

REVUE

DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

Rédacteur en chef: SEÁN MACBRIDE

HIVER 1965

TOME VI, No. 2

GEBHARD MÜLLER LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE
DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLE-
MAGNE

LEO S. BARON LA RHODÉSIE DU SUD ET LA PRIMAUTÉ
DU DROIT

JÁNOS TÓTH LE DROIT COMPARÉ DANS L'EUROPE DE
L'EST

PYONG CHOON HAHM CORÉE: LA PRIMAUTÉ DU DROIT - MAIS
QU'EST-CE QUE LE DROIT?

ÉTUDE DU SECRÉTARIAT NATIONS UNIES: PROJET DE CONVENTION
INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE
TOUTES LES FORMES D'INTOLÉRANCE RE-
LIGIEUSE

LUCIAN G. WEERAMANTRY JURISPRUDENCE DE LA PRIMAUTÉ DU
DROIT

LIVRES A LIRE

COMITÉ CONSULTATIF DE LA REVUE

ROBERT R. BOWIE, directeur de l'Institut des rela-
tions internationales de l'Université Harvard,
ancien professeur à la Faculté de droit de
Harvard;

GEORGES BURDEAU, professeur à la Faculté de droit
et à l'Institut d'Études politiques de l'Uni-
versité de Paris;

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

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

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

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

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

KONRAD ZWIEGERT, professeur de droit comparé à
la Faculté de droit de l'Université de Ham-
bourg.

REVUE

DE LA

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

HIVER 1965 *Rédacteur en chef:* SEÁN MACBRIDE TOME VI, No. 2

GEBHARD MÜLLER	LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE	211
LEO S. BARON	LA RHODÉSIE DU SUD ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT	239
JÁNOS TÓTH	LE DROIT COMPARÉ DANS L'EUROPE DE L'EST	268
PYONG CHOON HAHM	CORÉE: LA PRIMAUTÉ DU DROIT - MAIS QU'EST-CE QUE LE DROIT?	305
ÉTUDE DU SECRÉTARIAT	NATIONS UNIES: PROJET DE CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES D'INTOLÉRANCE RELIGIEUSE	315
LUCIAN G. WEERAMANTRY	JURISPRUDENCE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT	335
	LIVRES A LIRE	375

LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

par

DR. GEBHARD MÜLLER

Président de la Cour Constitutionnelle Fédérale

I. Introduction

La Cour Constitutionnelle Fédérale (Bundesverfassungsgericht) est l'instance suprême de la République fédérale allemande pour les questions d'ordre constitutionnel. Ses attributions et son organisation sont définies par la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne en date du 23 mai 1949 (Grundgesetz, GG) et par la Loi du 12 mars 1951 sur la Cour Constitutionnelle fédérale (BVGG). La Cour s'est réunie pour la première fois en septembre 1951. Elle a son siège provisoire à Karlsruhe, en Bade-Wurtemberg¹.

Le rôle de premier plan que la Constitution assigne à la Cour constitutionnelle fédérale va de pair avec l'étendue de ses attributions. Personne ne conteste plus à la Cour constitutionnelle, en sa qualité d'organe fédéral, une place égale à celle des autres organes fédéraux, le Bundestag (Chambre des Députés), le Bundesrat (Chambre des Représentants des Etats) et le Gouvernement fédéral². Les arrêts de la Cour constitutionnelle lient tous les autres organes fédéraux, et ils ont dans certains cas force de loi (par. 3, al. 2, BVGG). Il faut concevoir la Cour Constitutionnelle sous l'aspect d'un «pouvoir neutre» et aussi sous celui d'un «pouvoir modérateur». Elle sert à assurer l'équilibre entre les pouvoirs, ainsi que le contrôle réciproque des uns par les autres³. Elle a toujours su se maintenir au-dessus des organes de l'Etat et au-dessus des vicis-

¹ La République fédérale est un Etat fédératif; les états qui la composent sont les «Länder». Cf. BVerfGE 13, 74 s. (Recueil d'arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale).

² Cf à ce sujet § 1 al. 1 BVerfGG (Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale), ainsi que Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, Commentaire de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, Munich-Berlin 1965, § 1, No. 8 et Smend, dans Das Bundesverfassungsgericht, p. 24 ss. Autres indications cf Leibholz, ibid. p. 73, note 21.

³ Cf Wintrich, dans Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Vol. 3, livre 2, Berlin 1959, p. 648.

situdes quotidiennes de la politique. Sous son influence, les droits de l'individu sont devenus une question d'actualité et l'activité constitutionnelle s'est stabilisée⁴. Le seul fait de son existence a même eu pour effet de garantir les droits de l'individu⁵ et l'ordre interne. D'une façon générale, aujourd'hui, la Constitution est interprétée d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui peut d'autre part apporter sa contribution à l'évolution de la Constitution⁶. Au fond, on dira avec raison de la Cour Constitutionnelle qu'elle est la «gardienne suprême de la Constitution»⁷. On dira aussi du système qui concentre sur une seule cour de justice le pouvoir de statuer sur toutes les questions d'ordre constitutionnel, qu'il représente dans toute sa pureté la notion de juridiction constitutionnelle⁸. En outre, grâce à la jurisprudence toujours modérée de la Cour constitutionnelle, la primauté de la justice formelle s'est nettement distinguée de la primauté du droit. L'indépendance de la Cour constitutionnelle se manifeste déjà dans la pratique par le fait qu'elle dispose de son propre budget et qu'elle ne dépend pas financièrement du Ministère fédéral de la Justice. En outre, le Président de la Cour constitutionnelle est le chef direct de ses fonctionnaires et employés.

II. L'Organisation de la Cour Constitutionnelle Fédérale

Pour apprécier la position de la Cour constitutionnelle, il est particulièrement important de considérer la façon dont sont désignés les 16 juges qui la composent. Selon l'art. 94 de la Loi Fondamentale, la moitié des juges est élue par le Bundestag, l'autre, par le Bundesrat. Au Bundesrat, les juges sont élus directement à la majorité des deux tiers (par. 7 BVGG); au Bundestag, ils sont aussi élus à la majorité des deux tiers, mais par un collège électoral formé de douze électeurs désignés par le Bundestag selon le critère de l'importance relative de chaque parti représenté (par. 6 BVGG). L'exigence de la majorité qualifiée doit permettre de garantir que les juges fédéraux jouissent d'une confiance aussi large que possible dans le peuple allemand. Le choix des juges dévolu pour une part au Bundestag et pour l'autre au Bundesrat, qui représente les intérêts des «Länder» tout en étant lui-même un organe du «Bund», doit garantir qu'il est tenu compte des points de vue les plus divers existant dans un Etat fédératif.

⁴ Cf Smend, loc. cit., p. 31 s.

⁵ Lechner, dans Bettermann-Nipperdey-Scheuner, loc. cit., p. 659.

⁶ Cf BVerfGE 6, 222 (240).

⁷ Leibholz, loc. cit., p. 63; cf aussi BVerfGE 1, 184 (196); 1, 396 (408) et 6, 304; également Bachhof, Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959, p. 21 et p. 45.

⁸ Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, p. 7.

Une partie des juges, soit trois sur huit dans chaque Chambre, est choisie parmi les juges des Tribunaux fédéraux supérieurs suivants: Cour de Cassation fédérale (Bundesgerichtshof), Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht), Tribunal fiscal fédéral (Bundesfinanzhof), Tribunal fédéral du Travail (Bundesarbeitsgericht) et Cour sociale fédérale (Bundessozialgericht). On exige d'eux en principe qu'ils aient été en fonction pendant au moins trois ans. Ces juges sont élus «pour la durée de leurs fonctions» au sein des Tribunaux fédéraux supérieurs, donc en règle générale jusqu'à l'âge de la retraite, qui est de 68 ans (par. 4, al. 1 BVGG). Les autres juges sont élus pour une durée de huit ans (par. 4, al. 2 BVGG); ils peuvent cependant être réélus. L'objet de ces dispositions est double: d'une part, il faut que les «juges à vie» assurent la continuité nécessaire de la jurisprudence des questions constitutionnelles et qu'en outre ils puissent offrir le bénéfice de l'expérience qu'ils ont acquise alors qu'ils étaient en fonction auprès des autres Tribunaux supérieurs. En outre, il faut obtenir des juges élus pour une période déterminée qu'ils apportent leur expérience particulière des affaires publiques. On a très souvent contesté l'opportunité de ces dispositions; néanmoins, elles ont généralement été concluantes dans la pratique.

Peut être élu juge fédéral celui qui, âgé de 40 ans révolus, est éligible au Bundestag et possède les capacités requises pour remplir la fonction de juge⁹. La fonction de juge fédéral n'est compatible avec aucune autre (art. 94, al. 1/3 GG et par. 3, al. BVGG). La seule activité compatible avec celle de juge à la Cour constitutionnelle fédérale est celle de professeur de l'Université¹⁰.

On s'est demandé dans les milieux officiels s'il était souhaitable que des corps politiques choisissent les juges. On craignait surtout que la jurisprudence ne tombât sous l'influence de la politique. Or, la qualité des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale a enlevé toute raison d'être à cette crainte. On a vu que même des personnalités qui, avant d'être élues à la Cour constitutionnelle, avaient joué un rôle important sur la scène politique, n'ont pas eu au sein de la Cour une attitude différente de celles d'autres juges ayant derrière eux une longue expérience dans la magistrature ou la fonction publique. Au contraire, le fait même que l'élection soit confiée à des entités politiques confère à la Cour constitutionnelle le caractère d'une véritable institution démocratique. Elle doit prendre des déci-

⁹ Pour atteindre à cette capacité, on exige des études universitaires d'une durée de trois ans et demi au moins, des stages de la même durée ainsi que la réussite à deux examens d'Etat (§ 5 Loi sur la fonction de juge du 8.9.1961). Cf aussi § 110 Loi sur les fonctions de juge (Richtergesetz).

¹⁰ Au sujet des juges recrutés parmi les juges fédéraux, voir § 70 de la Loi sur les fonctions de juge.

sions ayant une portée politique, et doit constamment, ainsi que le disait le premier en date de ses Présidents, M. Höpker-Aschoff, tenir compte des conséquences politiques de son activité¹¹; il est donc légitime que sa constitution fasse à la politique la place qui lui revient, sans toutefois porter atteinte aux principes mêmes du droit.

