessaires à l'effet d'abroger ou de rendre sans effet les lois ou les mesures arrêtées par un état en violation des interdictions imposées par le Quatorzième Amendement.

La Cour déclarait, en outre, que le Treizième Amendement n'était pas applicable en l'espèce, car il visait seulement à abolir l'esclavage et la servitude forcée, et que le refus d'un propriétaire, agissant en tant que personne privée, d'accorder l'accès dans des conditions d'égalité à des auberges, des services publics de transport et des lieux de divertissement publics, même en raison de la race ou de la couleur, «ne constituait pas une marque d'esclavage» ou «de servitude forcée» pour la personne qui subissait cette discrimination.

Le juge Harlan exprima son désaccord dans une déclaration restée célèbre, qui commençait ainsi:

⁴⁰ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

Je ne puis m'empêcher de conclure que le fond et l'esprit des récents Amendements à la Constitution ont été sacrifiés par le jeu d'une critique verbale subtile et ingénieuse. Ce n'est pas son libellé, mais son sens profond qui fait la loi: la lettre de la loi en est le corps, le sens et la logique en sont l'âme.

De l'avis du Juge Harlan, le Treizième Amendement n'avait pas seulement pour objet de proscrire l'esclavage, mais aussi toutes les charges et incapacités qui en découlent, telles que la discrimination dans l'usage des services publics et qui en sont les symboles et les conséquences; le Congrès était fondé à adopter des lois visant à assurer aux Noirs l'exercice des droits civils dont jouissent tous les citoyens libres dans un état, et ces lois pouvaient être invoquées contre un état, ses fonctionnaires et ses agents, et contre des individus qui exerçaient des fonctions publiques en vertu de la législation d'un état ou d'une licence accordée par lui; les exploitants d'auberges, de services publics de transport et de lieux de divertissement publics remplissaient en un certain sens une fonction publique et, de ce fait, étaient assujettis au contrôle et à la réglementation officiels; une autorisation émanant de l'autorité publique, d'exploiter un lieu de divertissement, une auberge ou un service de transport oblige en droit l'exploitant à y accorder l'égalité d'accès au public tout entier; or les personnes de couleur font partie du public; les Noirs sont des citoyens et, en vertu du Quatorzième Amendement, ils ont le droit de jouir de tous les privilèges et immunités des citoyens dans les différents états, et notamment d'échapper à toute discrimination fondée sur la race en ce qui concerne les droits civiques dont bénéficient les citoyens blancs, et à toute discrimination pratiquée par l'état ou par ses représentants, ou par des individus exerçant des fonctions publiques ou détenant une autorité publique, tels que des transporteurs, des tenanciers d'auberge ou des propriétaires de lieux de divertissement; le Congrès a le pouvoir de protéger directement par une législation positive la qualité de citoyen d'un état, non seulement contre toute intervention d'un état, mais contre toute ingérence d'où qu'elle vienne.

Il semble rétrospectivement hors de doute que si l'opinion du Juge Harlan avait alors prévalu, la cause des droits civiques aux Etats-Unis aurait accompli des progrès à la fois plus sensibles et plus rapides.

**o) La doctrine «Séparés mais égaux»:
établie par l'affaire Plessis c. Ferguson (1896)**

En 1896, dans une autre décision de droit constitutionnel de portée considérable ⁴¹, La Cour suprême approuva la doctrine selon laquelle l'établissement de services «séparés mais égaux», en faveur

⁴¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

de la race blanche et de la race de couleur satisfaisait aux prescriptions de la Constitution fédérale relative à la régularité de la procédure et à la protection égale des lois.

La Cour déclara qu'une loi de la Louisiane, imposant l'obligation aux compagnies de chemin de fer qui exploitaient des services de transport à l'intérieur de l'état, exclusivement, de mettre à la disposition de la race blanche et de la race de couleur des installations égales mais séparées, dans des wagons distincts ou divisés en deux parties, n'était pas contraire aux dispositions des Treizième et Quatorzième Amendements. C'est en vertu de cette loi, qu'un métis nommé Plessis, qui voyageait en train, avait été expulsé d'une place destinée aux blancs.

La Cour affirma que de telles pratiques ne constituaient pas un acte «d'esclavage» ou «de servitude forcée» au sens du Treizième Amendement, et que la séparation obligatoire des races dans le commerce intérieur d'un état ne restreignait pas les privilèges ou les immunités de l'homme de couleur et ne lui déniait pas non plus l'égale protection des lois au sens du Quatorzième Amendement.

La Cour rejeta la thèse selon laquelle «les préjugés sociaux peuvent être surmontés par la législation», et selon laquelle «l'égalité des droits ne peut être assurée aux Noirs que par la coexistence forcée des deux races»; elle considéra que le plaignant était fondamentalement dans l'erreur en prétendant que «la séparation obligatoire des deux races marque la race de couleur du sceau de l'infériorité». Elle donna son approbation officielle à une séparation analogue des races dans les écoles et dans les théâtres. Elle approuva la conclusion donnée dans le même sens à plusieurs affaires survenues précédemment dans certains Etats, notamment au Massachusetts ⁴², où la doctrine «séparés mais égaux» avait été formulée pour la première fois et appliquée pour soutenir la ségrégation raciale dans des écoles publiques de Boston.

Le Juge Harlan formula avec éloquence une autre opinion divergente qui, au regard des événements ultérieurs, présentait un intérêt considérable et devait se révéler tout à fait prophétique. Il déclara que la loi de la Louisiane était «contraire aussi bien à l'esprit qu'à la lettre de la Constitution des Etats-Unis» et ajouta notamment ce qui suit:

... Mais, au regard de la Constitution et aux yeux de la loi, il n'y a dans ce pays aucune classe de citoyens supérieurs, dominante et régnaute. Il n'y a pas de castes dans notre pays. Notre constitution ne tient pas compte de la couleur et ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens. En ce qui concerne les droits civiques, tous les citoyens sont égaux devant la loi. Le plus humble est l'égal du plus puissant. La loi ne considère l'être humain que comme tel et ne prend pas en considération son milieu ou sa couleur lorsqu'il s'agit des droits civiques qui lui sont garantis par la loi suprême du pays. (page 559).

⁴² *Roberts v. City of Boston*, 5 Cush. (59 Mass.) 198 (1849).

... Quelles mesures pourraient plus infailliblement susciter la haine raciale, et plus certainement faire naître et perpétuer un sentiment de méfiance entre les races, que des lois d'états qui reposent, en fait, sur la notion que les citoyens de couleur sont si inférieurs et si méprisables qu'ils ne peuvent être autorisés à s'asseoir dans des voitures publiques occupées par des citoyens blancs (page 560).

La véritable garantie de la paix et de la sécurité de chacune des races réside dans l'obligation pour les autorités du gouvernement fédéral et des gouvernements des Etats, de reconnaître clairement, sans équivoque et sans réserve, tous les droits inhérents à la liberté civique, ainsi que l'égalité devant la loi de tous les citoyens des Etats-Unis sans considération de race. La législation des états qui réglemente la jouissance des droits civiques en se fondant sur la race et qui a été astucieusement élaborée pour anihiler les résultats légitimes de la guerre de sécession, sous prétexte de reconnaître l'égalité des droits, ne peut avoir d'autre résultat que de rendre impossible une paix durable et perpétuer un conflit de races qui ne manquera pas d'être néfaste pour tous (page 560-61).

... Nous nous glorifions de ce que notre peuple jouisse d'une liberté plus grande que celle de tous les autres. Mais il est difficile de concilier cette fierté avec une situation de droit qui, en pratique, marque du sceau de la servitude et du mépris une grande masse de nos concitoyens, nos égaux devant la loi. Le faux-fuyant des installations «égales» pour les voyageurs dans les wagons de chemin de fer ne trompera personne et n'effacera pas le mal qui a été fait aujourd'hui (page 562).

Ce jugement de la Cour suprême sanctionnait et favorisait la pratique, instaurée essentiellement dans les Etats du Sud, d'établir des installations séparées pour les Noirs et pour les Blancs dans les lieux et les services publics.

La Cour suprême a suivi cette décision et s'en est inspirée pendant plus d'un demi-siècle, mais finalement l'a rejetée en 1954 dans l'affaire de la ségrégation dans les écoles.⁴³

p) La clause de la Constitution relative au commerce, et la loi concernant le commerce entre les états

La constitution dispose ce qui suit: «Le Congrès a le pouvoir... de réglementer le commerce avec les Nations étrangères, entre les divers états et avec les tribus indiennes».⁴⁴

Afin de mettre en œuvre cette disposition, le Congrès adopta, le 4 février 1887, la loi sur le commerce entre les états, qui a été par la suite profondément modifiée.⁴⁵ Ce texte dispose notamment⁴⁶ qu'il est illicite pour un transporteur public par voie ferrée «de faire subir à une personne quelconque... un préjudice ou un désavantage sans fondement et sans raison, à quelque égard que ce soit...».

⁴³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

⁴⁴ Art. I, Sec. 8, Cl. 3; 1 U.S. Stat. 12, 13.

⁴⁵ 24 U.S. Stat. 379.

⁴⁶ 49 U.S.C.A., Sec. 3 (1).

Ces dispositions sont extrêmement importantes en ce qui concerne la loi de 1964 sur les droits civiques et le pouvoir attribué au Congrès de légiférer pour empêcher les pratiques discriminatoires en matière de «commerce entre les états».

q) La loi de 1957 sur les droits civiques

Le 9 septembre 1957, le Président Eisenhower promulgua la loi de 1957 sur les droits civiques⁴⁷, qui était le premier texte législatif adopté en la matière par le Congrès depuis 1875. Cette loi avait pour objet de «renforcer la garantie et la protection des droits civiques des personnes relevant de la juridiction des Etats-Unis».

Elle créait une Commission des droits civiques, institution fédérale permanente habilitée à adresser des citations à comparaître («sub-poenas») et à tenir des audiences selon des règles précises de procédure. La Commission était chargée: 1) d'enquêter sur les plaintes selon lesquelles certains citoyens étaient «privés de leur droit de vote et du droit qu'il soit tenu compte de leur vote sous prétexte de leur couleur, de leur race, de leur religion ou de leur origine nationale»; 2) d'examiner et de rassembler des renseignements «concernant les dispositions juridiques nouvelles pouvant constituer un refus de l'égale protection des lois prévue par la Constitution»; 3) de procéder à l'examen critique des lois et des pratiques du Gouvernement fédéral en ce qui concerne l'égale protection des lois conformément à la Constitution et 4) de déposer un rapport sur son activité et de formuler des recommandations dans un délai de deux ans.

Un Attorney-General-adjoint supplémentaire fut nommé pour assister la Commission dans sa tâche. Il était habilité à engager des instances judiciaires devant les Tribunaux fédéraux pour empêcher toute entrave à l'exercice du droit de vote. La loi prévoyait également que tout «délit d'offense à la Cour» (entrave ou résistance aux décisions judiciaires) dans les affaires concernant les droits civiques serait jugé au cours d'un procès avec jury.

La Commission des droits civiques présenta effectivement, le 9 septembre 1959, un rapport détaillé de 668 pages où elle formulait de nombreuses constatations et recommandations concernant la situation des droits civiques aux Etats-Unis.

r) La loi de 1960 sur les droits civiques

Ce projet de loi⁴⁸ est entré en vigueur le 6 mai 1960 après s'être heurté à une longue obstruction au Congrès. Il visait au premier chef à protéger plus efficacement le droit de suffrage des citoyens en imposant aux fonctionnaires chargés d'organiser les élections l'obligation de conserver pendant vingt-deux mois et de tenir à

⁴⁷ 71 U.S. Stat. 634.

⁴⁸ 74 U.S. Stat. 86.

la disposition de l'Attorney-General tous les documents et dossiers relatifs aux demandes d'inscription sur les listes électorales, aux inscriptions mêmes, aux paiements des taxes électorales et à toutes les autres formalités nécessaires pour voter lors d'une élection fédérale; en outre, il chargeait des scrutateurs nommés par l'autorité judiciaire d'enquêter sur toutes les plaintes concernant le refus d'inscription sur les listes électorales et les empêchements à l'exercice du droit de vote, et de faire rapport à leur sujet.

s) Les lois fédérales en vigueur en matière de droits civiques

Jusqu'à la promulgation de la loi de 1964 sur les droits civiques, il existait un ensemble de textes législatifs fédéraux concernant les droits civiques qui sont encore en vigueur et qui sont codifiés dans les chapitres 20, 20 A et 21 du recueil dit «United States Code Annotated». ⁴⁹ Ces dispositions législatives sont extraites de toutes les lois fédérales antérieures en la matière, pour autant qu'elles n'aient pas été abrogées par des textes ultérieurs ou déclarées nulles et sans effet par les Tribunaux.

KENNETH W. GREENAWALT,

WILLIAM S. GREENAWALT,

Avocats au Barreau de New-York, U.S.A.

⁴⁹ 42 U.S.C.A., Chapitre 20, 20A, 21.

LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE DE SOMALIE *

INTRODUCTION

La République de Somalie, située dans cette «corne de l'Afrique» que borde la Mer Rouge, couvre une superficie d'environ 600.000 km²; sa population est évaluée à environ 3.000.000 d'êtres humains. Elle est composée de l'ancien Protectorat britannique de Somalie et de l'ancien territoire sous tutelle de Somalie, qui relevait de l'administration italienne. Le protectorat de Somalie est devenu indépendant le 26 juin 1960, le territoire sous tutelle de Somalie le 30 juin 1960, et les deux territoires se sont réunis le 1er juillet 1960 pour former la République somalienne. Lorsque les représentants dûment élus des assemblées législatives de l'ancien Protectorat de Somalie et de l'ancien territoire sous tutelle de Somalie, siégeant conjointement le 1er juillet 1960, proclamèrent l'union de ces deux territoires qui allaient former la République de Somalie, la Constitution déjà approuvée par l'Assemblée constituante de Somalie ex-italienne fut étendue à tout le territoire de la République. Cette Constitution déclare que la Somalie est une «République... démocratique» (Article 1 (1) et que «l'organisation de l'Etat et les rapports entre l'Etat et les autres personnes publiques et privées sont régis par la loi» (Article 5 (1). C'est ainsi que la Constitution reprend le principe de la Primauté du droit. L'objet de la présente étude est donc d'examiner la Constitution ainsi que les lois promulguées depuis l'indépendance, pour rechercher dans quelle mesure la Primauté du droit est réellement fondée dans la République somalienne.

Nous nous proposons de suivre le plan suivant:

En premier lieu, nous nous efforcerons de définir le Principe de la Légalité, aussi bien dans sa teneur fondamentale que dans ses aspects pratiques.

En second lieu, nous examinerons la situation de ce Principe dans la République de Somalie, par rapport aux questions suivantes:

1. La Consitution de la République de Somalie a-t-elle été adoptée librement?

* Le lecteur trouvera ci-après le texte révisé, en vue de sa publication, d'une conférence donnée par l'auteur aux participants à un cycle d'étude sur la «Direction des Grandes Administrations» organisé à l'intention de directeurs généraux, à l'Institut universitaire de Somalie, Mogadiscio, les 14 et 15 mai 1964.

2. L'organe législatif a-t-il été créé conformément à la volonté du peuple, et consacre-t-il le principe de la représentation démocratique?
3. Les droits fondamentaux de l'homme sont-ils inscrits dans la Constitution et consacrés par elle?
4. Existe-t-il une juste répartition des pouvoirs, de nature à assurer le respect du Principe de la Légalité?
5. Dans quelle mesure le droit à la liberté personnelle est-il sauvegardé dans la République?
6. Dans quelle mesure l'indépendance de la magistrature est-elle garantie?

Enfin, certaines observations seront exposées très brièvement à titre de conclusion.

LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ

Le principe de la légalité est par nature composite. Pour l'éminent juriste Dicey, il signifiait que nul n'était au-dessus de la loi et qu'aucun homme n'était punissable ou ne pouvait légalement souffrir dans sa personne ou dans ses biens, sauf s'il avait commis une infraction formelle contre la loi, constatée par les voies de droit ordinaires devant les tribunaux ordinaires du pays.¹

L'expression de «Principe de la Légalité» a acquis depuis lors un sens plus large. Aujourd'hui, elle représente un concept dynamique «qui doit être employé non seulement pour sauvegarder et faire progresser les droits civiques et politiques de l'individu dans une société libre, mais aussi pour établir des conditions sociales, économiques, éducatives et culturelles dans lesquelles ses aspirations légitimes et sa dignité pourront être réalisées».²

Ce Principe a deux aspects.³ En premier lieu il est nécessaire de dégager sa teneur, c'est-à-dire la conception que chaque société se fait de ce terme. En second lieu, il est nécessaire d'examiner les institutions, les procédures et les traditions juridiques — conçues dans un sens très large, c'est-à-dire l'ensemble des règles de procédure qui sont nécessaires pour donner une réalité pratique à la conception que se fait chaque société du Principe de la Légalité.

¹ Dicey, «Law of the Constitution» 10ème édition.

² Voir la Déclaration de Delhi adoptée par le Congrès international de juristes, réuni à la Nouvelle Delhi en janvier 1959 sous l'égide de la Commission Internationale de Juristes, ainsi que «Le Principe de la Légalité dans une société libre», page 3, (Commission Internationale de Juristes, Genève 1959).

³ Nous résumons ici une étude intitulée «Sens de la Primauté du Droit» faite par M. Norman S. March dans le Document de Travail, Voir «le Principe de la légalité dans une société libre», pp. 200-205.

Sens profond du Principe de la Légalité

Le Principe de la Légalité repose sur les valeurs acceptées par une société libre, c'est-à-dire par une société qui offre à ses membres un cadre harmonieux, à l'intérieur duquel le libre esprit de chacun d'eux peut trouver sa pleine expression. Une société libre reconnaît la valeur suprême de la personnalité humaine et conçoit toutes les institutions sociales, et tout particulièrement l'Etat, comme les serviteurs et non les maîtres de l'individu.

Une société libre s'intéresse donc essentiellement aux droits de l'individu. Ces droits peuvent être de deux espèces. En règle générale, dans l'évolution historique des sociétés libres, le droit de l'individu à attester sa liberté contre toute intervention de l'Etat dans ses activités spirituelles et politiques a pris une importance particulière, et cette liberté trouve son expression dans des droits aussi classiques que la liberté de culte, de parole et de réunion. Nous distinguerons cependant entre l'expression formelle des droits et leur reconnaissance effective. Par exemple, pour des groupes importants de la population auxquels sont toujours refusées les normes minima d'instruction et de sécurité économique, les droits fondamentaux pourront n'être qu'une apparence plutôt qu'une réalité. C'est pourquoi on attache beaucoup plus d'importance à la réalisation du bien-être économique et social qu'à l'affirmation des seuls droits politiques. Par conséquent, au sens plein du terme, l'expression «droits fondamentaux» s'étend maintenant à de nombreux «droits nouveaux». Ceux-ci ont trait au droit de chaque citoyen d'avoir accès à un minimum de moyens matériels qui lui permettront tout au moins de tirer profit de sa liberté spirituelle et politique. Ces deux espèces de droits individuels – les droits politiques et les droits socio-économiques – ont une importance capitale dans une société libre.

Aspects matériels du Principe de la Légalité

Si on examine maintenant le mécanisme susceptible d'assurer l'application du Principe de la Légalité, on reconnaîtra probablement (sans prendre aucune position dogmatique sur la séparation des pouvoirs) que le problème d'une juste répartition des pouvoirs acquiert une importance capitale pour une société libre qui tient à préserver l'initiative et la dignité de chacun de ses membres.

LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ ET LA LOI DE LAGOS

En janvier 1961, une Conférence africaine sur la Primauté du Droit s'est tenue à Lagos sous l'égide de la Commission internationale de juristes. Elle réunissait 194 juges, praticiens du droit et professeurs de droit représentant 23 nations africaines ainsi que 9

autres pays non africains. Cette Conférence adopta un texte connu sous le nom de «Loi de Lagos»⁴, qui contient les déclarations suivantes:

Le Principe de la Légalité ne peut avoir de valeur réelle que si l'organisation du pouvoir législatif répond à la volonté du peuple et s'insère dans le cadre d'une Constitution librement adoptée;
afin de faire prévaloir le Principe de la Légalité, tous les gouvernements doivent respecter le principe de la représentation démocratique dans leurs Assemblées législatives;
les Droits fondamentaux de l'homme, et particulièrement le droit à la liberté de la personne, doivent être inscrits dans les Constitutions de tous les pays et définis par elles, et aucune atteinte ne doit être portée en temps de paix à la liberté de la personne, si ce n'est à l'issue d'un procès devant un tribunal.

D'après la «Loi de Lagos», les conditions suivantes doivent être remplies pour que le Principe de la Legalité soit pleinement respecté:

1. La Constitution doit avoir été adoptée librement.
2. L'organe législatif doit être constitué conformément à la volonté du peuple.
3. Les droits fondamentaux de l'homme doivent être inscrits dans la Constitution et consacrés par elle.
4. Les pouvoirs doivent être équitablement répartis dans l'Etat.
5. Le droit à la liberté de la personne doit être entouré des sauvegardes nécessaires.

Etant donné les conditions énoncées par la Loi de Lagos pour assurer le respect du Principe de la Légalité, nous pensons traiter notre sujet, à savoir le Principe de la Légalité dans la République de Somalie, par référence aux questions suivantes:

1. La Constitution de la République de Somalie a-t-elle été adoptée librement? (Section «A»)
2. L'organe législatif a-t-il été constitué conformément à la volonté du peuple, et consacre-t-il le principe de la représentation démocratique? (Section «B»)
3. Les Droits fondamentaux de l'homme sont-ils inscrits dans la Constitution et consacrés par elle? (Section «C»)
4. Existe-t-il une juste répartition des pouvoirs, de nature à assurer le respect du Principe de la Légalité? (Section «D»)
5. a) Dans quelle mesure le droit à la liberté individuelle est-il sauvegardé dans la République? (Section «E»)
b) Etant donné qu'une magistrature indépendante est l'une des exigences préalables à l'existence d'une société libre, nous devons nous demander dans quelle mesure l'indépendance de la magistrature se trouve garantie dans la République de Somalie. (Section «F»)

⁴ Conférence africaine sur le Primauté du Droit, p. 13, Commission Internationale de Juristes, Genève, 1961.

SECTION A

L'ADOPTION DE LA CONSTITUTION SOMALIENNE

Question 1: La Constitution de la République a-t-elle été adoptée librement?

Comme nous l'avons déjà indiqué, la Constitution a été approuvée le 30 juin 1960 par l'Assemblée Constitutante de la Somalie, alors que ce territoire était encore sous administration italienne. Lorsque les représentants élus des Assemblées législatives des deux territoires de la Somalie proclamèrent la République somalienne, le Président de l'Assemblée législative, en sa qualité de Président provisoire de la République de Somalie, promulga la Constitution le 1er juillet 1960, et cette Constitution entra provisoirement en vigueur sur tout le territoire de la République à compter de cette date. En vertu de l'Article 111 (Dispositions transitoires et finales de la Constitution), la Constitution devait être soumise à un référendum populaire un an après son entrée en vigueur. Elle fut approuvée selon cette procédure le 20 juin 1961, à l'écrasante majorité de 90,6 pour cent des votants.

SECTION B

L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Question 2: L'organe législatif a-t-il été constitué conformément à la volonté du peuple, et consacre-t-il le principe de la représentation démocratique?

Le pouvoir législatif de l'Etat appartient à l'Assemblée nationale (Article 49 de la Constitution), qui se compose de députés élus par le peuple au suffrage universel, libre, direct et secret, et de certains députés de droit, qui sont les anciens présidents de la République. Le nombre des députés est fixé par la loi; il s'élève actuellement à 123 (Article 1, loi n° 4 sur les élections aux organes politiques, 22 janvier 1964). Les élections nationales ont lieu au scrutin de liste (Article 7). Chaque citoyen qui a le droit de vote et qui dans l'année de l'élection a 25 ans révolus, est éligible aux fonctions de député. Les magistrats, les membres des forces armées ou des organisations paramilitaires, les gouverneurs régionaux, les commissaires de district et les chefs de sous districts sont inéligibles. Cependant, ces motifs d'inéligibilité sont sans effet si les services de la personne intéressée ont pris fin avant que la liste des candidats soit rendue publique. Pendant la durée de leur mandat, les députés ne doivent exercer aucune des fonctions énumérées ci-dessus, et ne

peuvent être *présidents de conseils municipaux* ou *membres de conseils de district* ou de *conseils municipaux* ou employés de l'Etat ou d'autres organismes publics. Lorsque un député n'opte pas pour sa nouvelle fonction dans les quinze jours qui suivent sa nomination ou son élection, il est automatiquement déchu de cette fonction (Articles 2, 3, 4).

Chaque Assemblée est élue pour une période de *cinq ans*, à compter de la date de proclamation des résultats du scrutin, et toute modification apportée à la durée de ce mandat est sans effet sur la durée de la législature au cours de laquelle cette décision est prise (Article 52 de la Constitution). L'Assemblée peut être *dissoute* avant la fin de la législature par le Président de la République, lorsque:

1. elle n'est plus en mesure de s'acquitter de ses fonctions, ou lorsque
2. elle s'en acquitte d'une manière préjudiciable à l'exercice normal de l'activité législative.

Cette dissolution prend effet après que le Président a recueilli l'avis du Président de l'Assemblée nationale (Article 68 (1) de la Constitution).

Cependant, le Président de la République ne peut ainsi dissoudre l'Assemblée *pendant la première année d'exercice de l'Assemblée* ou *pendant la dernière année du mandat du Président de la République* (Article 53(3)). De toute façon, en vertu de l'article 53 (4), l'Assemblée sortante conserve ses pouvoirs jusqu'à la proclamation des résultats des élections à l'Assemblée suivante.

Ainsi, l'Assemblée Nationale repose sur la représentation démocratique et représente la volonté du peuple.

SECTION C

LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'HOMME

Question 3: Les Droits fondamentaux de l'homme sont-ils inscrits dans la Constitution et consacrés par elle?

Les Droits fondamentaux de l'homme sont inscrits dans la Constitution de la Somalie et consacrés par elle. Les droits garantis par la Constitution comprennent non seulement les droits civiques et politiques, mais aussi les droits sociaux, économiques, le droit à l'instruction et à la culture.

La Constitution reconnaît quatre catégories de droits fondamentaux:

1. Droits fondamentaux du citoyen.
2. Droits fondamentaux de l'homme.
3. Droits sociaux.
4. Garanties judiciaires.

Les Droits fondamentaux du citoyen comprennent: le droit de vote (Article 8), le droit d'accéder à une fonction publique (Article 9), le droit de pétition (Article 10), le droit de résidence (Article 11), le droit d'association politique (Article 12), le droit d'association syndicale (Article 13) et le droit d'exercer une initiative économique (Article 14).

Les Droits fondamentaux de l'homme comprennent: le droit à la vie et à l'intégrité de la personne (Article 16), le droit à la liberté personnelle (Article 17), la protection contre l'extradition et le droit d'asile politique (Article 19), les limites aux services personnels et aux impositions personnelles (Article 20), la liberté de domicile (Article 21), la liberté de correspondance (Article 22), l'égalité sociale (Article 23), le droit à la propriété (Article 24), le droit de réunion (Article 25), le droit d'association (Article 26), le droit de grève (Article 27), la liberté d'opinion (Article 28), la liberté de religion (Article 29) et le droit au statut personnel (Article 30).⁵

Les droits sociaux comprennent: la protection de la famille (Article 31), l'organisation de services d'assistance (Article 32), la protection de la santé publique (Article 33), la sauvegarde de la morale publique (Article 34), l'organisation de l'instruction publique (Article 35), la protection du travail (Article 36), l'organisation de la sécurité sociale et de la prévoyance sociale (Article 37).

Les garanties judiciaires comprennent: le droit d'ester en justice (Article 38), la protection contre les actes de l'administration publique (Article 40), la responsabilité civile de l'Etat pour les actes commis par ses agents et ses employés (Article 40), le droit d'être défendu en justice (Article 41), le droit à l'assistance judiciaire gratuite (Article 41).

En outre, l'Article 7 prévoit que les lois de la République doivent se conformer, dans toute la mesure du possible, aux principes de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948.

⁵ L'Article 30 de la Constitution garantit que dans certaines domaines, tels que le mariage, le divorce, la pension alimentaire, la garde des enfants et la succession, la loi personnelle des parties intéressées sera applicable. Sur ces questions, les Musulmans seront régis par le droit Shariatique.