Les juges à la Cour constitutionnelle peuvent renoncer à leur office en tout temps (par. 12 BVGG). Il ne peut être mis fin à leurs fonctions que dans les cas suivants: incapacité, délit contre l'honneur, condamnation à une peine de prison de plus de six mois, ou manquement aux obligations rendant impossible l'exercice de la fonction. Dans ce cas, le Président de la République fédérale peut destituer le juge de ses fonctions pour autant que deux tiers des membres de la Cour l'y autorisent (par. 105 BVGG).

Le fait que la Cour constitutionnelle soit composée de deux Chambres «jumelées»¹² est d'une importance particulière pour son fonctionnement. Ces deux Chambres (par. 2, al. 1 BVGG) siègent indépendamment l'une de l'autre. Les juges sont élus à une Chambre déterminée, et aucun transfert n'est admissible. Il n'est pas permis non plus à un juge d'une Chambre de se faire représenter par un juge de l'autre Chambre. En créant un tribunal formé de deux Chambres conjointes, on a cherché à éviter qu'une seule instance, composée de juges trop nombreux, ne soit submergée de travail, ce qui aurait pour effet de ralentir son activité de façon excessive. La pratique a confirmé le bien-fondé de cette disposition.

Chaque Chambre compte actuellement huit juges (par. 2, al. 2 BVGG)¹³. Le Président de la Cour constitutionnelle dirige la première Chambre; le Vice-Président est à la tête de la seconde Chambre. La répartition des affaires entre les deux Chambres est réglée par la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (par. 14 BVGG); elle peut cependant être modifiée par une décision des deux Chambres siégeant en séance plénière. Tel a été le cas le 13 octobre 1959¹⁴. Même selon cette nouvelle répartition, il incombe toujours à la première Chambre de connaître en premier lieu des affaires concernant l'interprétation des droits de l'individu, par la procédure du contrôle de la constitutionnalité des lois et du recours constitutionnel. Si une des Chambres entend s'écarter de la jurisprudence de l'autre Chambre ou modifier la jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même, une décision des deux Chambres réunies en séance plénière est nécessaire (par. 16 BVGG).

¹¹ Höpker-Aschoff, dans *Das Bundesverfassungsgericht*, loc. cit., p. 3 s.

¹² Ainsi, déjà, BVerfGE 1, 19 (29).

¹³ Jusqu'au 31.8.1956, chaque Chambre comptait 12 juges, jusqu'au 31.8.1963 10 juges.

¹⁴ BGBI. 1959 I p. 673.

III. La Procédure de la Cour

Rappelons brièvement la procédure de la Cour constitutionnelle. Elle s'appuie en partie sur les dispositions des paragraphes 17 sqq. de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, qui ne la définissent cependant pas de façon définitive, mais au contraire la laissent partiellement à l'appréciation de la Cour autonome en la matière¹⁵. Les lacunes de la loi sont comblées par les usages de la Cour. Les principes qui dominent la procédure sont 1. l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour lors de l'étude de l'affaire (Offizialprinzip); 2. le devoir de rechercher toute la vérité (Untersuchungsgrundsatz).

La procédure est publique et orale; toutefois – abstraction faite des cas où le Président ou des juges seraient récusés – il est possible de renoncer aux audiences, ce qui se fait couramment dans la pratique. La procédure est uniquement écrite (par. 93a BVGG) dans le cas de rejet d'un recours constitutionnel¹⁶. Mentionnons le rôle important joué dans la pratique par les commissions, formées de trois juges qui procèdent au premier examen de la recevabilité des requêtes, en raison du grand nombre de cas où les recours constitutionnels sont manifestement irrecevables ou infondés. Ces commissions statuent à l'unanimité (par. 93a, al. 3 BVGG). Si une requête est rejetée par la Chambre parce qu'irrecevable ou manifestement infondée (par. 24 BVGG), sa décision doit aussi être prise à l'unanimité. Pour les autres décisions de la Chambre, une majorité simple est suffisante. La majorité des deux tiers n'est exigée que dans des cas exceptionnels (par. 15 BVGG). En principe, le juge qui préside n'a pas voix prépondérante. En cas de partage égal des voix, la Cour ne peut pas constater l'infraction à la Loi fondamentale ou aux autres dispositions du droit fédéral. Enfin, la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale autorise également la Cour à rendre des Ordonnances provisoires, d'ailleurs soumises à des conditions strictes (par. 32 BVGG). La procédure devant la Cour est en principe gratuite (par. 34 BVGG).

IV. Compétence de la Cour

L'importance considérable que la Loi Fondamentale a conférée à la Cour constitutionnelle caractérise bien l'édifice constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne. Cette importance ressort surtout de l'étendue inégalée de ses compétences. A cet égard, les deux instances les plus semblables, la Cour constitutionnelle d'Italie

¹⁵ Cf BVerfGE 2, 79 (84).

¹⁶ Une procédure sans débats oraux est également prévue par le § 94 al. 5 BVerfGG.

et la Cour constitutionnelle d'Autriche, ont cependant une juridiction beaucoup moins étendue ¹⁷.

L'histoire constitutionnelle allemande n'offre rien de comparable à la Loi Fondamentale de 1949 ¹⁸. Il existait évidemment à l'époque de la République de Weimar, par application de l'art. 108 de la Constitution du Reich et de la Loi du 9 juillet 1921, un Tribunal d'Etat, lié sur le plan fonctionnel à la Cour suprême de Leipzig, mais remplissant des fonctions bien moins importantes que celles de la Cour constitutionnelle fédérale d'aujourd'hui. Le Tribunal d'Etat n'avait à connaître que de «différends constitutionnels authentiques», c'est-à-dire de différends relatifs aux attributions et à la compétence d'organes constitutionnels, domaine dans lequel, au cours du XIXème siècle, sont apparues les premières dispositions concernant une juridiction constitutionnelle. Ce genre de compétence est encore actuellement celui de la Cour constitutionnelle fédérale dont la compétence en cette matière est plus étendue que celle de l'ancien Tribunal d'Etat.

Ainsi, les compétences de la Cour constitutionnelle vont bien au delà des «différends constitutionnels authentiques» («echten Verfassungsstreitigkeiten»). La Cour exerce en outre une haute surveillance sur les lois par le contrôle de leur constitutionnalité. Par le recours constitutionnel, elle protège le citoyen contre les empiètements des pouvoirs publics. Dans la vie constitutionnelle de la République fédérale, ces deux institutions, qui n'avaient pas eu de véritable précédent au temps de la République de Weimar, ont pris une importance considérable, pour ce qui est surtout de la protection des libertés fondamentales et des Droits de l'Homme.

A. DIFFÉRENDS CONSTITUTIONNELS ET PROCÉDURES APPARENTÉES

La compétence de la Cour constitutionnelle fédérale pour ce qui est des différends mettant en cause une disposition constitutionnelle, appelés ci-après «différends constitutionnels» («Verfassungsstreitigkeiten») s'étend à toute une série de fonctions différentes. Le point commun de tous ces différends est qu'ils suscitent l'activité de la Cour constitutionnelle afin de défendre la structure de l'Etat

¹⁷ Pour une comparaison des systèmes de juridiction en matière constitutionnelle dans les Etats les plus importants, cf *Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Gegenwart*, édité par l'Institut Max Planck de droit public étranger et de droit international public, Heidelberg 1961.

¹⁸ Sur l'histoire de la juridiction en matière constitutionnelle en Allemagne, cf Wintrich, dans *Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte*, vol. 3, livre 2, Berlin 1959, p. 650 ss.; Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich 1963, p. 8 ss.

et de garantir le fonctionnement de ses institutions. La Cour constitutionnelle intervient dans les conflits qui marquent la vie de l'Etat en sa qualité d'instance suprême. De plus, elle protège l'Etat selon les principes d'une véritable démocratie¹⁹, contre les atteintes venues de l'intérieur et dirigées contre ses fondements. Pour tous ces différends, la raison d'être de la Cour constitutionnelle est d'assurer le maintien de la paix à l'intérieur de l'Etat²⁰. «Le sens d'une juridiction constitutionnelle de ce genre est de maintenir, et par conséquent de garantir, l'intégrité d'un ordre juridique fondé sur les principes du libéralisme, du Droit et de la démocratie²¹. En assurant la protection de l'Etat et de ses institutions, on veille enfin à protéger indirectement les droits de l'individu²² qui constituent, selon la Loi fondamentale, la base de toute collectivité humaine» (art. 1er, al. 2 GG).

1. *Procédure de mise en accusation* (Anklageverfahren)

De ce genre de différend résulte en premier lieu la procédure de mise en accusation, institution qui remonte déjà au XIX^e siècle et qui entraine aussi dans les compétences du Tribunal d'Etat de la République de Weimar. Contrairement à l'usage de cette époque, le Chancelier et les Ministres ne sont toutefois plus visés par une telle procédure, remplacée de nos jours par la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement. En revanche, il est possible de mettre en accusation le Président de la République fédérale en cas de violation intentionnelle de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale (art. 61 GG).

La possibilité d'assigner des juges devant la Cour constitutionnelle pour infraction à l'ordre constitutionnel établi est une innovation (art. 98, al. 2 GG) qui va de pair avec l'importance plus grande conférée au pouvoir judiciaire dans le système constitutionnel de la République fédérale.

Ce qui importe davantage encore, c'est la compétence que la Loi fondamentale reconnaît à la Cour constitutionnelle pour protéger l'ordre social fondé sur le libéralisme et la Primauté du Droit contre les atteintes à la Constitution émanant d'un parti ou d'un simple citoyen. Dans la pratique, aucun président ni aucun juge n'ont été assignés jusqu'à présent devant la Cour constitutionnelle. En revanche, la possibilité d'agir contre les partis hostiles à l'ordre constitutionnel (art. 21, al. 2 GG) a donné lieu à deux instances qui

¹⁹ Friesenhahn, loc. cit., p. 91.

²⁰ Marcic, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Vienne 1963, p. 95.

²¹ Marcic, loc. cit., p. 102.