SECTION D

LA RÉPARTITION DES POUVOIRS

Question 4: La répartition des pouvoirs politiques et des pouvoirs de l'Etat est-elle de nature à assurer le respect du Principe de la Légalité?

I. LE POUVOIR LÉGISLATIF ET LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ

L'idée de base sur laquelle repose le Principe de la Légalité est que la loi est au service du peuple. Par «peuple», on ne doit pas nécessairement entendre la volonté de la majorité, mais il est tout aussi vrai, sinon davantage, que la volonté de la minorité ne peut passer pour la volonté du peuple. Le gouvernement démocratique se doit non seulement d'accepter la volonté de la majorité, mais aussi de tolérer l'existence de la minorité. Dans une société qui accepte le Principe de la Légalité, la majorité et la minorité reconnaissent l'une et l'autre des normes ou des principes minimum qui représentent les devoirs essentiels de la société envers chacun de ses membres. Quelle que soit l'autorité qui a pouvoir de légiférer, et quelles que soient les restrictions formelles qui peuvent ou non être imposées à ce pouvoir dans une société soumise au Principe de la Légalité, cette autorité respectera les droits minimum de l'individu ainsi que les devoirs correspondant qui incombent à la société dans son ensemble.

Le Principe de la Légalité apporte donc par hypothèse *certaines restrictions au pouvoir législatif*.

Restrictions:

Dans la République de Somalie, ce sont en premier lieu les limites absolues imposées au pouvoir législatif en vertu de la Constitution elle-même, et en second lieu, celles qui procèdent des pouvoirs de révision judiciaire dont est investie la Cour Suprême constituée en Tribunal Constitutionnel.

1. Restriction imposées en vertu de la Constitution

a) Amendements à la Constitution ⁶

L'une des restrictions imposées au pouvoir législatif en vertu de la Constitution est représentée par la procédure particulière

⁶ Depuis l'Indépendance, deux amendements à la Constitution ont été adoptés:
i) «Les tribunaux militaires ne peuvent être constitués qu'en temps de guerre». Le 9 janvier 1963, cette disposition a été ainsi amendée:
«La compétence des tribunaux militaires en temps de guerre est déterminée

prévue pour les amendements à la Constitution. Aux termes de l'Article 104 de celle-ci, un amendement à la Constitution peut être adopté par l'Assemblée nationale sur la proposition:

- i) d'au moins un cinquième de ses membres
- ii) du Gouvernement, ou
- iii) de 10.000 électeurs.

Une telle proposition devra faire l'objet de deux votes successifs, séparés par un intervalle d'au moins trois mois, et qui devront être à la majorité absolue des députés pour le premier scrutin et à la majorité des deux tiers pour le deuxième scrutin.

b) Restrictions apportées aux pouvoirs d'amendement

En second lieu, aux termes de la Constitution les pouvoirs mêmes d'amendement sont assujettis à certaines limitations. L'Article 105 prévoit qu'un amendement ne peut être adopté s'il a pour objet:

- i) de modifier la forme républicaine et démocratique de l'Etat, ou
- ii) de restreindre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales du citoyen et de l'homme, tels qu'ils sont garantis par la Constitution.

c) Interdiction de légiférer rétroactivement en matière pénale

En troisième lieu, il est interdit de légiférer rétroactivement en matière pénale, aussi bien par la Constitution que par le Code pénal somalien (Article 2). L'Article 42 de la Constitution prévoit que nul ne peut être condamné pour un acte qui n'était pas une infraction punissable au sens de la loi en vigueur au moment où il a été commis, et qu'aucune pénalité plus lourde que celle qui était alors applicable ne peut être imposée.

par la loi. En temps de paix, leur compétence ne porte que sur les délits de caractère militaire commis par les membres des forces armées».

ii) L'Article 29 était ainsi conçu:

Liberté de religion

«Chacun a le droit à la liberté de conscience et est autorisé à professer sa propre religion, à en célébrer le culte et à en transmettre l'enseignement, sous réserve de toutes limitations qui pourraient être prescrites par la loi, afin de sauvegarder la moralité, la santé et l'ordre publics».

En juillet 1963, cette disposition a été ainsi amendée:

«Chacun a le droit à la liberté de conscience et est autorisé à professer librement sa propre religion et à en célébrer le culte, sous réserve de toutes limitations qui pourraient être prescrites par la loi afin de sauvegarder la moralité, la santé et l'ordre public. Il est toutefois interdit de répandre une autre religion que la religion de l'Islam ou de faire aucune propagande en sa faveur».

d) Egalité devant la loi

En quatrième lieu, l'Article 3 de la Constitution dispose que:

Tous les citoyens, sans distinction de race, d'origine nationale, de naissance, de langue, de religion, de sexe, de statut économique ou social ou d'opinion, ont des droits égaux et des responsabilités égales devant la loi.

Cette disposition constitue une sauvegarde contre toute discrimination entre citoyens. En tant que principe général restreignant la compétence du corps législatif, ce concept d'égalité devant la loi signifie simplement ceci: une loi votée par l'Assemblée législative ne doit établir aucune discrimination entre les citoyens, sauf dans la mesure où une telle discrimination pourrait se justifier en vertu d'une classification rationnelle compatible avec le progrès de la dignité humaine au sein de la société. La valeur essentielle de cette insistance sur l'égalité devant la loi réside dans la nécessité qu'elle impose au pouvoir législatif de justifier ses mesures de discrimination par référence à une échelle générale de valeurs morales. L'égalité devant la loi est donc l'opposé de l'arbitraire; elle est le fondement même du Principe de la Légalité.⁷

2. Révision judiciaire

Les restrictions ci-dessus, apportées par la Constitution au pouvoir législatif, doivent être interprétées en dernier ressort par un tribunal judiciaire indépendant, qui statuera à leur sujet. Dans ces conditions, la révision des lois par le pouvoir judiciaire est devenue un élément essentiel d'application du Principe de la Légalité. Dans notre République, le pouvoir de révision judiciaire appartient à la Cour Suprême, constituée en Tribunal Constitutionnel.

L'Article 98 (1) de la Constitution dispose ce qui suit: «Les lois et les dispositions ayant force de loi devront être conformes à la Constitution et aux principes généraux de l'Islam.»

L'Article 98 (2) dispose que le caractère constitutionnel des lois et des dispositions ayant force de loi, dans leur forme ou dans leur fond, peut être contesté devant la Cour Suprême constituée en Tribunal Constitutionnel, au cours d'un débat judiciaire:

- i) à la demande de la partie intéressée,
- ii) à la demande du Procureur général, ou
- iii) à la demande de la Cour,

même si une décision partielle est subordonnée à l'application de la disposition de loi qui se trouve contestée.

⁷ Voir document de travail «La Primauté du Droit dans une société libre», pp. 223 à 229.

Lorsque la Cour Suprême est constituée en Tribunal Constitutionnel, elle se compose des membres de la Cour Suprême auxquels sont adjoints deux membres désignés pour une période de trois ans par le Président de la République, sur proposition du Conseil des ministres, et deux autres membres élus pour la même durée par l'Assemblée nationale à la majorité absolue.

Lorsqu'il a à se prononcer sur le caractère constitutionnel d'un texte législatif, le Tribunal constitutionnel doit examiner la conformité, aussi bien de forme que de fond, de la loi ou des dispositions en question avec les dispositions de la Constitution, sans aucunement considérer les aspects politiques de la situation et sans se préoccuper de savoir si le pouvoir législatif avait eu raison de faire usage de l'un des pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés (Article 1(2) de l'Annexe à la loi sur l'organisation du Pouvoir judiciaire (Décret No. 3 du 12 juin 1962). Si le Tribunal Constitutionnel conclut que la loi ou la disposition ayant force de loi qui se trouve ainsi contestée est contraire à la Constitution, il la déclare inconstitutionnelle Article 6(2) Annexe) et cette disposition cesse d'être en vigueur au jour même de la publication du jugement qui la déclare inconstitutionnelle (Article 6(4) Annexe). Les *décisions* du Tribunal constitutionnel ont *force obligatoire* pour les autres tribunaux (Article 2(b) Annexe). Lorsqu'un juge qui préside un tribunal considère qu'une pétition n'est pas manifestement dénuée de fondement ou a certains rapports avec l'essentiel de l'affaire, ou lorsqu'il soulève de son propre mouvement la question de la constitutionnalité, il doit renvoyer l'affaire au Tribunal constitutionnel et suspendre son jugement sur le fond en attendant que le Tribunal constitutionnel ait formulé sa décision (Article 4(a) (b) Annexe).

Jusqu'ici le Tribunal Constitutionnel n'a pas été officiellement constitué. Cependant la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi a été contestée devant la Cour suprême dans deux instances: *Le Congrès national de Somalie c/l'Etat*⁸ et *Ahmed Muddie Hassen et consorts c/le Ministre de l'Intérieur*⁹.

Dans l'affaire du *Congrès national de Somalie contre l'Etat*, le caractère constitutionnel de quatre dispositions de la loi sur l'administration municipale et l'élection des conseils municipaux (loi No. 19 du 14 août 1963) était contesté devant la Cour Suprême.

Le demandeur soutenait:

a) que la disposition selon laquelle *aucun scrutin ne peut avoir lieu lorsqu'une seule liste* est présentée dans un district électo-

⁸ *Congrès national de Somalie contre l'Etat*, voir le jugement de la Cour suprême prononcé le 5 novembre 1963.

⁹ *Ahmed Mussie Hassen et consorts c/le Ministre de l'Intérieur*, voir le jugement de la Cour suprême prononcé le 7 mars 1964.

ral (Article 7(3) de l'Annexe à la loi sur l'administration locale),

b) que la disposition selon laquelle *chaque liste* de candidats doit être signée par un certain nombre d'électeurs (Article 10(1) de l'Annexe),

c) que les *pouvoirs attribués au maire pour les questions ayant trait à la présentation des listes, lorsque lui-même esi candidat* sur une autre liste, et donc partie intéressée (Article 10 Annexe) et

d) que l'obligation de déposer une somme d'argent à titre de garantie (Article 11(1) Annexe),

étaient contraires au principe relatif au droit de vote incorporé à l'Article 8 de la Constitution dans les termes suivants:

1. «Tout citoyen qui réunit les conditions requises par la loi possède le droit de vote.
2. Le vote est personnel, égal, libre et secret».

Le demandeur soutenait que les dispositions contestées de l'Annexe à la Loi sur l'administration municipale et les élections municipales privaient de tout effet juridique le principe constitutionnel qui établit le droit de vote et étaient donc contraires à la Constitution. Comme le Tribunal constitutionnel n'était pas encore constitué, la question soumise à la cour suprême, siégeant toutes chambres réunies, était de savoir si elle pouvait exercer sa compétence sur des questions constitutionnelles, avant que le Tribunal constitutionnel ait été constitué. Ni la Constitution ni la loi sur l'administration de la Justice ne contiennent de disposition qui l'autorise expressément à resoudre *provisoirement* ce problème. La Cour Suprême, dans la jugement qu'elle prononça le 5 novembre 1963, tout en confirmant le caractère constitutionnel des dispositions contestées, a prétendu qu'en attendant la constitution du Tribunal Constitutionnel, «le tribunal ordinaire peut exercer sa compétence sur des questions constitutionnelles, à condition que son jugement n'ait qu'un effet limité et non pas général, ce qui serait le cas si ce jugement émanait de la Cour Suprême constituée en Tribunal Constitutionnel».

Dans la seconde affaire, *Ahmed Muddie Hassen et consorts c. le Ministre de l'Intérieur*¹⁰, une requête en annulation avait été déposée à l'égard du décret promulgué le 2 janvier 1964 par le Ministre de l'Intérieur, qui prononçait la dissolution du Conseil municipal de Mogadiscio. Le Procureur de la République avait contesté le caractère constitutionnel de l'Article 44 paragraphe (4)

¹⁰ Cette affaire est examinée de façon approfondie sous la rubrique: «Recours contre les mesures arbitraires de l'Exécutif».

de la loi sur l'administration municipale et les élections aux conseils municipaux, qui attribuait exclusivement à la Cour suprême, sans aucun recours, le pouvoir de se saisir de requêtes contestant la légalité de la dissolution d'un conseil municipal. Il soutenait que si l'Article 97, paragraphe (3) de la Constitution prévoit en effet la possibilité de faire appel de décisions judiciaires, en revanche l'Article 44 paragraphe (4) de cette loi viole l'Article 97 paragraphe et les élections aux conseils municipaux ne prévoit aucun recours contre une décision de la Cour Suprême, et qu'en conséquence l'Article 44 paragraphe (4) de cette loi viole l'Article 97 paragraphe (3) de la Constitution. Il demandait en outre que l'audition de la requête fût suspendue jusqu'à ce que le Tribunal constitutionnel soit constitué. La Cour suprême, se fondant sur les délibérations de l'Assemblée Constituante en la matière, déclara que les auteurs de la Constitution n'avaient eu la possibilité de recourir ni contre une telle décision de la Cour suprême, ni contre les décisions de cette haute juridiction lorsqu'elle est constituée en Tribunal Constitutionnel et en Haute Cour de Justice. La Cour Suprême, se conformant à ses jugements précédents dans l'affaire du *Congrès National de Somalie contre l'Etat*, a soutenu qu'elle était compétente pour trancher la question de constitutionnalité soulevée dans cette affaire, et que son jugement n'aurait qu'un effet limité.

II. LE POUVOIR EXÉCUTIF ET LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ

1) Recours contre les mesures arbitraires de l'Exécutif

Le pouvoir de gouverner, c'est-à-dire de prendre l'initiative et de diriger l'exécution des lois qui ont été dûment adoptées par les représentants du peuple, ne peut être exercé arbitrairement dans une société libre. Ceux qui exercent ces pouvoirs doivent agir conformément à la loi et être responsables de leurs actes devant le peuple, lequel exerce un contrôle par l'entremise de ses représentants à l'Assemblée législative, et en choisissant librement le chef de l'Exécutif.

Le *Gouvernement*, qui est investi de la fonction exécutive, se compose du Premier Ministre et des Ministres. Le Premier Ministre est désigné par le Président de la République. Celui-ci, le chef officiel de l'Etat, est lui-même élu par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers. Les Ministres sont nommés par le Président de la République, sur avis du Premier Ministre. Le gouvernement doit obtenir la confiance de l'Assemblée nationale dans les trente jours qui suivent sa formation.