²² Cf Lechner, dans Bettermann-Nipperdey-Scheuner, loc. cit., p. 658 s.

ont abouti à l'interdiction du parti visé. Par un jugement en date du 23 octobre 1952²³, le parti socialiste du Reich (Sozialistische Reichspartei) a été déclaré inconstitutionnel et dissous. Un jugement analogue en date du 17 octobre 1956²⁴ a mis le parti communiste d'Allemagne (KPD) hors la loi. Les deux jugements ont eu un grand retentissement politique; il est cependant plus important encore de souligner les principes dont ils se sont inspirés.

L'extrémisme de gauche ou de droite attire peu d'adeptes en République fédérale. Le souvenir du nazisme et l'exemple effrayant de la SBZ (zone soviétique d'occupation) découragent l'immense majorité du peuple allemand de se lancer sur un tel chemin. D'autre part, la clause dite des 5 %, selon laquelle un parti doit obtenir au moins 5% des suffrages pour pouvoir être représenté au Bundestag, constitue une barrière presque infranchissable pour des groupements extrémistes fragmentaires de droite ou de gauche.

Si les deux partis mentionnés plus haut ont pu malgré tout être mis hors la loi, on peut en déduire que la jeune démocratie de la République fédérale n'est pas disposée à se laisser miner de l'intérieur, ni à offrir un libre champ d'activité à une idéologie disposée à fouler aux pieds les Droits de l'Homme. Que Hitler ait pu, à l'époque de la République de Weimar, accéder au pouvoir par des voies à strictement parler légales, constitue un avertissement.

D'autre part, la possibilité d'interdire un parti démontre combien il importe aux yeux de la Loi fondamentale que les partis politiques respectent l'ordre qu'elle a instauré. Aux termes de l'art. 22 GG, ils y sont fermement intégrés; on leur attribue même la qualité d'«institutions» de l'Etat²⁵. Il s'ensuit donc logiquement qu'on peut agir à leur égard de la même manière qu'à l'égard des organes classiques de l'Etat.

Dans le système actuel, créé par la Loi fondamentale, les mêmes principes sont valables pour l'individu. La Constitution insiste sur la mission et l'obligation dévolues à chaque citoyen de maintenir l'ordre juridique institué par elle. En effet, elle prévoit en son art. 18 GG que la Cour constitutionnelle peut interdire l'exercice de certains droits individuels tels que la liberté d'opinion, la liberté d'enseignement, la liberté de réunion, etc. à quiconque en abuse pour nuire à l'ordre juridique interne. Il est vrai que cette faculté d'agir contre un citoyen déterminé n'est un moyen utilisé

²³ BVerfGE 2, 1 ss.

²⁴ BVerfGE 5, 85 ss. Documentation complète: der KPD-Prozess, édité par Pfeiffer et Strickert, 1955-1956.

²⁵ Cf Leibholz, Deutsches Verwaltungsblatt 51, 2 ss.; aussi BVerfGE 2, 73 et 4, 27, où la qualité d'organe de procédure dans la juridiction constitutionnelle est reconnue.

qu'en dernier ressort, puisqu'on ne connaît jusqu'à présent qu'un seul exemple, l'action intentée contre un ancien membre du parti socialiste du Reich, laquelle n'a cependant pas abouti à un jugement en l'espèce.²⁶

2. *Différends entre la République fédérale et les Länder*

On prévoit aussi, pour protéger la paix à l'intérieur du pays, des recours qui permettent de porter devant la Cour constitutionnelle fédérale tous différends surgissant entre le «Bund» (Fédération) et les «Länder» (Etats fédérés) (art. 93, al. 1/3 et 4; art. 84, al. 4/2 GG). La Cour constitutionnelle règle et tranche, en sa qualité d'instance suprême, les conflits résultant de la structure fédéraliste de la République fédérale, ainsi que le faisait déjà le Tribunal d'Etat de la République de Weimar pour des différends entre le Reich et les Länder.

Or c'est justement dans ce domaine que la Cour constitutionnelle a été saisie d'une série d'affaires importantes qui ont suscité beaucoup d'intérêt dans les milieux officiels allemands. Nous en citerons trois à titre d'exemple:

1. Le conflit dit de «l'Etat du Sud-Ouest» relatif à l'articulation politique de l'Allemagne du Sud-Ouest²⁷.

2. Le conflit opposant le «Bund» et la Basse-Saxe au sujet du Concordat du Reich de 1933²⁸.

3. La procédure entre le «Bund» d'une part, la Hesse et la Ville hanséatique libre de Hambourg d'autre part, concernant la création de la Deuxième Chaîne de télévision allemande²⁹.

Dans ce domaine, la Cour constitutionnelle a mis au point le principe dit de «fidélité au Bund» (Bundestreue)³⁰, d'après lequel il incombe au «Bund» et aux «Länder» de collaborer à l'édification

²⁶ BVerfGE 11, 282 s.

²⁷ BVerfGE 1, 14 ss. Documentation complète, cf Der Kampf um den Südweststaat, Verhandlungen und Beschlüsse der gesetzgebenden Körperschaften des Bundes und des Bundesverfassungsgerichts, publications de l'Institut des Sciences politiques de Mayence, vol. 1, 1952.

²⁸ BVerfGE 6, 309 ss. Documentation complète: Der Konkordatsprozess, publications de l'Institut des Sciences politiques de Mayence, vol. 7, 1957-1959.

²⁹ BVerfGE 12, 205 ss. Documentation complète: der Fernsehstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, édité par Zehner, vol. 1, 1964, vol. 2, 1965.

³⁰ Cf à ce sujet Rupp en entier, dans Festgabe für Carlo Schmid, 1962, p. 141 ss.; Bayer, Die Bundestreue, 1961; Gebhard Müller, Bundestreue im Bundesstaat, dans Festschrift Kiesinger, 1964, p. 213 ss.

de l'Etat fédéral. La jurisprudence relative à ces questions a sans aucun doute contribué fortement à renforcer la structure de la République fédérale.

Les différends des «Länder» entre eux relèvent aussi de la compétence de la Cour constitutionnelle (art. 93, al. 1/4 GG). Aucun différend de cette espèce n'a cependant encore été porté devant la Cour.

La Cour constitutionnelle fédérale a la faculté de siéger en qualité de Cour constitutionnelle d'un «Land», si ce dernier lui confère compétence pour le faire (art. 99 GG). Seul le Schleswig-Holstein a usé de cette possibilité. Tous les autres «Länder» – sauf Berlin qui jouit d'un statut spécial – ont créé des Cours constitutionnelles ayant une compétence très étendue³¹. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale est subsidiairement compétente pour tous les différends de droit public, pour autant qu'une autre juridiction n'ait pas été prévue (art. 93, al. 1/4 GG).

Enfin, par analogie, entrent dans cette catégorie de différends ce qu'on peut appeler les «différends entre institutions» (*Organstreitigkeiten*) c'est-à-dire des différends qui n'opposent pas entre eux les organes du «Bund» expressément désignés par la Constitution, et pour lesquels la Cour constitutionnelle fédérale peut également être saisie (art. 93, al. 1/1 GG). Cette dernière a décidé, en conférant à un parti³², à un groupe parlementaire³³, même à un député isolé³⁴, la qualité d'organes constitutionnels, qu'ils peuvent la saisir de différends de ce genre. Il s'agit souvent de décisions qui touchent des questions politiques d'une importance capitale. Par exemple, l'Accord de Petersberg (*Petersberger Abkommen*), qui représentait le premier pas de la République fédérale allemande vers le recouvrement de sa souveraineté et son intégration dans la communauté des peuples libres, a été l'objet d'un différend porté devant la Cour constitutionnelle³⁵. La Cour a également renforcé la position des partis surtout en leur donnant la possibilité, en invoquant un «différend entre organes», de faire valoir au moyen de la procé-

³¹ Au sujet de la jurisprudence des cours constitutionnelles des Länder, cf. p. ex. Bachof-Jesch, *Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland*, Jb OeffR NF. (annuaire de droit public) vol. 6, 1957, p. 47 ss. Cf aussi Lechner loc. cit., p. 685 ss.

³² BVerfGE 1, 223 ss et 4, 27 (décision en séance plénière).

³³ BVerfGE 1, 351 ss. et 1, 372 ss.

³⁴ BVerfGE 2, 143 (164) et 10, 4 (10).

³⁵ BVerfGE 1, 351 ss. Cf en outre les différends entre organes concernant le traité de la CED et ses protocoles, ainsi que la compatibilité des forces armées et du service militaire obligatoire avec la Loi fondamentale, BVerfGE 1, 281 ss, et 1, 397 ss.

dures établies en matière électorale que leurs droits constitutionnels ont été violés par des lois électorales³⁶.

En raison du caractère hautement politique de ces procédures, les pouvoirs publics avaient encore hésité, à l'époque de la République de Weimar, à porter devant le Tribunal d'État les différends entre organes supérieurs du Reich. Que la Loi fondamentale ait accordé à la Cour constitutionnelle fédérale compétence dans ce domaine montre combien ses auteurs avaient à cœur d'appliquer aussi au domaine politique les principes juridiques sur lesquels se fondait l'ordre constitutionnel.

3. *Validation des élections*

La Cour constitutionnelle a aussi une action purement politique quand elle est saisie en matière de validation des élections. En principe, cette tâche incombe au Bundestag, qui constate et proclame les résultats (art. 41 al. 1 GG). Un recours contre ses décisions est cependant possible devant la Cour constitutionnelle fédérale (art. 41 al. 2 GG). Celle-ci statue de façon analogue sur les recours relatifs aux référendums³⁷, qui ne jouent dans le système parlementaire établi par la Loi fondamentale qu'un rôle, somme toute, secondaire, et qui ne sont prévus que dans le cas d'un éventuel remaniement du territoire fédéral par la modification des frontières des «Länder» (art. 29 GG). La validation des élections est une attribution extrêmement importante de la Cour constitutionnelle, qui lui permet notamment d'examiner aussi, pas cette procédure, si la loi électorale appliquée lors de l'élection est effectivement compatible avec la Loi fondamentale. A ce propos, la Cour constitutionnelle a constaté que la répartition des circonscriptions électorales fondée sur le recensement de 1949, année de la fondation de la République fédérale, avait donné lieu à de sérieuses réserves pendant les élections de 1961³⁸. Le législateur en a tiré la conclusion qui s'imposait, et procédé à un remaniement des circonscriptions électorales de façon à mieux tenir compte de l'égalité des droits de tous les citoyens.