Dans toutes les sociétés modernes, l'Exécutif possède néces-

sairement des pouvoirs très étendus en matière d'application des lois. L'application des lois implique en premier lieu une étude des voies et moyens par lesquels le Pouvoir Exécutif peut être contraint d'exécuter les devoirs qui lui sont imposés par la loi.

a) Révision judiciaire des actes administratifs

L'Article 94 de la Constitution et l'Article 10(4) de la loi sur l'administration de la justice (Décret législatif No. 3 du 12 juin 1962) prévoient qu'une *requête présentée à la Cour Suprême en matière administrative* doit avoir pour sujet des décisions administratives de caractère définitif portant sur des questions de droit et, aussi, dans le cas où cela est expressément prévu, sur des questions de fait. L'Article 10(4) de la loi sur l'administration de la justice stipule en outre que l'administration publique est tenue de se conformer aux jugements de la Cour Suprême, dans les délais qui peuvent être stipulés par la Cour; lorsque l'administration publique ne se conforme pas à un jugement de cette nature, la Cour Suprême, sur l'instance de la partie intéressée, prend les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de son jugement.

Un point intéressant de droit administratif a été soulevé dans l'affaire *Ahmed Muddie Hassen et consorts c. le Ministre de l'Intérieur*, dont nous avons déjà parlé. L'élection au Conseil municipal de Mogadiscio eut lieu le 26 novembre 1963, et le Conseil nouvellement élu se réunit pour la première fois le 2 janvier 1964; à cette occasion, il désigna par le sort Ahmed Muddie Hassen comme maire. Le même jour, le Ministre de l'Intérieur, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par l'Article 44, paragraphe (1) de la loi sur l'administration municipale et l'élection aux conseils municipaux, promulgua un décret qui prononçait la dissolution du conseil municipal et nommait un commissaire spécial. En outre, de nouvelles élections au conseil municipal furent ordonnées. Dans le décret portant dissolution du conseil municipal, il était dit que l'ancien conseil municipal, dont Ahmed Muddie Hassen était le maire, avait été dissout le 28 août 1962 par le Ministre de l'Intérieur, en raison des graves fautes et des graves irrégularités administratives dont il s'était rendu coupable et que le nouveau conseil ayant réélu Ahmed Muddie Hassen comme maire, rien ne garantissait qu'un Conseil, présidé par le même maire, pût se comporter de façon plus satisfaisante que le précédent.

L'Article 44, paragraphe (1) de la loi sur l'administration municipale et les élections aux conseils municipaux prévoit que, lorsqu'un Conseil municipal ne peut exercer ses attributions ou manque constamment à exécuter les tâches qui lui sont imposées par la

loi, ou bien encore commet des excès ou des abus de pouvoir, le Ministre de l'Intérieur peut le dissoudre par décret.

La première question de fond que la Cour Suprême devait considérer était de savoir si le Ministre avait normalement exercé les pouvoirs qui lui sont conférés par l'Article 44, paragraphe (1) de la loi sur l'administration municipale et les élections aux conseils municipaux. Le procureur de l'Etat soutint que la première condition énoncée pour dissoudre le conseil était fixée par la loi: C'était l'incapacité où se trouvait le conseil d'exercer ses attributions; cette condition était d'ordre général et n'était soumise à aucune limitation spécifique, car elle reposait sur un large pouvoir discrétionnaire consenti à l'administration publique, celle-ci n'étant nullement tenue de justifier ses décisions. La Cour n'accepta pas cette interprétation. Elle déclara que, même si l'Administration publique avait un large pouvoir discrétionnaire dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'Article 44, paragraphe (1), ce pouvoir n'en doit pas moins être exercé dans les limites prévues par la loi. En d'autres termes, la question de savoir s'il convient ou non de prendre un décret de ce genre relève du pouvoir discrétionnaire de l'Administration publique, mais, une fois qu'elle a décidé de prendre un tel décret, les motifs invoqués pour justifier la dissolution doivent être soutenables en droit. En second lieu, la Cour Suprême soutint que l'expression «lorsqu'un Conseil ne peut pas exercer ses attributions» ne saurait s'appliquer à autre chose qu'à l'impossibilité de s'acquitter des attributions imposées par la loi. Cette impossibilité devrait, d'après la Cour, être évaluée *à posteriori*, c'est-à-dire après constatation de la façon dont le Conseil municipal s'acquittait de ses attributions, et non pas d'après de simples probabilités. En l'occurrence, la Cour déclara que les motifs exposés dans le décret contesté étaient fondés sur un jugement *à priori* de la façon dont le Conseil s'acquitterait de ses attributions. L'administration publique semblait avoir estimé que le Conseil précédent, à la tête duquel se trouvait Ahmed Muddie Hassen ne s'était pas acquitté convenablement de ses attributions et que par conséquent le nouveau Conseil, ayant élu le même maire, ne s'en acquitterait pas mieux. Dans ces conditions, la Cour Suprême jugea que la loi n'était pas régulièrement appliquée par l'Administration publique. Elle annula donc le décret contesté. A la suite du jugement de la Cour Suprême. Le Ministre de l'Intérieur réinstalla le Conseil municipal qui avait été dissous. Cette affaire ne montre pas seulement l'efficacité des recours prévus contre les mesures administratives; elle prouve aussi que l'Exécutif est disposé à s'incliner devant le jugement de la Cour Suprême. Ce sont là deux conditions *sine qua non* sans lesquelles on ne saurait prétendre que le Principe de la Légalité est respecté dans une société libre.

b) Action au civil et au criminel contre le Pouvoir exécutif

Si la subordination de l'Exécutif à la loi doit en dernier recours servir le citoyen en tant qu'individu, les individus *qui ont subi des dommages* à la suite des actes illégaux de l'Exécutif doivent pouvoir recevoir réparation sous forme d'indemnité, ou, dans certains cas, par le moyen d'une poursuite au criminel. L'Article 5 de la loi sur le service civil (loi no. 7 du 15 mars 1962) prévoit que lorsque le droit de tierces parties a subi une atteinte à la suite d'actes ou d'omissions dont un fonctionnaire s'est rendu volontairement coupable ou d'une faute lourde commise par ce fonctionnaire dans l'accomplissement des devoirs de sa charge, ce dernier, ainsi que son administration, sont conjointement tenus d'indemniser les tiers pour tous dommages qui leur ont été ainsi causés. Lorsque l'Administration a versé une indemnité aux tiers, elle est fondée à se retourner contre le fonctionnaire en cause pour lui en réclamer le remboursement. Lorsqu'un fonctionnaire a reçu de son supérieur un ordre qu'il considère comme manifestement illégal, il doit appeler l'attention de son supérieur sur ce point, en s'efforçant de justifier son opinion. Si l'ordre est confirmé par écrit, le fonctionnaire a le devoir de l'exécuter. En pareil cas, il est déchargé de toute responsabilité et le fonctionnaire supérieur qui a donné l'ordre est tenu pour responsable de tout dommage qui pourrait en résulter.

2) Attributions législatives de l'Exécutif

a) Pouvoir de prendre des décrets-lois

Outre l'application des lois, l'Exécutif, dans la République de Somalie, est investi du *pouvoir de légiférer dans des circonstances exceptionnelles et en cas d'urgente nécessité* (Article 63 de la Constitution). Le gouvernement peut alors promulguer des dispositions temporaires qui ont force de loi. Ces dispositions sont promulguées par décret du Président de la République, sur proposition approuvée par le Conseil des Ministres, et, dans un délai de *cinq jours à compter de la date* de leur publication, elles doivent être présentées à l'Assemblée nationale pour être transformées en *texte législatif*. Si l'Assemblée est en session, elle dispose de trente jours pour se prononcer sur la conversion de ces textes en textes législatifs; si elle n'est pas en session, elle devra le faire dans les trente jours de sa prochaine session. Si ces textes n'ont pas été convertis en textes législatifs, ils perdent leur force et leur effet à compter de la date de promulgation. Cependant, l'Assemblée peut décider que leur force et leur effet cesseront à une date différente et peut réglementer par un texte de loi les relations juridiques qui ont été créées par ces dispositions lorsqu'elles n'ont pas été sanctionnées.

b) Pouvoirs d'exception confiés à l'Exécutif et suspension des droits

Pendant la durée d'un *état d'exception*, le Ministre de l'Intérieur ou le gouverneur ayant compétence territoriale peut, par ordonnance, et dûment autorisé par le Ministre de l'Intérieur, apporter à la liberté de mouvement, d'association, de propagande, ou au droit de grève, des restrictions provisoires qui pourraient être nécessaires pour prévenir des troubles, maintenir l'ordre public, éviter des calamités publiques ou des dangers de désordre; il peut, également par ordonnance, prescrire l'arrestation, la fouille des personnes ou la perquisition des lieux, lorsque les dites personnes sont soupçonnées de crimes ou d'activités contraires à l'ordre et à la sécurité publics, réquisitionner les biens ou les services, moyennant une indemnisation équitable et versée en temps opportun, lorsque ces réquisitions sont nécessaires pour prévenir une calamité publique ou secourir une population en détresse, ou pour assurer les services publics essentiels; suspendre ou révoquer l'autorisation ou la licence de détention de port d'armes, notamment d'armes normalement utilisées à des fins offensives. Il peut enfin conférer aux autorités civiles ou militaires des pouvoirs différents de ceux dont elles sont ordinairement investies (Article 71 de la loi sur l'ordre public no. 2, 26 septembre 1963).

Cependant, les mesures de caractère restrictif énumérées ci-dessus sont sujettes à *confirmation par la Cour*. Aux termes de l'Article 62 de la loi sur l'ordre public, toutes les mesures ayant trait à l'arrestation ou à la fouille de personnes ou à la perquisition, prises pendant la durée d'un état d'exception, doivent être notifiées sans retard au tribunal compétent, pour être confirmées dans les trente jours qui suivent cette notification.

c) Attribution des pouvoirs d'exception en temps de guerre

En revanche, la déclaration de l'*état de guerre* confère aux autorités publiques les pouvoirs dont elles sont investies pendant la durée d'un état d'exception, ainsi que tout autre pouvoir énoncé dans l'autorisation donnée par l'Assemblée nationale (Article 74 de la loi sur l'ordre public).

d) Délégation par l'Assemblée des attributions législatives

L'Assemblée nationale peut aussi *déléguer au gouvernement le pouvoir de légiférer*. Aux termes de l'Article 62 de la Constitution, elle peut déléguer au gouvernement le pouvoir de promulguer, sur *certaines sujets ou certaines questions* bien déterminés et pour une *période limitée*, des dispositions ayant force de loi. En déléguant cette autorité, l'Assemblée peut définir la politique générale à suivre et émettre des directives à cet égard. Les dispositions prises en vertu

d'une telle délégation de pouvoirs sont promulguées par décret du Président de la République, sur proposition approuvée par le Conseil des Ministres.

e) Délégation du pouvoir de prendre des décrets et des règlements

En outre, en vertu de l'Article 85 de la Constitution, des *règlements* peuvent être pris par décret du Président de la République sur proposition approuvée par le Conseil des Ministres. Le pouvoir de prendre des règlements sur certains points précis peut être délégué par la loi à d'autres organes de l'Etat et à d'autres organismes publics.

Toute disposition d'une loi ou d'un règlement édicté en vertu des dispositions ci-dessus de la Constitution peut être contestée devant le Tribunal Constitutionnel, si elle viole la Constitution.

SECTION E

LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ DE LA PERSONNE

Question 5(a): Dans quelle mesure le droit à la liberté de la personne est-il sauvegardé dans la République?

Cette question peut être étudiée sous les rubriques suivantes:

1. La procédure pénale;
2. L'internement administratif;
3. *L'Habeas Corpus*.

1. La Procédure pénale

Dans le nord de la République, l'action au criminel est régie par l'ordonnance de procédure pénale¹¹ qui s'inspire du code indien de procédure pénale, (Loi V, de 1898) et dans le Sud, du code italien de procédure pénale. Une loi sur la procédure criminelle, qui s'inspire pour l'essentiel de l'ordonnance sur la procédure pénale du nord de la République, a été promulguée par Le Président de la République par le décret législatif du 1er juin 1963 et entrera prochainement en vigueur. Les références qui figurent ci-après portent sur le code de procédure criminelle de Somalie.

(a) Mandats d'arrêt

La première question que les auteurs du code de procédure somalien avaient à trancher était la suivante: à qui doit-on conférer le pouvoir de délivrer des mandats d'arrêt? Nul ne contestait qu'il

¹¹ Chapitre VI, Loi de la Somalie, 1950.

convenait de donner ce pouvoir à des juges. La question était de savoir si le Procureur Général devait aussi détenir ce pouvoir. D'après le système italien, tel est bien le cas, du fait que le Procureur Général appartient à la magistrature. Dans d'autres systèmes, il est exclusivement chargé de requérir et il n'a aucun droit de délivrer un mandat d'arrêt. Un compromis a donc été réalisé. Le Procureur Général est dorénavant considéré comme appartenant à la magistrature, mais il n'est pas autorisé à délivrer un mandat d'arrêt. Le code de procédure de Somalie prévoit que tous les mandats d'arrêt doivent être délivrés par les juges (Article 40).

(b) Arrestation sans mandat d'arrêt

Normalement, une personne ne peut être arrêtée qu'en vertu d'un mandat d'arrêt délivré par le juge ou le président du tribunal compétent. Il existe cependant des cas exceptionnels où une personne peut être arrêtée sans mandat d'arrêt:

i) La première exception est prévue par l'article 17, paragraphe (3) de la Constitution: il s'agit du cas où une personne est appréhendée en flagrant délit. En vertu de l'article 35 du code de procédure de Somalie, si une personne est surprise au moment où elle commet une infraction, et notamment une infraction contre l'Etat, ou un meurtre, l'arrestation sans mandat d'arrêt est obligatoire. En vertu de l'article 36, si l'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement maximum de plus d'un an ou d'une autre peine plus lourde, l'arrestation sans mandat d'arrêt est autorisée.

ii) La seconde exception est prévue par l'article 17, paragraphe 4 de la Constitution, et par l'article 38 du code de procédure de Somalie. En vertu de ces dispositions, un membre des forces de police peut procéder à une arrestation sans mandat d'arrêt, en cas d'urgente nécessité, lorsqu'il y a des raisons de considérer que l'intéressé a commis une infraction passible de plus de deux ans de prison ou d'une peine plus lourde, lorsque le temps manque pour obtenir un mandat d'arrêt, et au cas où l'intéressé risquerait de s'enfuir avant d'être arrêté.