Dans certains milieux, on conteste à la Cour constitutionnelle ses fonctions et attributions en matière de politique pure. Les critiques portent sur le fait que la Cour risquerait d'être beaucoup trop souvent saisie de problèmes politiques et qu'elle pourrait de ce fait perturber le libre jeu des forces politiques et entraver l'activité

³⁶ Cf aussi note (32); aussi BVerfGE 6, 85 (104); 7, 99 (103); 11, 234 (214 ss.); 14, 121 (129).

³⁷ § 5 al. 4 et §§ 16 al. 3, 32 al. 3 de la loi du 23.12.1955 sur le référendum et l'initiative populaire en cas de remembrement du territoire fédéral selon art. 29 al. 2 à 6 de la Loi fondamentale en liaison avec les §§ 1, 18 de la loi sur la vérification des élections du 12.3.1951.

³⁸ BVerfGE 16, 130 ss.

sociale des organes responsables de l'exécutif³⁹. En fait, il semble que des différends tels que ceux qui se sont produits au sujet de l'Accord de Petersberg ou du statut de la Sarre échappent à première vue à l'appréciation des juges. (Rappelons que le procès relatif au statut de la Sarre a été intenté sur la base du contrôle de la constitutionnalité des lois et non pas en tant que conflit d'organes)⁴⁰. La décision paraît dépendre uniquement de questions d'opportunité politique. Dans ces deux cas, la Cour constitutionnelle a fait «de l'élément politique lui-même, en se servant des dispositions existantes, l'objet de son appréciation»⁴¹. En dernière analyse s'exprime ainsi un principe qui domine le système constitutionnel allemand tout entier, selon lequel ce n'est pas l'Etat mais le droit qui prime; en outre, l'activité de l'Etat ne saurait se dérouler à l'abri de toute entrave juridique, mais devrait au contraire se conformer aux principes élémentaires du droit.

Pourtant, la Cour constitutionnelle a également tracé les limites de son activité dans le domaine politique, et répété à maintes reprises que la décision sur des questions d'opportunité était du ressort exclusif de la politique, et non pas un objet d'appréciation juridique⁴²; à son avis, le pouvoir d'appréciation du législateur, pour autant qu'il n'enfreigne pas les principes du droit, se situe dans un domaine inviolable. Au cours du procès qui a abouti à l'interdiction du parti communiste allemand, elle a déclaré par la voix de son Président que la décision sur l'opportunité d'une telle action ne lui appartenait pas⁴³. La Cour a maintes fois répété que les organes politiques sont présumés agir d'une manière conforme au droit⁴⁴. Enfin, elle n'a cessé d'affirmer que la juridiction constitutionnelle ne cherchait pas à entraver l'initiative politique, mais plutôt à défendre un système de

³⁹ Au sujet de cette question cf p. ex. Leibholz, dans *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe 1963, p. 61 ss.; id., dans *l'Annuaire de Droit public*, vol. 6, 1957, p. 109 ss., *Einleitung zur «Statusdenkschrift» des Bundesverfassungsgerichts*; Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, commentaire de la loi sur la cour constitutionnelle fédérale, Munich-Berlin 1965, p. 9 s.; Eichenberger, *Die richterliche Abhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Berne 1960, p. 126 ss.; McWhinney, *Judicial Restraint and the West German Constitutional Court*, *Harvard Law Review*, 75, 1961, p. 1 ss. Il sied d'indiquer à ce sujet que la Cour constitutionnelle fédérale ne peut invoquer la «political clause» permettant à la Cour suprême des Etats-Unis de refuser de statuer sur des questions purement politiques.

⁴⁰ BVerfGE 4, 157 ss.

⁴¹ Leibholz, dans *Das Bundesverfassungsgericht*, loc. cit., p. 64, en complément au «Statusdenkschrift», loc. cit., p. 145.

⁴² Cf à ce sujet p. ex. *Entscheidung über das Saarstatut*, loc. cit., p. 168 et p. 178. Au sujet des lois qui n'ont effet qu'à l'intérieur de l'Etat, cf p. ex. BVerfGE 3, 162 ss.; 3, 288 (337); 4, 144 (155); 9, 201 (206); 11, 245 (253); 15, 167 (201 s.); 18, 121 (124); 18, 315 (325).

⁴³ Cf *Der KPD-Prozess*, loc. cit., vol. 3, p. 585.

⁴⁴ Ains, surtout, BVerfGE 4, 157 (168).

valeurs comme objectif de l'activité politique. En définissant ses propres limites dans un esprit de modération, la Cour constitutionnelle a largement contribué à supprimer les critiques dont son rôle politique a été l'objet.

B. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

En matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, mentionné déjà à plusieurs reprises, la procédure, au contraire de ce qui se passe dans les différends constitutionnels, n'est pas contradictoire; les deux parties en cause ne s'affrontent pas. Elle a au contraire un caractère objectif qui permet d'examiner la validité des dispositions de loi. La Cour constitutionnelle fédérale intervient directement, en sa qualité de gardienne du droit, contrairement à ce qui se passe pour le différend constitutionnel où elle n'intervient qu'indirectement, en tant que garante de l'ordre étatique.

L'objet de cette procédure porte avant tout sur les libertés fondamentales et les droits de l'homme, quoique le domaine du contrôle de la constitutionnalité des lois dans son ensemble dépasse le domaine plus limité des droits de l'individu. Le but de ce contrôle est de vérifier si les prescriptions juridiques sont compatibles avec la Loi fondamentale. Cette décision n'intervient pas dans le cadre des procédures où il s'agit de statuer sur ces prescriptions juridiques, et il ne s'agit donc pas d'une décision incidente — ainsi que ce serait le cas, par exemple, pour la «judicial review» de la Cour suprême des Etats-Unis — mais d'une décision portant sur le fond. Dans cette mesure, l'institution de la procédure de contrôle objectif de la constitutionnalité des lois, présente aussi un grand changement par rapport à l'époque de la République de Weimar. Le Tribunal d'Etat pouvait alors, sur la base de l'art. 13 al. 2 de la Constitution de Weimar, vérifier si le droit des «Länder» était compatible avec la Constitution; cependant, il ne pouvait statuer qu'incidemment sur la compatibilité des prescriptions juridiques du Reich avec la Constitution de Weimar. Il s'était même arrogé ce droit, sur la base de sa propre jurisprudence, alors qu'il ne lui avait pas été expressément attribué.

L'institution présente encore la particularité suivante: Une entité, la Cour constitutionnelle fédérale, possède à elle seule le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des dispositions du droit ordinaire. Ainsi se trouve garantie l'uniformité de la jurisprudence en matière constitutionnelle. On évite que différents tribunaux n'interprètent la Constitution de manière différente, et on prévient ainsi les incertitudes auxquelles serait soumis le jugement des questions de droit constitutionnel. En outre, la concentration entre les mains de la plus

haute instance du pouvoir de décision en matière de droit constitutionnel souligne aussi l'autorité accrue dont jouit le pouvoir législatif dans le système constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne. Seul un tribunal, qui occupe une position particulière dans le domaine du droit constitutionnel doit pouvoir déclarer les actes du législateur inconstitutionnels.

1. Le contrôle pratique de la constitutionnalité des lois

Le cas est celui qui se présente le plus fréquemment (cf. art. 100 al. 1 GG). Le point de départ est toujours un conflit juridique concret, où le tribunal intéressé estime que la disposition juridique qu'il doit appliquer est inconstitutionnelle. Dans ce cas, le tribunal ne peut statuer sur la constitutionnalité de la prescription mais doit surseoir et entamer une procédure pour connaître la décision de la Cour constitutionnelle fédérale. Tout tribunal peut agir ainsi, même le juge de l'instance la plus humble. Jusqu'au 1er janvier 1965, la Cour constitutionnelle fédérale a été saisie de 1029 actions de ce genre. Même si seulement un très petit nombre d'entre elles ont abouti à faire déclarer une disposition de loi inconstitutionnelle, la possibilité qu'une telle procédure puisse être engagée contraint déjà le législateur à s'interroger sérieusement sur la constitutionnalité du droit qu'il va créer. Dans le contrôle pratique de la constitutionnalité des lois il a été rendu plusieurs jugements d'une grande importance pour ce qui est des droits fondamentaux. Citons l'arrêt de janvier 1957⁴⁵, où la Cour constitutionnelle, en exerçant un contrôle sur la constitutionnalité d'une disposition de droit fiscal, s'est livrée à des considérations destinées à faire jurisprudence sur la protection du mariage et de la famille par la Loi fondamentale (art. 6 GG).

Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas admis le contrôle pratique de la constitutionnalité des lois pour toutes les dispositions de loi. Seuls les instruments répondant à la définition formelle des lois et promulgués depuis que la Loi fondamentale est en vigueur sont soumis à ce contrôle. Les ordonnances juridiques⁴⁶ et le droit antérieur à la Loi fondamentale⁴⁷ y échappent. Pour les unes comme pour l'autre, l'autorité législative d'un parlement institué après la Constitution de 1949 n'est pas mise en question et il n'est donc pas nécessaire d'assurer au droit une protection accrue en donnant à la Cour constitutionnelle tous les pouvoirs de décision. Par contre, la possibilité d'exercer un contrôle pratique sur la constitutionnalité des lois a été quelque peu élargie, et il est désormais possible de vérifier auprès de la Cour constitu-

⁴⁵ BVerfGE 6, 55 ss.

⁴⁶ BVerfGE 1, 184.

⁴⁷ BVerfGE 2, 128 ss.

tionnelle si le droit créé par les lois des «Länder» est compatible avec le droit fédéral ordinaire (art. 100 al. 1/2 GG). Si la disposition de loi du «Land» n'est pas conforme au droit fédéral, la disposition de la Loi fondamentale suivant laquelle le droit fédéral prime le droit des «Länder» (art. 31 GG) est violée, et l'ordre constitutionnel en est affecté.

2. *Le contrôle théorique de la constitutionnalité des lois*

Dans la pratique, si on recourt plus rarement à la procédure du contrôle théorique de la constitutionnalité des lois, celle-ci n'en est pas moins importante. Par cette procédure, le Gouvernement fédéral, le gouvernement d'un «Land», mais aussi le tiers des membres du Bundestag peuvent requérir, sans devoir entamer une procédure déterminée, l'examen de la constitutionnalité de certaines dispositions de loi (art. 93 al. 1/2 GG). Contrairement à ce qui se passe pour le contrôle pratique de la constitutionnalité, les dispositions juridiques et le droit antérieur à la Constitution, sont soumis au contrôle théorique de la constitutionnalité des lois.