L'article 39 du Code prévoit qu'une personne arrêtée dans ces conditions doit être traduite, dans les 48 heures qui suivent son arrestation, devant le tribunal compétent ou le juge le plus proche et que l'officier de police qui a procédé à l'arrestation doit en exposer les raisons. Si l'arrestation n'est pas confirmée dans les cinq jours par le juge, elle doit être considérée comme nulle et non avenue, et la personne arrêtée doit être libérée. Le juge est également requis d'intenter des poursuites au criminel ou

de prendre des mesures disciplinaires contre celui qui a effectué l'arrestation, si cette arrestation n'était pas conforme à la loi ou si un délai injustifiable s'est écoulé avant que la personne arrêtée ait été traduite devant le juge (article 32).

(c) Accusation

En outre, on s'est plaint que des personnes qui devaient passer en jugement soient restées détenues pendant plusieurs mois. Pour mettre un terme à cet état de choses extrêmement regrettable, la loi dispose qu'à partir du moment où un homme est arrêté, le procès doit commencer, soit, en règle générale, dans les 90 jours lorsqu'il s'agit d'infractions passibles de la peine capitale ou de l'emprisonnement à vie, soit dans les 60 jours pour d'autres infractions graves, soit enfin dans les 45 jours pour d'autres délits. Lorsque le procès n'est pas ouvert dans les délais stipulés, l'accusé doit être libéré sous caution. C'est seulement dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que les délais ci-dessus peuvent être prolongés par le tribunal (article 47).

d) Détention provisoire

En outre, une personne arrêtée et maintenue en détention provisoire doit comparaître devant le tribunal chaque semaine (article 47(3)). Il y a là une garantie contre tout risque de persécution.

e) Caution

Une personne arrêtée à la suite d'une infraction peut être relâchée sous caution, moyennant un engagement pris par elle ou par un tiers se portant garant, à l'exception des cas où la garde à vue est obligatoire (article 59). La mise en liberté sous caution peut être accordée sur ordonnance du juge compétent, jusqu'à l'ouverture des débats en première instance, et par ordonnance du président du tribunal compétent, à tout autre moment de la procédure (article 60).

f) Droit que possède tout individu d'être instruit des raisons de son arrestation

L'article 17, paragraphe (5) de la Constitution et l'article 29 du code de procédure de Somalie disposent que dans tous cas de détention, arrestation ou autre entrave apportée à la liberté personnelle, les motifs de ces mesures seront immédiatement communiqués à l'intéressé.

g) Droit d'être défendu par un avocat

L'article 41 de la Constitution et l'article 15 garantissent à l'accusé le droit d'être défendu par un ou plusieurs avocats, de s'entretenir librement avec lui tout au long de la procédure. En procédure pénale, lorsque l'intéressé est accusé d'une infraction passible de la peine capitale, d'emprisonnement à vie ou d'une peine de prison de plus de vingt ans, et lorsqu'il n'a pas d'avocat et est indigent le tribunal doit désigner un avocat d'office qui sera rétribué par l'Etat.¹² Un avocat ne peut, sans cause raisonnable, abandonner sa tâche de défenseur ni s'absenter des audiences, de telle façon que l'accusé soit privé d'assistance judiciaire. S'il abandonne sa tâche sans cause raisonnable, il est tenu de verser une indemnité à son client, au risque d'être frappé de suspension dans l'exercice de sa profession (Code de procédure pénale de Somalie, articles 15 et 16).

h) Présomption d'innocence

Lorsqu'un accusé est déféré devant un tribunal, il est présumé innocent jusqu'à ce que l'accusation soit devenue définitive; (article 43(2) de la Constitution; article 13(2) du Code de procédure pénale de Somalie).

i) Publicité des audiences

Toutes les audiences des tribunaux sont publiques, à l'exception des cas où le tribunal, pour des raisons de moralité et d'hygiène et dans le souci de maintenir l'ordre public, ordonne le huis clos (article 97(1) de la Constitution, article 96 du Code de procédure pénale de Somalie).

j) Protection contre le risque de double condamnation

En outre, un accusé, après avoir été condamné ou acquitté ou après avoir bénéficié d'un non-lieu, ne peut pas être inculpé des mêmes faits, même si ces faits sont considérés comme constituant une infraction différente. Cependant, lorsqu'un accusé a été déclaré coupable d'un acte dont les conséquences constituaient un délit différent et plus grave, il peut être alors inculpé de nouveau, si ces conséquences ne s'étaient pas produites ou n'étaient pas connues du tribunal au moment où il a été condamné (article 13(3) et (4), Code de procédure pénale de Somalie).

k) Peines

La Constitution prévoit que la peine de mort ne peut être prescrite que pour les crimes les plus graves contre la vie humaine

¹² Article 14(2) Loi sur l'organisation des pouvoirs judiciaires.

ou contre l'Etat (article 17(3); elle stipule que toute peine comportant restriction de la liberté personnelle ne peut pas consister en un traitement contraire à l'humanité ou faire obstacle à l'éducation morale de la personne accusée (article 44).

1) *Voies de recours*

Une personne condamnée pour une infraction dispose de deux voies de recours, qui sont:

- 1) l'appel, et
- 2) la revision.

1. *L'appel.* Un condamné peut faire appel soit en personne, soit par l'intermédiaire d'un représentant spécial (Article 209). Les cours d'appel peuvent statuer sur la forme et sur le fond. La Cour Suprême ne peut statuer que sur les questions de forme suivantes:

- i) incompétence du tribunal inférieur
- ii) violation ou application viciée de dispositions de lois
- iii) nullité du jugement ou de la procédure
- iv) omission, insuffisance ou contradiction ayant trait à une question de fond, relevée dans l'exposé des motifs sur lesquels se fonde le jugement (article 10(2) de la loi sur l'administration de la Justice)

2. *La revision.* Un condamné, ou ses descendants, ses ascendants ou son conjoint, si le condamné est décédé, peut présenter un recours en revision devant la Cour Suprême même lorsque la condamnation est définitive et que la peine a été purgée ou que le jugement est devenu caduc. Un procès peut être révisé en faveur d'un condamné dans les cas suivants:

- i) Si après la condamnation des faits nouveaux sont survenus ou si de nouveaux éléments de preuve ont été découverts, qui, soit par eux-mêmes, soit dans le contexte général des faits et éléments de preuve déjà examinés lors du procès, démontrent à l'évidence que l'infraction n'a pas été commise, ou que l'accusé n'en est pas coupable;
- ii) s'il est démontré que la condamnation a été entraînée par un acte ou un document mensonger, ou par un autre acte qui est lui-même une infraction aux yeux de la loi, sous réserve que la condamnation définitive ait été prononcée en considération de ces actes ou de ces documents mensongers, ou à la suite de cette autre infraction.
- iii) si les conclusions sur lesquelles repose la condamnation sont incompatibles avec celles d'une autre condamnation pénale (articles 237, 238, 239, Code de procédure pénale de Somalie).

2. *L'internement administratif*

Cette question de l'internement administratif se trouve traitée dans la loi sur l'ordre public adoptée par l'Assemblée Nationale en août 1963 (articles 70 à 74, loi n° 21 d'août 1963), qui à l'époque avait été taxée de fasciste et d'anti-démocratique.

Les dispositions relatives à l'internement administratif se retrouvent, sous une forme ou une autre, dans la plupart des pays de langue anglaise tels que le Royaume-Uni, l'Inde, le Pakistan, Ceylan, le Canada, la Birmanie, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et la Malaysia. La raison principale invoquée en faveur du maintien de dispositions relatives à l'internement administratif tient au fait que la sécurité de l'Etat est menacée non seulement par la guerre – les risques de guerre sont à l'heure actuelle très minimes – mais également par la subversion, les atteintes à l'ordre public et les calamités nationales; dans tous ces pays, on admet que l'internement administratif est un mal nécessaire dont on ne pourra plus se passer. La question est de savoir comment restreindre dans des limites raisonnables l'exercice du pouvoir d'internement administratif.

Dans la Conférence africaine sur la Primauté du Droit, organisée à Lagos en 1961 sous l'égide de la Commission internationale de Juristes, cette question a été longuement étudiée, et la Conférence a énuméré un certain nombre de restrictions¹³ qu'il convient de prendre en considération lorsqu'il s'agit de l'exercice des pouvoirs d'internement administratif. Ces restrictions sont les suivantes:

- i) Le recours à l'internement administratif n'est admissible que pendant la durée d'un état d'exception;
- ii) la proclamation d'un état d'exception doit être approuvée par l'assemblée législative nationale;
- iii) la durée de l'internement administratif ne devrait pas dépasser six mois;
- iv) la personne internée par mesure administrative devrait immédiatement être informée des motifs de son internement;
- v) le cas des personnes faisant l'objet d'un internement administratif devrait faire l'objet d'une révision périodique.

Dans la République de Somalie, en vertu de la loi sur l'ordre public, l'état d'exception peut être proclamé par le Président de la République sur proposition du Ministre de l'Intérieur, le Conseil des Ministres entendu. Une telle proclamation ne peut être faite qu'en cas de troubles graves de l'ordre public, de graves calamités publiques, de dangers de guerre ou de désordres.

Le jour même de la proclamation, le décret doit être transmis à l'Assemblée Nationale, qui doit l'approuver ou le repousser dans les trente jours. Si l'Assemblée n'est pas en session, elle doit se saisir de cette question dans un délai de trente jours à compter de la date de sa nouvelle session.

L'internement administratif prononcé en vertu de ces dispositions doit être notifié pour confirmation, sans retard au tribunal régional compétent et cette confirmation doit être donnée dans les 30 jours.

¹³ Conférence africaine sur la Primauté du Droit, P. 18, Commission Internationale de Juristes, Genève (1961).

En aucun cas, la durée de l'internement ne doit dépasser 90 jours.

Un appel peut être interjeté devant la Cour Suprême contre la confirmation donnée par le Tribunal régional.

On peut donc constater que le pouvoir de prononcer l'internement administratif contre des personnes suspectes est entouré de justes sauvegardes. Ce pouvoir, dans la République de Somalie, est encore plus restreint que, par exemple, en Inde. En Inde, la période maximum prescrite est de six mois, alors que dans la République de Somalie elle est de 90 jours. En Inde, la révision est confiée à un comité de trois personnes, anciens juges, ou pourvus des titres nécessaires pour être nommés juge à la Haute Cour. Dans la République de Somalie, le Tribunal régional et la Cour Suprême ont l'un et l'autre cette compétence.

3. L'Habeas Corpus

Une autre disposition qui mérite d'être signalée figure à l'article 66 du code de procédure pénale de Somalie, qui a trait à l'*habeas corpus*. Aux termes de cette disposition, si un homme est gardé à vue sans raison valable, une requête en *Habeas corpus* peut être présentée à la Cour Suprême ou à la Cour d'Appel compétente, pour réclamer sa libération. Le tribunal saisi exige que la personne en cause comparaisse devant lui et réclame le dossier, s'il en existe, pour découvrir si oui ou non cette personne a été gardée à vue conformément à la loi. Si l'arrestion et la garde ne sont pas jugées légales, le tribunal relâche l'accusé. Avant l'indépendance, la Haute Cour du Protectorat de la Côte des Somalis avait un pouvoir de même nature, qui lui était conféré par l'article 342 de l'Ordonnance de procédure pénale, mais aucun des tribunaux du Sud du pays n'avait ce pouvoir. Pour la première fois, il est conféré à la Cour Suprême et à la Cour d'Appel du sud du pays.

Les dispositions ci-dessus apportent une sauvegarde suffisante à la liberté de la personne.

SECTION F

L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Question 5(b): Dans quelle limite l'indépendance du pouvoir judiciaire est-elle garantie dans la République de Somalie?

I. L'ancienne organisation judiciaire

a) le Sud du pays

La République de Somalie a hérité deux systèmes de tribunaux.

Dans le sud, avant l'indépendance, les tribunaux étaient ainsi constitués:¹⁴

1. Les tribunaux de cadis

Leur compétence était limitée aux litiges qui surgissaient entre Musulmans sur des questions purement civiles, sans aucune limite quant à la valeur du litige.

2. La Cour des cadis

Cette juridiction était composée de trois cadis, et était saisie des appels émanant des tribunaux de cadis. Ses décisions étaient susceptibles d'appel devant la Cour Suprême.

3. Les juges de districts

Leur compétence s'étendait aux affaires pénales passibles d'emprisonnement de 3 ans au plus. Leurs jugements étaient susceptibles d'appel devant le juge régional, puis la Cour Suprême.

4. Les juges régionaux

Un juge régional siégeait dans chaque région. Il était compétent pour entendre de toutes les affaires – civiles et pénales – qui ne relevaient pas de la compétence des cadis ou des juges de district, à l'exception des cas relevant exclusivement de la Cour d'assises.

5. Les juges d'appel

Leur principale attribution consistait à juger en appel les affaires tranchées par les juges régionaux.

6. La Cour d'Assises

Elle était composée d'un juge d'appel et de six assesseurs. Sa compétence portait sur les affaires pénales graves, telles que des attaques contre l'Etat et les meurtres. Les appels pouvaient être interjetés devant la Cour d'Appel, et de là devant la Cour Suprême.

7. La Cour d'Appel

Cette cour jugeait en appel les affaires tranchées par la Cour d'Assises.

¹⁴ Voir la loi sur l'organisation du pouvoir judiciaire, loi No. 5 du 2 février 1956, amendée par la loi No. 9 du 19 février 1958.

8. La Cour Suprême

Les attributions principales de cette Cour étaient des attributions d'appel et de révision. Elle était composée d'un président, du président de la Cour des comptes de l'Etat, de deux juges et de deux cadis. Elle était divisée en trois chambres:

- i) Ordinaire
- ii) Shariatique
- iii) Comptes spéciaux.

Elle était donc en même temps Cour Suprême, Organe supérieur de vérification des comptes de l'état et tribunal administratif.

b) *Le Nord du pays*

Dans le nord du pays siégeaient les tribunaux suivants:¹⁵

1. Les tribunaux de cadis

Ils administraient le droit Shariatique et leur compétence s'étendait aux questions de statut personnel, telles que le mariage, le divorce, la garde des enfants, les questions de succession et de pension alimentaire.