Un aspect politique particulièrement important de cet état de fait c'est que le tiers des membres du Bundestag puisse engager une procédure de ce genre. Ainsi, une minorité importante, obligée de se soumettre à la majorité dans les luttes de la politique, peut recourir auprès de la Cour constitutionnelle fédérale contre des décisions de la majorité si elle a lieu de croire que la majorité ne s'est pas maintenue dans les limites de la Constitution. La minorité parlementaire, l'opposition, peut ainsi se transformer en un véritable gardien de la Constitution et de l'ensemble des valeurs qui en sont le fondement. Le différend sur le statut de la Sarre, que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner, peut servir d'illustration à un procès de ce genre. Il sert également à démontrer combien la Cour agit avec circonspection lorsqu'elle a à trancher de questions purement politiques.

Un autre exemple du contrôle théorique de la constitutionnalité des lois a été fourni par le différend portant sur l'incompatibilité avec la Loi fondamentale des lois promulguées par les «Länder» de Hambourg et de Brême au sujet d'une consultation populaire sur l'armement atomique de la République fédérale⁴⁸. Un autre exemple encore est fourni par la question de savoir si les avantages fiscaux obtenus en reconnaissance de dons aux partis politiques sont constitutionnels⁴⁹. Dans ces cas, le gouvernement fédéral, puis le gouver-

⁴⁸ BVerfGE 8, 104 ss.; cf aussi le conflit Bund/Länder BVerfGE 8, 124 ss., concernant les consultations populaires dans les communes du Land de Hesse, et les décisions sur les dispositions provisoires prises dans ces conflits BVerfGE 7, 367 ss. et 7, 374 ss.

⁴⁹ BVerfGE 8, 51 ss.

nement de la Hesse se sont portés demandeurs. L'un et l'autre ont obtenu gain de cause, de sorte que ces deux procès peuvent être considérés comme des exemples d'arrêts où la Cour constitutionnelle a dû, bien malgré elle, intervenir activement dans la politique.

On a dit à de nombreuses reprises que le contrôle de la constitutionnalité des lois jetterait le désarroi dans la répartition des pouvoirs, et que le juge s'arrogerait les fonctions du législateur. En fait, lorsque la Cour constitutionnelle décide d'annuler une loi, soit par la procédure du recours constitutionnel, ou par la procédure du contrôle de la constitutionnalité des lois, sa décision a force de loi et est publiée au «Journal officiel fédéral» (Bundesgesetzblatt) (art. 31 al. 2 BVGG). Néanmoins, il s'agit effectivement d'une activité de juge, c'est-à-dire de la constatation d'une situation de fait impliquant dans un cas la loi ordinaire et dans l'autre la Loi fondamentale. Contrôler si tous les actes des pouvoirs publics, y compris ceux du pouvoir législatif, sont conformes au droit, est une attribution essentielle du juge. Du fait de son importance capitale pour le maintien d'un système constitutionnel harmonieux, l'institution du contrôle de la constitutionnalité des lois, malgré toutes les critiques qu'on lui a adressées, a rencontré un accueil favorable et certains de ses éléments ont été introduits aussi à l'étranger.

3. *Procédure de qualification des dispositions de loi*

Les procédures dites de qualification des dispositions de loi s'apparentent à celles du contrôle de leur constitutionnalité. Elles amènent la Cour constitutionnelle à statuer, avec force de loi, sur la validité de certaines dispositions juridiques. La Loi fondamentale admet ce genre de procédure lorsqu'il s'agit de savoir si une règle générale de droit international public est partie intégrante du droit fédéral et source immédiate de droits et obligations pour l'individu (art. 100 al. 2 GG). Un cas analogue est celui où la Cour constitutionnelle fédérale décide si le droit antérieur à la Constitution peut être intégré au droit fédéral (art. 126 GG).

4. *Sauvegarde de l'unité du droit*

Finalement, une interprétation plus large de la Constitution a permis d'inclure dans cet ensemble un pouvoir qui permet de défendre l'unité du droit constitutionnel par des moyens analogues aux procédures de contrôle de la constitutionnalité et de qualification des dispositions de loi. Le recours est donc aussi recevable auprès de la Cour constitutionnelle fédérale quand la Cour constitutionnelle d'un «Land», en interprétant la Loi fondamentale, s'écarte d'un jugement rendu par la Cour constitutionnelle fédérale ou par la Cour constitutionnelle d'un autre «Land» (art. 100 al. 3 GG).

C. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL

La compétence de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de différends d'ordre constitutionnel et de contrôle de la constitutionnalité des lois doit avant tout permettre, on le sait déjà, de protéger l'organisation de l'Etat et l'unité du droit constitutionnel; elle ne s'attache qu'indirectement à la protection de l'individu et de ses droits fondamentaux. Au contraire, dans la procédure du recours constitutionnel, ce sont les droits de l'individu qui se trouvent au premier plan. Il est bien certain que l'ordre juridique dans son ensemble reçoit une protection indirecte par cette procédure⁵⁰. Il en résulte précisément que le jeu des diverses attributions dévolues à la Cour constitutionnelle permet de faire apparaître la protection étendue dont jouit le système de valeurs sous-jacent à la Constitution.

Le recours constitutionnel a sa source dans les dispositions du droit ordinaire, à l'encontre de presque toutes les autres compétences de la Cour constitutionnelle⁵¹ qui ont été créées par la Loi fondamentale (art. 9 par. 90 ss BVGG). Il y a recours constitutionnel quand un demandeur peut démontrer que des pouvoirs publics ont porté atteinte à ses droits individuels. Par droits individuels pouvant faire l'objet d'un tel recours, on n'entend pas seulement ceux qui sont cités aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale, mais encore d'autres droits du même genre, tels que la protection contre les tribunaux d'exception (art. 101 GG), le droit de déposer en justice (art. 103 al. 1 GG), les principes «nullum crimen, nula poena sine lege» (art. 103 al. 2 GG) et «ne bis in idem» (art. 103 al. 3 GG), les garanties constitutionnelles en cas de privation de liberté (art. 104 GG), ainsi que les dispositions essentielles des lois relatives à la fonction publique (art. 33 GG) et les fondements du droit électoral (art. 38 GG). Le recours constitutionnel ne porte pas seulement sur les arrêts des tribunaux et les actes de l'exécutif; il peut même porter sur les actes du législateur lorsque l'individu se trouve directement atteint dans ses droits par la disposition de loi qui fait l'objet du recours. Mais même si l'acte de l'exécutif ou l'arrêt du tribunal fondé sur la loi est seul attaqué, il convient d'éliminer la disposition de loi sur laquelle il se fonde lorsque cette disposition est inconstitutionnelle. Pour qu'il soit possible de le faire, il suffit d'une atteinte à d'autres dispositions de la Constitution, qui ne figurent pas sur la liste des droits individuels dessinée par la Loi fondamentale, et qui ne peuvent être suspendues par le dépôt d'un recours constitutionnel introduit par une personne privée; toutefois, d'après la jurisprudence

⁵⁰ Lechner, loc. cit., p. 609, cf aussi Friesenhahn, loc. cit., p. 7.

⁵¹ Excepté les compétences mentionnées selon la loi sur le référendum et l'initiative populaires (cf ci-dessus note 37).

de la Cour constitutionnelle fédérale, une fois qu'un tel recours a été introduit, il doit être tenu compte de ces dispositions⁵². L'importance considérable du recours constitutionnel est à peine atténuée par les conditions auxquelles il est soumis; le recours n'est en effet possible que lorsque les voies de droit prévues par la loi sont épuisées. Exceptionnellement, il est admissible plus tôt, si l'affaire est d'intérêt général ou si l'individu se trouve exposé à un préjudice grave et inévitable (par. 90 al. 2 BVGG). Il s'agit donc d'une réglementation très large qui donne à tout citoyen – et aussi aux personnes morales pour autant qu'elles puissent jouir des droits constitutionnels (art. 19 al. 2 GG) – des droits étendus contre tous abus commis par les pouvoirs publics⁵³.

On comprend que le recours constitutionnel joue un rôle très étendu dans la pratique de la Cour constitutionnelle fédérale. Dans leur grande majorité, les actions qui ont été introduites auprès de la Cour à ce jour sont des recours constitutionnels. Au 31 octobre 1965, elles étaient près de 14 000; chaque mois, une centaine d'actions nouvelles de ce genre sont engagées devant l'une ou l'autre des Chambres. La plus grande partie de ces recours échoue. Il manque souvent aux demandeurs les connaissances juridiques nécessaires; fréquemment aussi, la possibilité du recours constitutionnel est mal utilisée. De nombreux demandeurs considèrent la Cour constitutionnelle fédérale comme une sorte d'instance supérieure de révision qui statue sur tous les différends juridiques après épuisement des voies de droit ordinaires. Pourtant, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a établi à maintes reprises que la procédure qui se déroule devant la Cour ne constitue pas une autre instance, mais qu'elle représente un élément tout nouveau, d'un caractère particulier, c'est-à-dire un examen des dispositions de la Loi fondamentale, et rien que cela⁵⁴.

Environ 9 recours sur 10 échouent déjà lors du premier examen effectué par la commission de trois juges, dont il a déjà été fait mention, qui a la faculté de les déclarer irrecevables ou manifestement infondés (par. 93a al. 2 et 3 BVGG), ou devant la Chambre lorsque le recours n'a pas pour objet d'élucider une question de droit constitutionnel et que le demandeur n'est pas menacé, par la fin de non recevoir qui lui serait opposée, d'un préjudice grave et inévitable (par. 93a al. 4 BVGG). Même parmi les recours constitutionnels

⁵² Cf en part. BVerfGE 12, 362 ss. En règle générale, sur la base de l'interprétation des art. 2 et 101 de la Loi fondamentale. (Cf à ce sujet encore la note 76 ci-après).

⁵³ Les communes ont aussi le droit d'introduire un recours constitutionnel lorsque leurs droits d'administration sont lésés. (§ 91 BVerfGG).

⁵⁴ BVerfGE 1, 4 et 1, 5. Cf aussi BVerfGE 11, 343 (349), et Smend, dans Das Bundesverfassungsgericht, loc. cit., p. 30.

que la Chambre a admis, seule une part infirme a abouti jusqu'à présent.

Il ne faut pas oublier non plus qu'en matière de recours constitutionnel une série d'arrêts très importants a eu pour effet d'entourer d'une sécurité accrue les droits de l'individu dans le cadre de la Constitution d'une part, et d'autre part de faire ressortir le rôle important du recours constitutionnel dans la garantie des libertés fondamentales. Tel est surtout le cas de la liberté de pensée, du libre choix de la profession et du droit de déposer en justice. Il a fallu réviser certaines dispositions du Code pénal, de la Loi sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles et de la Loi fiscale, qui n'étaient pas conformes au droit constitutionnel. Nous mentionnerons aussi certains arrêts sur le droit de vote en matière communale⁵⁵ et sur la nomination des juges aux tribunaux⁵⁶. Dans de nombreux cas où le recours constitutionnel n'a pas abouti, il a été possible d'élucider des questions de droit constitutionnel, contestées mais importantes, comme ce fut le cas pour les recours contre la Loi sur les obligations militaires⁵⁷. De même, il est essentiel à la sécurité et à la sérénité du droit d'établir la constitutionnalité des dispositions de loi faisant l'objet d'un recours constitutionnel; une fois cette constitutionnalité établie, il n'est plus possible d'attaquer ces dispositions et de plus, les arrêts rendus à ce sujet contribuent à préciser le sens dans lequel la Loi fondamentale doit obligatoirement être interprétée.

L'institution du recours assure d'autre part une protection supplémentaire aux droits de l'individu, et ce pour la raison suivante: les détenteurs de la puissance publique doivent constamment tenir compte, dans l'exercice de leurs fonctions, de l'éventualité d'une action judiciaire, et ils sont ainsi obligés de respecter les principes qui sont à la base de la Constitution. Parce que l'institution du recours constitutionnel est ancrée dans la conscience populaire, elle a permis aux droits de l'individu de s'imposer⁵⁸. On peut constater que l'établissement du recours constitutionnel a contribué de façon décisive à inculquer à la conscience populaire le sens des principes démocratiques; de plus, il a assuré une large diffusion aux principes constitutionnels⁵⁹. Un bref aperçu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les libertés et droits fondamen-

⁵⁵ BVerfGE 11, 266 ss.; cf aussi BVerfGE 11, 351 ss; 12, 10 ss, et les dispositions provisoires BVerfGE 11, 102 ss. et 11, 306 ss.

⁵⁶ BVerfGE 17, 294 ss.; cf en outre BVerfGE 18, 65 ss.

⁵⁷ BVerfGE 12, 311 ss; cf aussi BVerfGE 12 45 ss. Sur l'importance, pour l'élucidation de questions d'ordre constitutionnel, des recours constitutionnels n'ayant pas abouti, cf aussi Lechner, loc. cit., p. 669.

⁵⁸ Cf Gebhard Müller, dans Das Bundesverfassungsgericht, loc. cit., p. 19.

⁵⁹ Cf Smend, *ibid.*, p. 30.

taux donne une excellente idée de l'étendue et de l'importance de la protection qui leur est assurée ⁶⁰.

L'art. 1er GG affirme l'inviolabilité de la dignité humaine, que tout organe dépositaire d'un pouvoir de l'Etat a l'obligation de respecter et de protéger. On dit des droits de l'homme qu'ils sont inviolables et sacrés et on reconnaît qu'ils constituent le fondement de toute collectivité humaine, et aussi de la paix et de la justice. Les trois pouvoirs ont des liens directs avec les droits de l'individu. La Constitution se fait donc le défenseur d'un système de valeurs qui déduit les droits de l'individu de la certitude absolue de la dignité humaine, au lieu de les justifier par des concessions de l'Etat. De la sorte, ces droits ne sont plus comme autrefois valables dans le seul cadre de la loi; au contraire, ce sont les lois qui ne sont valables que dans le cadre des droits de l'individu ⁶¹.

La Cour constitutionnelle a admis à maintes reprises la pré-existence d'un tel système de valeurs: «Ce système de valeurs qui est implanté à la fois dans la personnalité humaine, librement épanouie au sein de la communauté sociale et dans la dignité de l'homme, doit avoir pour tous les domaines du droit la valeur d'une norme constitutionnelle fondamentale» ⁶².

«L'idée que l'homme dans l'échelle de la création possède en lui-même une valeur propre, et que la liberté et l'égalité sont des valeurs primordiales et durables garantissant l'unité de l'Etat, est finalement à la base de cet ordre fondamental, d'après la décision qu'ont prise ceux qui ont élaboré la Loi fondamentale. Pour cette raison, l'ordre fondamental est lié à des valeurs. Il se situe à l'opposé de l'Etat totalitaire qui, se concevant comme une toute puissance exclusive, rejette les notions de dignité humaine, de liberté et d'égalité» ⁶³.

L'obligation fondamentale de l'Etat et de tout pouvoir de l'Etat de respecter et de protéger la dignité de l'homme constitue ainsi, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'idée-force qui domine l'interprétation de tous les autres droits de l'individu. Feu M. Wintrich, qui fut le deuxième Président de la Cour constitutionnelle fédérale, a appelé pour cette raison l'art. 1er GG «le principe

⁶⁰ Pour un aperçu sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, cf. p. ex. Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, loc. cit., § 90, No. 52 ss.; Engler, dans Das Bundesverfassungsgericht, loc. cit., p. 87 ss., et Zehner, ibid., p. 195 ss.

⁶¹ Herbert Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950, p. 12.

⁶² BVerfGE 7, 198 (205).

⁶³ BVerfGE 2, 1 (12). Aussi BVerfGE 12, 45 (53): «La Loi fondamentale considère comme valeur juridique suprême la personnalité humaine libre et sa dignité».

constitutionnel suprême»⁶⁴. L'art. 19 al. 2 GG, qui protège tout droit de l'individu «dans son essence», consacre ainsi l'existence d'un domaine où l'Etat ne peut pénétrer,⁶⁵ car la «substance de la dignité humaine» y est elle-même en jeu⁶⁶.

Dans un tel ordre de valeurs, les droits de l'individu ne tirent pas seulement leur importance de la relation entre les pouvoirs publics et les citoyens, car le fondement idéologique de la Constitution influence aussi les relations des citoyens entre eux. Outre le fait que les dispositions de droit privé qui sont déclarées inconstitutionnelles sont frappées de nullité, le système de valeurs de la Loi fondamentale influence aussi, de façon tout à fait générale, l'interprétation et l'application des dispositions de droit privé⁶⁷. Ces effets des droits de l'individu sont d'une grande importance en matière de droit privé, notamment pour ce qui est des rapports juridiques de l'individu avec les grandes associations et avec d'autres pouvoirs intermédiaires. Souvent, de nos jours, ce n'est plus l'Etat, incarnation de l'autorité, qui apparaît comme l'adversaire des droits de l'individu — comme le voulait la conception libérale des droits de l'individu en tant que droits défensifs⁶⁸ — ce sont au contraire certains groupes de caractère privé, qui manifestent un dynamisme particulier à l'intérieur de l'Etat. Normalement, cet état de choses se manifeste avant tout dans la vie économique et le secteur du travail. Il s'ensuit que la première Chambre du Tribunal fédéral du Travail, en particulier, a tiré, sans rencontrer d'opposition, des conséquences d'une très grande portée de ce qu'elle appelle le «troisième effet» (*Drittwirkung*) des droits de l'individu⁶⁹. La Cour constitutionnelle fédérale se montre quant à elle plus réservée à cet égard; elle a néanmoins affirmé en principe que les droits de l'individu peuvent aussi influencer le droit civil et que le juge doit en tenir compte, surtout lorsqu'il en interprète les dispositions générales⁷⁰.

Ajoutons encore que l'art. 1 GG a été invoqué maintes fois par la Cour constitutionnelle non seulement à titre de texte de référence

⁶⁴ Cité d'après Maunz-Dürig, *Loi fondamentale, commentaire*, Munich-Berlin 1964/65 art. 1, Nos marg. 4 et 14. Cf aussi BVerfGE 6, 32 (36).

⁶⁵ Maunz-Dürig, loc. cit., No marg. 45 et 81 dans *Anlehnung an Wintrich*, *Bayer Verwaltungsblätter* 1957, p. 140.

⁶⁶ Wintrich, *ibid.*

⁶⁷ Cf BVerfGE 7, 198 ss.

⁶⁸ BVerfGE 7, 198 (204 s.). Pour un aperçu complet de l'évolution des droits de l'individu, cf Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich 1960, p. 3 ss.

⁶⁹ BArbG 1, 191 ss. Au sujet du troisième effet des droits de l'individu, cf p. ex. Ramm, *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart 1960; Leisner, loc. cit., surtout p. 373 ss. Autres références Maunz-Dürig, loc. cit. p. 64 note 1.

⁷⁰ BVerfGE 7, 205 ss. Aussi BVerfGE 7, 230 ss.; BVerfGE 12, 113 (124); 13, 318 (325) et 18, 315 (328) pour des questions de droit pénal et de droit fiscal.

et d'étalon des valeurs mais que, — notamment dans les domaines où l'Etat peut intervenir — on a parfois aussi tiré de ce même article des conclusions directes ⁷¹.