2. Le Tribunal du Chef des cadis

Ce tribunal jugeait en appel les affaires tranchées par les tribunaux des cadis.

3. Tribunaux secondaires

Leur compétence portait sur les affaires civiles et pénales. Pour les affaires civiles, cette compétence ne s'étendait généralement pas au-delà d'affaires portant sur une somme de 5.000 Shillings * somaliens. Pour les affaires pénales, leur compétence portait sur des infractions passibles de peines d'emprisonnement de six mois au plus.

4. Tribunal secondaire d'appel civil

Il pouvait être fait appel des jugements des tribunaux secondaires devant le magistrat de 1ère classe et de là, pour les affaires civiles, devant les tribunaux secondaires d'appel civil, composés du juge à la Haute cour et de deux juges de tribunal secondaire; et pour les affaires pénales, devant la Haute cour.

¹⁵ Voir l'ordonnance sur les tribunaux secondaires, chap. 4, Vol. I, Loi de Somalie (1950); l'ordonnance sur les districts judiciaires et la nomination des juges, chap. 3; l'Ordre en Conseil sur la Somalie, 1950; l'Ordre en Conseil sur la cour d'appel de l'Afrique orientale, 1951; l'Ordre en Conseil (appel au conseil privé de Sa Majesté) sur l'Afrique orientale, 1951.

¹⁶ Le shilling somalien a approximativement la même valeur que le shilling britannique, soit 0 £,5 ou 0 \$,14.

5. Tribunaux de districts de 1ère classe

Ces tribunaux avaient à l'origine une compétence pratiquement illimitée en matière civile; pour les affaires pénales ils pouvaient être saisis d'infractions passibles de quatre ans de prison au plus.

6. Tribunal de district de seconde classe

Ce tribunal avait une compétence maximum de 1.500 Shillings somaliens en matière civile. En matière pénale, il pouvait être saisi d'infractions passibles de six mois de prison au plus.

7. Magistrats de la 1ère classe

Leur compétence s'étendait à tout le nord du pays.

8. Haute Cour

En matière pénale, la Haute cour était compétente pour toutes les infractions criminelles graves. En matière civile, elle était l'instance d'appel pour les affaires déjà jugées par les tribunaux de district.

9. Cour d'Appel de l'Afrique orientale

Les affaires déjà tranchées par la Haute cour pouvaient venir en appel devant la Cour d'Appel de l'Afrique orientale, à Nairobi.

10. Conseil privé de la Reine

Les Affaires jugées par la Cour d'appel de l'Afrique orientale pouvaient encore venir en appel devant le Conseil privé de la Reine dans le Royaume-Uni.

II. La nouvelle organisation judiciaire

Lorsqu'il fut décidé d'intégrer les tribunaux existant dans les régions sud et nord de la République, et de réformer l'administration de la Justice, la question essentielle à résoudre était de savoir s'il existerait deux séries de tribunaux: les tribunaux Shariatiques d'une part, les tribunaux civils et correctionnels d'autre part.

Il y avait des avantages et des inconvénients à constituer des tribunaux Shariatiques distincts. L'un de ces avantages aurait pu être, par exemple, qu'avec des tribunaux Shariatiques distincts, il se serait trouvé des juges avant une connaissance spécialisée de cette branche du droit, et un tel système aurait été acceptable pour la tendance musulmane conservatrice.

En revanche, il arrive généralement que les cadis n'aient de connaissance spécialisée que du droit Shariatique, et que généralement ils ne connaissent pas d'autre langue que l'arabe, ce qui pourrait évidemment ralentir les progrès du droit Shariatique. Or celui-ci est essentiellement dynamique, et ses sources sont les suivantes:

- i. *Le Coran*
- ii. Les *Hadies*, c'est-à-dire les préceptes du Prophète.
- iii. *l'Ijma*, c'est-à-dire le Consensus des opinions professées par des savants.
- iv. *Le Kiyas*, c'est-à-dire l'analogie.

Dans une société en évolution, il se peut que le droit Shariatique reçoive une interprétation qui, loin d'être expressément dictée par les circonstances, résulte d'une analogie établie ou d'une opinion (*fatwa*) énoncée par le juge. Le juge qui est particulièrement versé dans le droit Shariatique et le droit civil sera mieux placé pour puiser dans ces deux sources du droit Shariatique qu'un cadi, qui ne connaît que le droit Shariatique et la langue arabe. Etant donné le grand avantage que cela représente, il a été décidé de ne créer qu'une seule série de tribunaux. Il n'y a donc plus dorénavant des tribunaux de cadis et des tribunaux civils. Il n'existe qu'une seule série de tribunaux sur tout le territoire de la République.

L'organisation judiciaire issue de cette réforme est la suivante:

1. Les tribunaux de district

La compétence de chaque tribunal de district s'étend à la totalité du district intéressé. Le tribunal de district se compose de deux chambres: la chambre civile et la chambre criminelle. La chambre civile est compétente pour tous les litiges où sont invoqués le droit Shariatique ou le droit coutumier, et pour tout autre litige mettant en cause une somme maximum de 3.000 Shillings somaliens. La chambre criminelle est compétente pour les infractions passibles de trois ans de prison au plus et d'une amende maximum de 3.000 Sh. somaliens, ou de l'une ou l'autre de ces peines (article 2). Il existe 42 tribunaux de district.

2. Les tribunaux régionaux

La compétence de chaque tribunal régional s'étend à la totalité du territoire de la région intéressée. Le tribunal régional se divise en une section générale et une cour d'assises. La compétence de la section générale s'étend, en matière civile, aux litiges échappant à la compétence des tribunaux de district; en matière criminelle, elle s'étend aux infractions échappant à la compétence du tribunal de district, de la cour d'assises et du conseil de guerre. La cour d'assises a compétence pour les crimes qui ne relèvent pas du con-

seil de guerre et qui sont passibles de la peine capitale ou d'une peine d'emprisonnement de dix ans au moins. Un conseil de guerre, institué auprès des tribunaux régionaux de Mogadiscio et de Hargeisa, a compétence pour les crimes commis par le personnel militaire, et relevant du code pénal militaire (article 3). Il y a huit tribunaux régionaux.

3. Les cours d'appel

Il existe une cour d'appel à Mogadiscio et une autre à Hargeisa. Leur compétence respective s'étend au sud et au nord. La cour d'appel est organisée comme suit: une chambre à compétence générale, une chambre criminelle et une chambre jugeant en appel les affaires tranchées en première instance par le conseil de guerre. La chambre à compétence générale reçoit les appels interjetés contre les jugements des tribunaux de district et de la section générale des tribunaux régionaux. La chambre criminelle est saisie des appels interjetés contre des jugements prononcés par les cours d'assises des tribunaux régionaux. La chambre spécialisée dans les affaires militaires est saisie des appels interjetés contre des jugements des conseils de guerre institués auprès des tribunaux régionaux. (article 4).

4. La Cour Suprême

La Cour suprême siège à Mogadiscio. Elle se compose du Président, du vice-Président et de quatre autres juges. Etant l'organe judiciaire le plus élevé, sa compétence s'étend à l'ensemble du territoire de la République pour les affaires civiles, criminelles, administratives et pour les comptes de la nation (article 5 de la loi sur l'administration de la Justice). En vertu de l'article 59 de la Constitution, elle peut connaître des requêtes en contestation des titres des députés élus à l'Assemblée nationale. En outre, il est prévu à l'article 94 de la Constitution que la Cour Suprême exercera sa juridiction dans tous autres domaines spécifiés par la Constitution et par la loi.

5. La Cour Suprême constituée en tribunal constitutionnel¹⁷

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Cour Suprême constituée en tribunal constitutionnel se compose de tous les membres de la Cour Suprême auxquels viennent s'ajouter deux membres désignés pour une période de trois ans par le Président de la République sur proposition du Conseil des Ministres, et deux autres membres élus pour la même période par l'Assemblée Nationale. Le tribunal

¹⁷ Voir les Articles 98 à 100 de la Constitution; les Articles 1 à 6 de l'Annexe 1 à la loi sur l'administration de la Justice.

constitutionnel a compétence pour toutes les questions relatives au caractère constitutionnel des lois et des dispositions ayant force de loi.

6. La Cour Suprême constituée en Haute Cour de Justice¹⁸

La Cour Suprême constituée en Haute de Justice se compose de tous les membres de la Cour Suprême et de six membres supplémentaires tirés au sort sur une liste spéciale de douze citoyens élus par l'Assemblée Nationale au début de sa première session, parmi les personnes qui sont éligibles à l'Assemblée nationale mais qui n'en sont pas membres. La Haute Cour de Justice est compétente pour juger des crimes reprochés par l'Assemblée Nationale au Président de la République, au Premier Ministre, ou aux Ministres, en vertu des articles 76 et 84 de la Constitution.

III. L'Indépendance de la Magistrature

La question principale à étudier sous cette rubrique est de savoir dans quelle mesure l'indépendance de la magistrature est garantie dans la République de Somalie.

En premier lieu, l'article 96 de la Constitution stipule que, dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, les membres de la magistrature ne relèvent que de la loi.

En second lieu, la loi garantit l'inamovibilité des magistrats. L'âge de la retraite des juges à la Cour Suprême, des présidents de cours d'appel et du Procureur Général est fixé à soixante-cinq ans, et l'âge de la retraite des autres juges est fixé à soixante ans (article 23 de la loi sur l'administration de la Justice).

En troisième lieu, les membres du pouvoir judiciaire ne peuvent être destitués de leurs fonctions qu'en vertu d'une mesure disciplinaire (article 24(1) de la loi sur l'administration de la justice).

En quatrième lieu, ils ne peuvent être mutés ou nommés à d'autres fonctions qu'en vertu d'une mesure disciplinaire ou en raison d'exigences pressantes du service (article 24(2) de la loi sur l'administration de la justice).

En cinquième lieu, ils ne peuvent être arrêtés, ou leur liberté personnelle ne peut être restreinte en aucune façon, sans une autorisation préalable du Ministre des grâces et de la justice, donnée conformément à l'avis du Conseil supérieur de la Magistrature, à l'exception des cas de flagrant délit pour lesquels l'arrestation est obligatoire, ou de l'exécution d'un jugement pénal (article 24(3) de la loi sur l'administration de la justice).

¹⁸ Voir les Articles 101 à 108 de la Constitution; les articles 7 à 16 de l'Annexe 1 à la loi sur l'administration de la Justice.

En sixième lieu, aucune action au civil ne peut être intentée contre un magistrat pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, à moins qu'il ne se soit rendu coupable d'un crime engageant sa responsabilité civile (article 24(5) de la loi sur l'administration de la justice).

En septième lieu, il est créé un Conseil supérieur de la magistrature composé du Président de la Cour Suprême, président, des membres de la Cour Suprême, du Procureur général et de trois membres élus par l'Assemblée nationale pour une période de trois ans. Le conseil supérieur de la magistrature a le devoir d'assurer l'indépendance de la magistrature. En particulier:

- (a) il exerce une surveillance sur les concours, les examens et sur le classement des magistrats;
- (b) il donne des avis au Ministre des Graces et de la Justice sur les questions administratives qui intéressent les membres du pouvoir judiciaire. Ces recommandations ont force obligatoire pour le Ministre, lorsqu'elles portent sur des nominations, des transferts, des promotions et des cessations d'emploi;
- (c) il engage des poursuites disciplinaires contre les magistrats et formule au sujet des pénalités imposées des recommandations qui ont force obligatoire (article 28 de la loi sur l'administration de la Justice).

Ces dispositions suffisent certainement à assurer l'indépendance de la magistrature.

CONCLUSIONS

De cet examen assez bref, il ressort nettement que le peuple somali a librement adopté sa Constitution et que l'Assemblée nationale a été constituée conformément à la volonté du peuple. La Constitution garantit l'exercice des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales; des sauvegardes suffisantes ont été prévues contre tout excès commis par le Pouvoir Législatif et le Pouvoir Exécutif. De même, des dispositions spéciales ont été prévues pour protéger le droit à la liberté de la personne. L'indépendance de la magistrature, qui est la gardienne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, a été elle aussi garantie. Les fondations sur lesquelles repose la Principe de la Légalité ont donc été creusées dans la République de Somalie. Il y a toute raison d'espérer que dans l'avenir, la population de la République récoltera en abondance les fruits de la démocratie et du Principe de la légalité.

Haji N. A. Noor Muhammed
B.A. (Hons.) (Madras), M.A. (Madras); B.L. (Travancore); LL.M. (Yale); J.S.D. (Yale); avocat à la Cour suprême de l'Inde; juge à la Cour suprême de la République de Somalie.

LA NOTION DE "RULE OF LAW"

SA PORTÉE EST-ELLE GÉNÉRALE, OU LIMITÉE AU MONDE ANGLO-SAXON?

La *Rule of Law* est un terme qu'il est imprudent d'employer sans s'être bien expliqué sur son sens. Sir Ivor Jennings le comparait autrefois à «un cheval rétif», que son cavalier ne doit monter qu'après l'avoir correctement harnaché et bridé; encore le cavalier doit-il lui-même bien savoir où il veut aller. Un éminent juriste français, Me Nicolas-Jacob, a récemment exprimé des doutes sur la valeur qu'aurait cette notion dans les pays autres que ceux du *Common Law*¹. Il estime que la *Rule of Law* est une notion spécifiquement anglo-américaine, et qu'il est sans intérêt de l'introduire dans des systèmes juridiques fondés sur des techniques et des traditions différentes.

Dans la terminologie utilisée par la Commission internationale de juristes, on utilise habituellement comme équivalents français les termes de «principe de la légalité» ou de «primauté du droit». Nous savons parfaitement que pour les juristes français, ces termes n'ont dans leur usage général qu'un sens assez vague. Mais si l'on s'entend pour leur donner un sens plus précis, si l'on convient de désigner ainsi un ensemble de principes et de règles très généralement reconnus et acceptés, la difficulté n'est plus que d'ordre linguistique, et elle sera aisément surmontée dès que l'accord sera fait sur le contenu des termes employés. Nous craignons que Me Nicolas-Jacob n'ait pas très exactement compris ce que recouvrent ces termes, et que son idée, d'après laquelle la notion de *Rule of Law* serait liée à la technique juridique anglo-américaine, découle d'un malentendu.

Me Nicolas-Jacob se préoccupe très justement de trouver des principes qui aient une portée réellement universelle, et il estime que seuls les principes énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l'homme répondent à cette condition. Nous touchons ici à une question de terminologie². Les deux principaux pays de

¹ *Réflexions sur la primauté du droit*, article publié dans l'hebdomadaire *la Vie judiciaire*, no. 920, 25-30 novembre 1963. Les critiques de l'auteur visent particulièrement les articles sur la primauté du droit parus dans la *Revue de la Commission internationale de juristes* du second semestre de 1963 (tome IV, no. 2).

² Voir en particulier sur ce point le rapport général du professeur C. J. Hamson au colloque tenu à Chicago, du 8 au 16 septembre 1957, sur le thème *the Rule of Law as understood in the West*. Les rapports et documents de ce colloque ont été publiés dans les *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, tome IX, no. 12 (1959). Un autre colloque, organisé comme le premier par l'*Association internationale des sciences juridiques*, a été tenu à Varsovie en 1958 sur le thème *the Rule of Law as understood in Communist countries*.

Common Law, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, sont eux-mêmes séparés par des différences de terminologie juridique, ainsi que par des divergences de fond dans les domaines du droit constitutionnel et du droit administratif, qui sont ceux où la situation de l'individu vis-à-vis de la puissance publique est mise le plus directement en cause. Comme l'observe Me Nicolas-Jacob, les juristes américains eux-mêmes ne s'accordent pas pour donner un sens clair et univoque au terme *Rule of Law*³. Dès lors, nous dit-il, si les Anglo-Saxons eux-mêmes ont du mal à s'entendre sur le sens de cette notion, pourquoi veut-on l'introduire dans des systèmes juridiques auxquels elle est absolument étrangère? Car si elle n'est familière qu'aux juristes anglais et américains, elle l'est beaucoup plus aux Anglais qu'aux Américains⁴. A quoi nous répondons: si le terme *Rule of Law* répond à une idée dont la portée est réellement universelle, celle-ci doit garder sa valeur en dépit de toutes les difficultés d'ordre linguistique.

Si l'on accepte le point de vue de Me Nicolas-Jacob, d'après lequel la *Rule of Law* est une notion principalement anglaise, et secondairement anglo-américaine, on doit en déduire que cette même notion n'a ni sens ni valeur en dehors des pays de *Common Law*. Mais en ce cas, plusieurs de ses compatriotes, et avec eux beaucoup d'éminents juristes étrangers au monde du *Common Law*, se sont lourdement trompés. Car il suffit de consulter la liste des juristes qui ont pris part aux congrès internationaux organisés par la Commission internationale de juristes pour voir que les pays de *Common Law* n'avaient pas la majorité; or, c'est précisément dans ces congrès qu'a été défini le contenu de la *Rule of Law*, tel qu'on doit le comprendre aujourd'hui⁵.

La Commission a maintes fois rappelé que la *Rule of Law* est au dessus des frontières qui séparent les Etats et les systèmes juridiques. Plusieurs congrès se sont attachés à définir son contenu,

³ L'auteur cite à ce sujet l'article de W. N. Seymour et S. L. Sherman sur *l'Universalisation du concept de la primauté du droit: une opinion américaine*, paru dans la *Revue de la Commission internationale de juristes*, tome IV, no. 2, pp. 278 et suiv.

⁴ Me Nicolas-Jacob semble user indifféremment des termes *anglo-saxon* et *anglo-américain*, bien que leurs sens respectifs soient légèrement différents.

⁵ C'est ainsi qu'au Congrès de New-Delhi, le nombre des participants originaires de Grande-Bretagne, des Etats-Unis et des pays faisant ou ayant fait partie du Commonwealth, était le suivant pour chacune des quatre commissions, par rapport au nombre total des membres de la commission: première commission, 17 sur 45 (rapporteur français); deuxième commission, 24 sur 47 (rapporteur allemand); troisième commission, 16 sur 38 (rapporteur japonais); quatrième commission, 28 sur 46 (rapporteur philippin). Nous avons compté la Birmanie, Ceylan, le Ghana, l'Inde et le Pakistan comme étant de tradition juridique anglo-saxonne, bien que ces pays n'aient rien d'autre d'anglo-saxon que leur tradition juridique.

et il est manifeste que dans ces congrès les juristes anglais et américains n'avaient pas la majorité. Ni la Commission, ni les nombreux participants étrangers au *Common Law* n'ont jugé nécessaire de formuler parallèlement des principes valables dans les pays anglo-saxons et des principes valables dans les autres pays, et c'est ici que la très forte participation de juristes de pays autres que ceux du *Common Law* prend tout son sens. La raison pour laquelle aucune différence de cette sorte n'a été faite ressort de la définition qui a été donnée de la *Rule of Law* dans le document de travail préparatoire au Congrès international de juristes tenu à New-Delhi en janvier 1959. Le «principe de la Légalité», pris comme équivalent français de ce terme, est défini comme exprimant: ⁶

les principes, les institutions et les procédures, pas toujours identiques, mais en de nombreux points similaires, qui, selon la tradition et l'expérience des juristes des divers pays du monde ayant souvent eux-mêmes des structures politiques et des conditions économiques différentes, se sont révélés essentiels pour protéger l'individu contre un gouvernement arbitraire et pour lui permettre de jouir de sa dignité d'homme.

Nous ne pensons pas que Me Nicolas-Jacob ait rien à redire contre cette définition. Mais ce qu'il objecte, c'est que l'on a transplanté une notion spécifiquement anglo-américaine dans un milieu auquel elle est étrangère. Est-ce bien exact?

Au fond de la notion classique de la *Rule of Law*, il y a l'idée que la loi doit assurer à l'individu une protection contre l'usage arbitraire du pouvoir par la puissance publique⁷. De cette idée on a déduit qu'une concentration excessive de pouvoir entre les mains d'un même organe était dangereuse, que le pouvoir devait donc être partagé, et qu'en particulier le pouvoir exécutif devait être assujéti à des règles définies à l'avance, et dont l'application incombe à un organe indépendant de lui. Il n'y a rien là qui soit spécifiquement anglo-saxon⁸. Cette même idée trouve son expression dans différents systèmes juridiques et dans différentes institutions. Il importe peu que celles-ci ne soient pas uniformément copiées sur les institutions anglaises, lesquelles sont d'ailleurs très différentes des institutions américaines. Il serait évidemment absurde de prétendre que seul un juge anglais, formé par les traditions

⁶ *Le principe de la légalité dans une société libre* (rapport sur les travaux du Congrès de New-Delhi), p. 207.

⁷ Voir sur ce point le rapport de MM. Letourneur et Drago sur la *Règle de droit en France*, reproduit dans le numéro déjà cité des *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, pp. 188 et suiv.

⁸ En ce qui concerne le point de vue du droit européen continental, voir les rapports de M. G. Treves sur *the Rule of Law in Italy* (*Annales*, pp. 116-7) et de M. Hans G. Rupp sur *the Government under Law in Germany* (*Annales*, p. 103).

du *Common Law* et toujours attentif au respect des droits individuels, est capable de faire respecter la dignité de la personne humaine: nous ne pensons pas seulement aux pays de droit continental, mais aussi aux anciennes colonies britanniques qui n'ont pas les traditions qui font la force des institutions anglaises, et qui de ce fait ont besoin d'une législation écrite précise et complète. Nous n'avons jamais prétendu que la garantie des droits individuels suppose l'uniformité des institutions. Bien au contraire, voici ce qu'on peut lire dans les conclusions de la deuxième commission au Congrès de New-Delhi (section V, alinéa 1):

Le contrôle juridictionnel de l'Exécutif peut être exercé de manière satisfaisante par des tribunaux administratifs ou par des tribunaux ordinaires.

Par ailleurs, les conclusions de la première commission (section II, alinéa 1) soulignent la nécessité que des limites soient établies au pouvoir législatif, et qu'elles soient incorporées dans une constitution écrite, dans les pays «qui ne disposent pas encore de traditions pleinement établies relatives au comportement démocratique du Législatif»⁹. L'utilité d'une constitution écrite, dans laquelle les limites fixées au pouvoir du législateur soient clairement énoncées, s'était certainement imposée aux fondateurs des Etats-Unis d'Amérique, et sur tous les continents bien des pays se sont inspirés de la même technique constitutionnelle. D'autres pays sont restés à l'écart du mouvement, et la Grande-Bretagne en est l'exemple le plus remarquable. Les Etats-Unis sont, de tous les pays du monde, celui qui a le plus grand respect pour ses institutions constitutionnelles, surtout en ce qui concerne les droits civils et politiques. Les constitutions des pays du Commonwealth s'écarterent largement des principes du droit anglais. Sur ce point, la *Rule of Law* est en accord avec la pratique judiciaire anglaise, mais pas avec la doctrine juridique anglaise. Le principe de la garantie constitutionnelle des droits individuels a peu d'adeptes en Angleterre, mais beaucoup dans d'autres pays. Il est paradoxal que le mouvement en ce sens soit parti des Etats-Unis: en fait, les rédacteurs de la Constitution américaine entendaient marquer leur indépendance vis-à-vis des «bienfaits» du *Common Law* anglais, et ils puisaient le meilleur de leur inspiration dans la philosophie politique qui était alors en honneur sur le continent européen.

Outre qu'il rejette la notion de *Rule of Law* comme spécifiquement américaine, Me Nicolas-Jacob estime que les principes auxquels elle correspond trouveraient une expression satisfaisante dans la Déclaration universelle des Droits de l'homme adoptée par

⁹ *Le principe de la légalité dans une société libre*, p. 13.

l'Assemblée générale des Nations Unies en 1948. Il est hors de doute que la Déclaration universelle exprime un idéal élevé. Mais ses dispositions sont généralement énoncées en termes très généraux, et c'est précisément un devoir, pour les juristes qui sont sincèrement animés de cet idéal, de chercher à leur donner une expression plus précise sur le plan des institutions et des procédures nécessaires à leur application. Les travaux déjà faits par la Commission montrent d'ailleurs les difficultés du problème. Dans bien des pays les pouvoirs publics proclament leur adhésion à la Déclaration universelle, alors que dans la pratique ils méconnaissent systématiquement les droits énoncés, et que le législateur lui-même vote, sous le couvert du respect des Droits de l'homme, des textes qui en sont la négation. C'est pour cette raison qu'il est important de faire appel à la *Rule of Law*, et que la Commission internationale de juristes s'efforce d'amener des juristes de différents pays à définir d'un commun accord et avec le maximum de précision les règles de droit positif qui doivent découler des principes affirmés dans la Déclaration universelle. Elle a tenu à cette fin plusieurs Congrès où se sont rencontrés des juristes venus de tous les continents; elle a tenu également dans un cadre régional le Congrès africain de Lagos, où il ne pouvait être question de demander aux participants d'adhérer les yeux fermés aux principes du droit anglo-saxon.

Le lien qui existe entre la *Rule of Law* et la Déclaration universelle a été maintes fois souligné, et en tout premier lieu par la Commission elle-même et par les Congrès tenus sous ses auspices. C'est ainsi qu'au Congrès de New-Delhi, les conclusions de la première commission (section III, alinéa 1) disaient: ¹⁰

Dans une société libre vivant sous un régime de légalité, tout pouvoir législatif devrait tendre à donner plein effet aux principes énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l'homme.

La nature des relations entre la *Rule of Law* et les Droits de l'homme a été très judicieusement analysée par le président René Cassin, dans un article de la *Revue de la Commission internationale de juristes* dont Me Nicolas-Jacob a d'ailleurs cité un autre passage: ¹¹

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

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ *Réflexions sur la primauté du droit*, in *Revue*, tome IV, no. 2, pp. 235-6.

en un corps de règles de conservation sociale aveugle, figeant société et droits individuels en un ordre statique, un immobilisme desséchant. L'évolution ne peut être vivifiée sans le recours à des principes fondamentaux inépuisablement riches en applications nouvelles ... La Primauté du droit n'est concevable et réalisable que là où les droits de l'homme sont pleinement reconnus et respectés.

Laissons enfin la parole à un représentant du Secrétariat général des Nations Unies pour définir les rapports entre cette organisation et les travaux de la Commission internationale de juristes. M. Oscar Schachter, directeur de la division des questions juridiques générales aux Nations Unies, qui représentait le Secrétaire général au Congrès de New-Delhi, déclarait dans son allocution à la séance d'ouverture:¹²

La Charte des Nations Unies a reconnu à juste raison que pour atteindre les buts qu'elle s'est fixés l'Organisation doit faire appel, non seulement aux gouvernements et institutions officielles, mais aussi à des organismes privés et non gouvernementaux tels que le vôtre ... Vous travaillez à faire respecter le Principe de la légalité et les libertés fondamentales; cet objectif est l'un de ceux qui sont assignés aux Nations Unies, peut-être le plus difficile de tous.

Sans doute la Commission se félicite-t-elle d'être fortement soutenue dans les pays anglo-saxons; mais les juristes anglo-saxons ne sont pas les seuls à chercher à définir en commun les règles de droit positif qui permettront à la Déclaration universelle de recevoir une application pratique. Aussi la Commission se félicite-t-elle également d'avoir l'appui de très nombreux juristes de pays étrangers au monde du *Common Law*, mais dans lesquels existent le sens et le respect de la *Rule of Law*.

DONALD THOMPSON,

*Professeur de Droit à l'Université
de Keele, Angleterre.*

¹² *Le principe de la légalité dans une société libre*, p. 52.