L'art. 2 GG est aussi important que l'art. 1er; il proclame en son al. 2 le droit de toute personne au libre épanouissement de sa personnalité, pour autant que cet épanouissement ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou ne soit pas contraire à l'ordre établi ou aux bonnes moeurs. Le sens d'une disposition qui garantit le libre épanouissement de la personnalité devient évident en corrélation avec la disposition sur la dignité humaine énoncée à l'art. 1er GG. On conçoit l'art. 2 comme la proclamation de la liberté fondamentale principale sur laquelle repose chacun des droits de l'individu cités dans la Loi fondamentale ⁷². Dans son arrêt dit «des pharmaciens», la Cour constitutionnelle, qui se livre à une discussion serrée des libertés de l'individu dans leur rapport avec le choix ou l'exercice de la profession ⁷³, a qualifié la personnalité humaine libre de «valeur suprême» selon la conception globale de la Loi fondamentale ⁷⁴, et en a déduit les conséquences qui s'imposaient pour le droit au libre choix et au libre exercice de la profession.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle a finalement conféré encore plus de poids à l'art. 2 par l'interprétation qu'elle en a donné. De l'avis de la Cour, l'art. 2 est déjà violé quand une loi, par sa forme et par son contenu, contrevient aux principes de la Constitution et par conséquent à «l'ordre constitutionnel établi ⁷⁵». De ce fait, on peut dire de l'art. 2 qu'il proclame le principe de la Primauté du Droit dans l'Etat, principe dont la Cour constitutionnelle s'est constamment efforcée de dégager le sens et les conséquences ⁷⁶ pour le domaine du droit dans son ensemble. De ce principe découlent: le postulat de la justice, ⁷⁷ le postulat de la sécurité du droit ⁷⁸, la garantie d'une procédure réglée pour dire le droit ⁸⁰,

⁷¹ Cf p. ex. BVerfGE 1, 97 (104) et 1, 332 (343). Cf aussi BVerfGE 18, 146 s.

⁷² Maunz-Dürig, loc. cit. Art. 2 No marg. 6.

⁷³ Cf ibid. No marg. 6 ss.

⁷⁴ BVerfGE 7, 377 ss.

⁷⁵ BVerfGE 7, 377 (405).

⁷⁶ Ainsi en principe, BVerfGE 6, 32 ss. Cf depuis p. ex. BVerfGE 7, 111 (119); 9, 3 (11); 9, 83 (88); 10, 89 (99); 10, 354 (363); 11, 105 (110); 12, 296 (303); 14, 288 (306); 15, 235 (239) et 17, 306 (313 s.).

⁷⁷ Selon BVerfGE 3, 225 (237), le principe de la Primauté du Droit s'exprime dans les décisions capitales prises par la Loi fondamentale. Pour les détails, cf notes ci-après.

⁷⁸ BVerfGE 3, 225 (237).

⁷⁹ BVerfGE 2, 383 (403); 13, 261 (271); 18, 70 (81); 18, 135 (142); 18, 224 (241).

⁸⁰ BVerfGE 2, 383 (403).

l'exigence de la clarté de la loi⁸¹, le principe de la prévoyance⁸², la nécessité de disposition de lois claires autorisant les interventions du pouvoir exécutif⁸³. Tout ce qui peut se déduire de ce principe ne doit finalement que servir et garantir le libre épanouissement de la personnalité, veiller que cet épanouissement ne soit limité que par l'ordre constitutionnel établi, c'est-à-dire seulement par l'action des pouvoirs publics s'exerçant dans le cadre de la Loi fondamentale.

Il convient en outre d'interpréter l'art. 2 comme signifiant que l'homme et ses possibilités ne sont pas considérés comme illimités, mais qu'au contraire l'individu doit être subordonné à la collectivité et à la loi morale. La Cour constitutionnelle l'a bien dit en ces termes: «l'homme selon la Loi fondamentale, n'est pas un être souverain, isolé; la Loi fondamentale a plutôt établi que l'individu est lié à la collectivité, sans que sa valeur intrinsèque s'en trouve diminuée»⁸⁴. C'est ainsi que l'intégration de l'individu dans l'ordre établi devient évidente, et qu'apparaît la solution adoptée par la Loi fondamentale pour fonder le rapport dialectique entre la liberté de l'individu et l'ordre étatique. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle quant aux diverses libertés individuelles est l'expression de ces considérations générales. La Loi fondamentale énumère les libertés fondamentales suivantes:

- Le droit à la vie et à l'intégrité corporelle (art. 2 al. 2/1 GG),
- le droit à la liberté personnelle – en cas notamment de privation de liberté (art. 2 al. 2/2 GG),
- le droit à la liberté de croyance, de conscience et de confession (art. 4 GG),
- le droit d'exprimer librement ses opinions, y compris la liberté de la presse, des arts, des sciences, de la recherche et de l'enseignement (art. 5 GG),
- le droit à la liberté de réunion (art. 8 GG), d'association (art. 9 GG), d'établissement (art. 11 GG),
- le droit au libre exercice de la profession (art. 12 GG),
- le droit à l'inviolabilité du domicile (art. 13 GG), au secret de la correspondance et des Postes (art. 10 GG).

Dans le cadre de ces dispositions, énumérées dans la Loi fondamentale et qui, de l'avis de la Cour constitutionnelle fédérale, ont le caractère d'une «lex specialis» par rapport à l'art 2, qui serait la

⁸¹ BVerfGE 1, 14 (45); 5, 25 (31); 9, 137 (147 et 149); 17, 67 (82); et 17, 306 (314).

⁸² BVerfGE 9, 137. Dans le même ordre d'idées, une interdiction limitée de l'effet rétroactif des lois découle du principe de la Primauté du Droit. BVerfGE 11, 139 (145 s.); 13, 206 (212 ss.); 13, 261 (271); 13, 274 (278); 14, 288 (297 ss.); 15, 167 (207); 16, 254 (275); 18, 70 (80); 18, 135 (143 s.) et 18, 224 (240).

⁸³ BVerfGE 7, 282 (302).

⁸⁴ BVerfGE 4, 7 (15 s.).

«lex generalis»⁸⁵, les auteurs de la Loi fondamentale ont mis sur pied un système de réserves juridiques classées selon un critère qu'une grande partie de la jurisprudence de la Cour s'est attachée à préciser. Ainsi, la liberté de croyance est garantie sans aucune réserve, tandis que la liberté de réunion peut être limitée, s'il s'agit de réunions tenues en plein air, soit par une loi soit par l'effet d'une loi (art. 8 al. 2 GG).

Pour comprendre comment la Cour constitutionnelle a classé ces réserves il faut examiner la jurisprudence en matière de droit au libre exercice de la profession. La Cour constitutionnelle en a posé le principe dans l'arrêt dit «des pharmaciens». Elle a exposé en détail que l'art 12 concernait le choix aussi bien que l'exercice de la profession, mais que le pouvoir de réglementation de l'Etat ne s'étendait pas également à ces deux aspects de la dite liberté. La compétence de l'Etat était plus étendue s'il s'agissait d'exercer une profession, et plus restreinte s'il s'agissait de la choisir. Dans le cadre de cette théorie dite «des échelons» (Stufentheorie), elle précise encore cette distinction. La liberté d'exercice de la profession peut être limitée par des règles assurant le bien-être commun, pour autant qu'elles soient raisonnables et appropriées; les conditions subjectives du choix de la profession (telles que l'éducation et la formation) ne doivent être réglées que dans le dessein de protéger les biens importants de la collectivité en se conformant strictement au principe de la constitutionnalité; en revanche, les conditions objectives (fixées selon le critère du besoin) de l'autorisation doivent être soumises à des exigences particulièrement strictes. De telles conditions objectives d'autorisation ne sont admissibles qu'en vue de protéger d'un danger grave des biens d'une importance essentielle appartenant à la collectivité. En outre, à chaque échelon, la réglementation ne serait permise que si la réglementation de l'échelon «inférieur» ne pouvait assurer le succès escompté⁸⁶. La Cour a continué de développer et de préciser ces principes dans divers arrêts plus récents⁸⁷.

La jurisprudence relative à d'autres libertés fondamentales est nuancée de façon similaire, et la Cour s'y efforce toujours de dissiper les éventuelles contradictions entre le domaine individuel et le domaine étatique, dans un esprit qui laisse à l'individu des libertés aussi larges que possible sans porter atteinte à l'intérêt collectif. En examinant le nombre des recours qui ont été introduits, après la

⁸⁵ Ainsi p. ex. BVerfGE 6, 32 (37); aussi 1, 264 (274); 4, 52 (57); 9, 63 (73); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 185 (199); 11, 234 (238); 17, 232 (251). Autres détails cf aussi BGH Gutachten du 28.4.1952, DVBI 53, 472 et BGH 24, 78, ainsi que Maunz-Dürig, loc. cit., art. 2, No marg. 6 ss.

⁸⁶ BVerfGE 7, 377 ss.

⁸⁷ Cf p. ex. BVerfGE 11, 30 ss. et 168 ss.; 13, 97 ss. et 181 ss.; 16, 147 ss.; 17, 232 ss.

liberté de la profession, c'est la liberté de pensée, y compris la liberté de la presse, la liberté dans les arts, les sciences, la recherche et l'enseignement, qui se trouve au premier plan. La Cour constitutionnelle a précisément souligné dans plusieurs arrêts l'importance de ce droit fondamental qu'est la «liberté de l'esprit»⁸⁸, et l'a appelé le plus noble des «droits de l'homme» et le «fondement de toute liberté»⁸⁹. La liberté d'opinion politique est présentée à plusieurs reprises comme l'élément fondamental de l'Etat démocratique libéral⁹⁰. A cet égard, la Cour constitutionnelle a eu surtout à s'occuper de la liberté de la presse et a souligné son importance décisive dans la formation de la pensée politique. D'autre part, elle a dû s'attacher à fixer les limites de ce droit, à déterminer jusqu'où pouvait aller la liberté de la presse d'un côté, et la protection en droit pénal de l'honneur de ceux qui sont nommés dans des articles de presse. La Cour, à cette occasion, a mis l'accent sur l'obligation d'honneur pour la presse de respecter la liberté de l'individu en rapportant des faits conformes à la vérité⁹².

A côté de ces libertés individuelles, au sujet desquelles nous n'avons pu esquisser que sommairement le traitement que la Cour leur a assuré, la Loi fondamentale contient encore diverses dispositions qui garantissent des institutions de droit privé ou public. Ainsi, l'art. 6 GG protège le mariage et la famille, l'art. 14, la propriété et les successions⁹³, et une jurisprudence extrêmement volumineuse leur est consacrée. Au sujet de l'art. 6, la Cour constitutionnelle a jugé qu'il avait d'autres effets que de protéger le domaine de la vie privée ou de garantir simplement l'institution. D'après elle, cet article aurait plutôt le caractère d'une disposition de principe, d'une certaine définition de valeurs, obligatoire pour l'ensemble du droit privé et du droit public⁹⁴. D'une façon analogue, la Cour constitutionnelle a qualifié la propriété de droit individuel élémentaire, et l'affirmation de la propriété de décision de principe ayant une signification particulière pour l'Etat social régi par la Primauté du Droit⁹⁵. Dans toute une série d'arrêts, la Cour a montré la manière dont ces garanties fondamentales produisent leurs effets dans la pratique.