REVUE DES LIVRES

Freedom to the Free – Century of Emancipation, 1863-1963, 1963;
(la liberté pour les hommes libres – un siècle d'émancipation,
1863-1963, 1963)

Civil Rights U.S.A., Public Schools Southern States, 1962 (les droits
civils aux Etats-Unis, les écoles publiques dans les Etats du
Sud, 1962)

Civil Rights U.S.A., Public Schools North and West, 1962; (les
droits civils aux Etats-Unis, les écoles publiques dans le Nord
et l'Ouest, 1962)

Excerpts from the 1961 Commission on Civil Rights Report, 1961;
(Extraits du Rapport de 1961 de la Commission des droits
civils, 1961)

Equal Protection of the Laws in North Carolina, 1962; (l'égle pro-
tection de la loi en Caroline du Nord, 1962)

LA COMMISSION DES DROITS CIVIQUES DES ETATS-UNIS
Washington, U.S. Government Printing Office

La Commission des droits civiques des Etats-Unis est une institution fédérale où siègent des représentants des deux grands partis politiques, et qui a été instituée en vertu de la loi de 1957 sur les droits civils. C'est la première mesure prise par le Congrès depuis les années suivant la Guerre de Sécession pour accroître le rôle du gouvernement fédéral en cette matière. Il convient de noter qu'aux Etats-Unis l'expression «droits civiques» ("Civil Rights") se rapporte, ainsi que la Commission l'a indiqué, aux droits individuels protégés contre toute atteinte fondée sur les éléments tels que la race, la couleur, la religion ou l'origine nationale, et en particulier aux droits des Noirs. La Commission examine les problèmes qui se posent en la matière et fait rapport au Président et au Congrès. Elle est spécialement habilitée à enquêter sur les plaintes portées pour atteinte au droit de vote, à examiner les mesures législatives qui font échec au droit, inscrit dans la Constitution, de bénéficier de l'égle protection de la loi, et à se prononcer sur les lois et les directives du gouvernement fédéral, considérées du point de vue de ce principe d'égle protection. La nouvelle loi de 1964 sur les droits civiques élargit encore les pou-

voirs de la Commission et l'habilité à enquêter sur les cas de fraude électorale et à ressembler, pour le pays tout entier, toutes les informations concernant l'égalité de protection.

Les études menées par la Commission des droits civiques au cours des sept dernières années ont été à l'origine de mesures prises par le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif: le Congrès a non seulement complété la loi de 1957 par deux lois sur les droits civiques d'une portée plus large (1960 et 1964), mais le Président a également édicté de nouvelles directives concernant l'égalité en matière de recrutement dans la fonction publique, de logement dans des bâtiments financés par les collectivités et d'emploi dans les entreprises travaillant sous contrat pour le gouvernement. Les possibilités de progresser encore dans cette voie sont limitées, car la plupart des barrières d'ordre juridique à l'égalité de traitement sont maintenant tombées. Les rapports de la Commission ne cessent de montrer que les problèmes sont désormais plus difficiles et requièrent des solutions plus élaborées. Comme Tocqueville l'écrivait en 1835, «le préjugé contre les Noirs semble se renforcer à mesure qu'ils s'émancipent et l'inégalité est sanctionnée dans les manières à mesure qu'elle disparaît des lois du pays». La Commission des droits civiques fait observer à ce propos qu'un groupe défavorisé et méprisé pendant des siècles ne peut simplement accéder à l'égalité de traitement et d'avantages grâce à la disparition de la discrimination consacrée par la loi: l'accès à cette égalité exige une attaque indirecte mais coordonnée sur plusieurs fronts, notamment la «guerre contre la pauvreté», l'égalité des conditions d'enseignement pour toutes les classes et dans toutes les régions, la formation professionnelle des travailleurs non qualifiés, la multiplication et l'amélioration des emplois offerts aux chômeurs, tous besoins qui ne peuvent être satisfaits par les mesures que peuvent prendre les autorités judiciaires, exécutives ou même législatives dans le domaine des droits civiques proprement dits. Les incidents tragiques qui se sont produits récemment dans les villes «libérales» du nord montrent à quel point la Commission a vu juste.

Depuis 1954, date à laquelle elle a renoncé à sa doctrine de «séparation mais égalité» en matière d'enseignement public dans l'affaire *Brown c. Board of Education*, la Cour suprême a donné sa sanction à une véritable révolution sociale, rôle sans précédent dans les annales de la justice. Les rapports de la Commission des droits civiques montrent qu'en assumant ce rôle les tribunaux fédéraux américains ont développé leurs pouvoirs de deux façons. En premier lieu, la surveillance qu'ils exercent est nécessairement devenue plus minutieuse et plus active. A mesure qu'un plan après l'autre était approuvé ou rejeté, ils définissaient plus clairement les critères d'un programme d'intégration acceptable. La formule première: «avec toute la célérité et la réflexion voulues» était remplacée par la

prescription d'une action «rapide et efficace», car il y avait eu «beaucoup trop de réflexion et pas assez de célérité». L'intervention active exigée des tribunaux a conduit certains magistrats à exercer des fonctions de médiateurs extra-judiciaires et même à se rendre officieusement responsables du placement d'élèves. Dans l'affaire du comté *Prince Edward*, la Cour suprême s'est affirmée compétente pour ordonner aux fonctionnaires responsables de rouvrir des écoles et de percevoir des taxes pour en couvrir les dépenses, dans une décision que ses adversaires ont qualifiée de «dictatoriale» et dénoncée comme constituant une «usurpation de pouvoir».

En second lieu, les tribunaux ont commencé à faire plus que de simplement interdire la ségrégation dans les organismes d'Etat, et ont commencé à ordonner des mesures positives d'intégration même lorsque la ségrégation n'était nullement imputable à l'organisme en cause. De nouvelles questions se posent maintenant: l'école doit-elle se montrer neutre en matière de couleur? ou bien doit-elle tenir compte de la couleur afin d'intégrer des établissements où un déséquilibre se produirait si les districts scolaires étaient délimités selon des critères purement géographiques? Un conseil de direction doit-il se préoccuper des questions de couleur et intégrer les écoles pour le motif, indirectement exposé au cours de l'affaire *Brown c. Board of Education*, qu'une école fréquentée uniquement par des noirs fera inévitablement naître le sentiment que les noirs et l'éducation qu'ils reçoivent sont inférieurs? Dans son exposé concernant New Rochelle et Philadelphie, le rapport de la Commission relatif aux écoles publiques du nord répond à ces questions en exposant les arguments actuellement formulés par les tribunaux.

Tous ces ouvrages publiés par la Commission des droits civiques sont en général bien écrits, impartiaux, intéressants et précieux pour le juriste comme pour le sociologue. Des modifications considérables se sont naturellement produites depuis leur publication, en raison de l'adoption de la loi de 1964 sur les droits civiques, mais leur valeur n'en est guère diminuée. *Freedom for the Free*, en particulier, retrace très exactement la situation du Noir en Amérique avant et après l'émancipation. Le rapport sur les écoles dans le Sud analyse de façon approfondie un grand nombre des méthodes, soit de résistance soit d'intégration symbolique, mises au point pour éviter l'intégration réelle. Le rapport sur le Nord est peut-être plus intéressant encore par les renseignements qu'il donne sur des questions juridiques et morales plus complexes posées par le problème de la ségrégation de fait que le Nord doit résoudre aujourd'hui et qui se posera dans le Sud demain. Le rapport annuel pour 1961 et la vaste étude sur l'égalité de protection de la loi en Caroline du Nord touchent à une foule de problèmes, sans être toutefois d'un intérêt général aussi grand pour le lecteur.

ANDREW H. MOTT

A szocialista alkotmányfejlődés új elemei (Nouveaux éléments de l'évolution constitutionnelle socialiste) par István Kovács (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1962, 442 p.)

Dans son introduction historique, l'auteur, professeur de Droit constitutionnel et membre éminent de l'Institut des Sciences Politiques et de Droit de l'Académie des Sciences de Hongrie, part de l'idée que la rédaction de constitutions a été l'une des armes principales des révolutions «bourgeoises» depuis le XVIII^e siècle. Dans leur essence même, ces révolutions bourgeoises fondaient un ordre constitutionnel qui préservait une certaine continuité avec la tradition. Au contraire, le parti de Lénine, le Bolchevisme, proclama son intention d'établir un ordre social entièrement nouveau, qui devait marquer une rupture complète avec le passé. Comment, se demande l'auteur, l'Etat soviétique a-t-il pu, en dépit de son intention de rompre complètement avec le passé, prendre la forme de la constitution de 1918, demeurant par là dans la ligne traditionnelle des révolutions bourgeoises? Il donne à cette question deux réponses, l'une dans le texte même, l'autre dans une note de bas de page. Il rappelle d'abord que Sverdlov, Président du Comité de rédaction de la Constitution avait simplement déclaré «qu'il en avait été ainsi décidé». La note de bas de page, elle, replace la question dans son contexte historique, et comme bien d'autres dans le livre, elle est plus importante que le texte principal. Elle explique au lecteur que la Constitution fut proposée et soutenue par le parti révolutionnaire social (parti d'opposition) et que les Bolchevicks se laissèrent convaincre de l'adopter. D'autres facteurs qui pesèrent sur cette décision furent le désir élémentaire «des masses» d'obtenir une Constitution, et le goût de Lénine pour les solutions juridiques.

L'auteur rappelle alors que Lénine avait une formation juridique qui le rendait conscient du rôle de coordination et d'organisation joué par le droit. Malheureusement, l'histoire des Etats communistes montre que les théoriciens marxistes-léninistes de l'Etat et du droit ont souvent oublié l'importance que Lénine accordait à la loi et ont fait une place exagérément large au rôle répressif de celle-ci. Les théories juridiques «bourgeoises» soutiennent depuis longtemps que l'organisation est une des fonctions majeures de la loi. Selon l'auteur, cette fonction essentielle ne peut cependant être remplie tant que le processus d'affaiblissement graduel de l'Etat n'a pas commencé. Comme c'est ce qui se produit maintenant dans les pays communistes, la science juridique doit envisager sous un angle neuf les relations juridiques. C'est le dessein que se propose l'auteur en entreprenant de passer en revue les constitutions socialistes de type soviétique.

Les trois premières parties de l'ouvrage traitent du rôle social, des classifications et de la structure des constitutions socialistes.

Dans la quatrième, l'auteur analyse les diverses constitutions afin de déterminer dans quelle mesure elles expriment les réalités d'un système social donné. Il examine ensuite les dispositions créant les divers types d'organes de l'Etat et leurs relations réciproques (5e partie). La Constitution en tant que loi fondamentale fait l'objet de la sixième partie; enfin, la septième et dernière partie expose l'interprétation communiste du terme «constitutionnalisme» et des sauvegardes de droit et de fait créées par la Constitution.

La méthode adoptée par l'auteur pour développer une question peut être illustrée par un exemple choisi parmi la série de ses intéressantes analyses: la façon dont il aborde l'un des problèmes constitutionnels contemporains les plus importants des Etats communistes, celui des activités du pouvoir législatif.

L'auteur admet que les circonstances historiques, et notamment le Stalinisme et l'absence de traditions parlementaires, ont empêché le pouvoir législatif de jouer dans la vie de l'Etat le rôle prépondérant qui lui était expressément assigné dans les Constitutions.

Une évolution qui a rapproché la réalité de ces textes s'est dessinée à partir de 1950 en Pologne et en Yougoslavie. En 1961, l'idée de transformer l'assemblée législative fédérale en organe central de l'Etat et de toutes les organisations sociales a été inscrite dans le nouveau Programme que le Parti communiste de l'Union soviétique a adopté lors de son 22ème Congrès à Moscou. Aux termes de ce programme, le Soviet suprême de l'U.R.S.S. devrait devenir avec le temps l'organe suprême intégrant toutes les activités des organes de l'Etat et de l'administration sociale autonome.

L'évolution des assemblées législatives nationales va sans doute se poursuivre. De l'avis de l'auteur, il faudrait, pour atteindre les objectifs revendiqués, entreprendre des réformes et notamment une refonte de tout le système électoral. L'auteur fait aussi observer que, plus tard, les assemblées législatives devraient siéger constamment, sauf pendant les périodes de vacances, et que les députés devraient peut-être consacrer toute leur activité à leur tâches législatives et rester «en contact beaucoup plus étroit avec la grande masse du peuple», c'est à dire avec les électeurs. Il en vient même à formuler l'idée qu'en se détachant réciproquement des groupes de membres de leurs assemblées législatives pour s'assurer une «représentation et un contrôle mutuels», les Etats socialistes pourraient arriver à une sorte de «coordination interne» sans pour cela créer un organe supranational.

Cependant, si l'assemblée législative est appelée à jouer un rôle fondamental, il se pose immédiatement un problème, celui de ses relations avec le parti communiste qui régit le pays. D'aucuns ont soutenu qu'il vaut mieux laisser ces relations complètement dans le vague. Le parti communiste en tant qu'organisation sociale

suprême d'un pays dirige toutes les activités gouvernementales et sociales par des moyens non pas *juridiques* mais *politiques*. Cette situation de fait n'a en théorie qu'un seul fondement juridique, à savoir, une référence dans la constitution au «rôle directeur» du Parti. Se prévalant de cette autorisation en blanc, le Parti étend pratiquement ses directives à tous les aspects et à toutes les phases de l'activité de l'Etat et des organisations sociales. Toute tentative en vue de définir ce «rôle directeur» conduirait forcément à une limitation de ce principe de direction qui doit s'étendre à tous les secteurs et, selon Kovács, doit de ce fait être rejetée.

Les événements qui se sont produits dans les pays de l'Europe de l'Est avant même la publication de cet ouvrage, et aussi par la suite, semblent justifier bon nombre des observations générales qu'il contient concernant les techniques du Droit constitutionnel. Cependant, sur certaines questions fondamentales telles que la «coordination interne» et le problème des relations entre le Parlement et le Parti, le réformisme prudent de l'auteur semble lui avoir fait faire fausse route.

Au lieu de se rapprocher les uns des autres pour aboutir à une «coordination interne» de leurs affaires constitutionnelles et économiques, les Etats de l'Europe de l'Est manifestent de plus en plus le désir de jouir d'une plus grande liberté d'action. On constate en même temps chez eux la volonté de voir plus étroitement codifiés les droits et les devoirs des citoyens et de l'Etat. En effet, la définition précise des droits et des devoirs limite toujours l'usage arbitraire du pouvoir. C'est le but auquel tendent les peuples de l'Europe de l'Est. Imposer cette limitation au pouvoir a été depuis des siècles le but de tous ceux qui voulaient «être gouvernés par des lois et non par des hommes».

L'ouvrage du Professeur Kovács offre l'exemple intéressant d'une tentative prudente pour traiter des problèmes constitutionnels des Etats communistes sans recourir à la pratique jusqu'à maintenant habituelle qui consistait à paraphraser les textes constitutionnels en vigueur et à répéter l'affirmation que les dispositions de la constitution étaient respectées dans la pratique. Il pose des questions auxquelles songeaient peut-être les spécialistes du droit constitutionnel de ces pays, mais qui étaient considérées comme échappant au domaine d'étude d'un théoricien fidèle à l'orthodoxie, et qui ne pouvaient en aucun cas être couchées par écrit. Même si la plupart d'entre elles reçoivent une réponse conformiste, elles sont désormais posées, et ouvrent de nouveaux horizons à la spéculation intellectuelle.

JÁNOS TÓTH