⁸⁸ BVerfGE 5, 85 (205).

⁸⁹ BVerfGE 7, 198 (208).

⁹⁰ BVerfGE 5, 85; 7, 148 (208); 10, 118 (121); 12, 113 (125).

⁹¹ P. ex. BVerfGE 8, 104 (112); 10, 118 (121); 12, 205 (260). Disposition d'importance fondamentale pour les questions juridiques concernant la radio-diffusion, BVerfGE 12, 207 ss.

⁹² Cf à ce sujet BVerfGE 7, 198 (208 s.); 12, 113 (124 ss.); 15, 77 (78).

⁹³ Pour le cas de la socialisation du sol, des ressources naturelles et des moyens de production, l'art. 15 GG contient une disposition spéciale qui prévoit le dédommagement des intéressés. Dans le système économique et social actuel, cette prescription ne revêt aucune signification pratique.

⁹⁴ BVerfGE 6, 55 (72). Analogue BVerfGE 9, 231 (242).

⁹⁵ BVerfGE 14, 263 (277).

Dans le domaine public, la Loi fondamentale protège et garantit l'organisation et l'existence de l'instruction publique (art. 7 GG) et des offices et services publics (art. 33 GG), ainsi que les éléments d'une organisation judiciaire où le droit prime l'Etat (art. 101 et 103 GG). Ainsi se trouvent garantis certains droits d'une importance essentielle, parmi lesquels on peut compter le droit de participer activement et passivement à une élection (art. 38 al. 2 GG), le droit de pétition, (art. 17 GG) et, au sens plus large, la protection contre la déchéance du droit de citoyenneté et l'extradition de citoyens allemands (art. 16 al. 1 et 2/1 GG). Il faudrait citer enfin le droit d'asile, qui n'est pas sans rapport avec la déchéance du droit de citoyenneté et avec l'extradition (art. 16 al. 2/2 GG). Dans la pratique de la Cour constitutionnelle, la disposition de l'art. 103 al. 1 GG se détache avec un relief particulier de ce secteur très divers. La violation du droit de déposer en justice est invoquée dans un très grand nombre de recours constitutionnels; la Cour constitutionnelle fédérale a dû déjà effectivement casser diverses décisions d'autres tribunaux pour infraction à ce principe.

Enfin, un article particulièrement important est l'art. 3 GG, qui garantit le principe général de l'égalité et ses diverses expressions: égalité de l'homme et de la femme devant le droit, interdiction des mesures discriminatoires fondées sur l'origine, la race, la langue, la patrie, la famille, la croyance et les convictions religieuses ou politiques. Ce n'est qu'avec le principe général d'égalité, qui contient une interdiction de l'arbitraire et qui s'apparente étroitement au principe de justice, que le système des droits fondamentaux forme finalement un ensemble cohérent. La Cour constitutionnelle a confirmé que le principe d'égalité compte au nombre des principes essentiels de la Constitution⁹⁶. Elle estime en effet que l'égalité devant la loi fait à ce point partie intégrante de l'ordre constitutionnel, qu'il faudrait remonter au principe absolu du droit si le principe d'égalité n'était pas devenu un droit inscrit à l'art. 3 de la Constitution⁹⁷. Le principe de l'égalité lie tous les pouvoirs. Le cas du pouvoir législatif est spécialement important. C'est à cette occasion qu'apparaît le relation étroite du principe de l'égalité avec le postulat général de la justice. Dans cette acception, une loi n'est constitutionnelle que si les distinctions qu'elle établit sont conformes au droit positif⁹⁸. Toutes les dispositions de loi nettement abusives, voire arbitraires, sont ainsi interdites. Il va sans dire que cette jurisprudence laisse le champ entièrement libre au contrôle juridique dans l'élaboration des dispositions de loi. L'appréciation du législateur

⁹⁶ Cf Engler, dans *Das Bundesverfassungsgericht*, loc. cit., p. 104.

⁹⁷ BVerfGE 1, 208 (233).

⁹⁸ Cf p. ex. BVerfGE 1, 14 (52); 1, 208 (247); 4, 144 (155); 11, 245 (253); 14, 142 (150) et 221 (238); 17, 122 (130) et 199 (203).

s'inscrit dans les limites marquées par le précepte de la justice.

Dans ce domaine encore, justement, la réserve et la modération de la Cour constitutionnelle fédérale se sont manifestées à nouveau à l'occasion des jugements sur l'opportunité d'une mesure et des appréciations que la vie politique lui a donné l'occasion d'émettre. Dans de nombreux arrêts, la Cour constitutionnelle n'a cessé d'insister sur le fait que la discrétion du législateur ne lèse les principes juridiques que si elle outrepassse ses limites, s'il en est fait un usage abusif ou contraire au sentiment général de la justice⁹⁹. Dans d'autres arrêts, il est dit qu'une disposition de loi ne peut être rejetée que si elle manque évidemment d'objectivité¹⁰⁰. Le Cour constitutionnelle n'a cessé d'interpréter les lois dans le sens de la Constitution; autrement dit, elle n'a pas déclaré une loi inconstitutionnelle aussi longtemps que son libellé peut être interprété d'une façon conforme à la Constitution. De cette façon également, la Cour a contribué à maintenir l'équilibre des forces à l'intérieur de l'Etat démocratique, et en même temps elle a marqué les limites que les principes généraux du droit, et notamment celui de la justice, avec toutes leurs conséquences, assignent à la liberté de l'individu.

En conclusion, il faudrait encore rappeler, au sujet du recours constitutionnel, qu'il ne saurait être fondé sur la violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950¹⁰¹. Cette Convention, il est vrai, a force de droit en matière fédérale¹⁰², et étant couverte par le droit international public elle se trouve protégée contre l'amendement; il ne s'agit cependant pas de dispositions constitutionnelles dont on puisse invoquer la violation devant la Cour constitutionnelle fédérale. Les garanties étendues offertes par la Loi fondamentale ainsi que Dürig le fait observer, protègent toutefois plus sûrement les valeurs humaines¹⁰³ que les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La grande importance reconnue aux droits de l'individu, grâce à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en particulier, montre combien cette observation est exacte¹⁰⁴.

5. Conclusion

La juridiction en matière constitutionnelle a en Allemagne le caractère d'une expérience, dont les événements des dernières années

⁹⁹ Cf à ce sujet BVerfGE 1, 14 (52); 3, 58 (135 s.); 3, 288 (337); 4, 7 (18); 4, 219 (244); 4, 352 (356); 12, 326 (337 s.) et 341 (348); 13, 181 ss.; 14, 13 (17); 15, 167 (201); 17, 210 (216 et 222); 17, 319 (330) et 18, 315 (325).

¹⁰⁰ BVerfGE 12, 326 (333); 18, 121 (124).

¹⁰¹ Cf BVerfGE 10, 271 (274); aussi Friesenhahn, loc. cit., p. 78 s.; Federer, loc. cit., p. 48; Maunz-Dürig, loc. cit., art. 1, No marg. 59; Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, loc. cit., § 90, No marg. 51.

¹⁰² Cf OVG Münster du 25.11.1955, DOEV 1956, 438.

¹⁰³ Maunz-Dürig, loc. cit., No marg. 60.

¹⁰⁴ Détails cf ibid., No marg. 61 ss.

ont largement confirmé la réussite. La Cour constitutionnelle fédérale est devenue un agent d'information et a contribué dans une large mesure, par son autorité et le contenu objectif de ses arrêts, à la reconstruction de l'Etat allemand effondré à la fin de la seconde guerre mondiale. La Cour constitutionnelle fédérale se trouve souvent au centre de rudes tensions entre le droit écrit et le droit subjectif, entre la liberté de la personne individuelle et l'ordre de la collectivité, entre des forces politiques et des décisions juridiques d'une importance fondamentale. Pendant toute son existence, la Cour s'est efforcée de faire disparaître ces tensions, dans un esprit de justice, de respect des droits de l'homme et du principe fondamental de la Primauté du Droit.

LA RHODÉSIE DU SUD ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT

par

LEO S. BARON *

« Nos ennemis tirent pleinement parti du fait que le Gouvernement est résolu à agir dans le cadre des lois constitutionnelles et à respecter la Primauté du Droit . . . ».

Le Ministre de l'ordre public au Parlement de la Rhodésie du Sud, le 10 juin 1965.

Il est devenu banal de répéter qu'une société ne peut prétendre que toutes ses démarches soient pleinement compatibles avec la Primauté du Droit pour la seule raison que son gouvernement obéirait strictement à la loi; encore faut-il que la loi elle-même suffise à « protéger l'individu contre un gouvernement arbitraire et préserver sa dignité d'homme ». Cependant, qu'ils soient ou non juristes, nombreux sont ceux pour qui la Primauté du Droit n'exigerait rien de plus que la stricte légalité pour être respectée. Nous nous proposons donc dans le présent article d'examiner en premier lieu dans sa substance le droit de la Rhodésie du Sud et de mesurer l'étendue de ses insuffisances à l'égard de la Primauté du Droit, soit qu'il omette, soit au contraire qu'il enjoigne ou qu'il autorise.

Un gouvernement peut toujours, cela va sans dire, pallier par son comportement les lacunes d'un système juridique; aussi nous proposons-nous de considérer dans quelle mesure et par quels moyens le Gouvernement de la Rhodésie du Sud y est parvenu.

A. LA SUBSTANCE DU DROIT

En vue de comparer la substance du droit écrit d'un pays et les exigences de la Primauté du Droit, il devrait normalement suffire d'analyser sa Constitution, mais pour ce qui est de la Rhodésie du Sud, l'analyse doit être poussée plus loin à cause de l'article 70, en vertu duquel des lois antérieures incompatibles avec la Déclaration des droits de l'homme ont pu être conservées.

* LL.B. (Londres), avocat à Bulawayo, Rhodésie du Sud.

1. La Constitution de 1961 ¹

La Rhodésie du Sud jouit de l'autonomie interne depuis 1923. A la suite d'une Conférence qui se termina dans les premières semaines de 1961, le pays reçut une nouvelle Constitution aux conditions suivantes: la Grande-Bretagne faisait abandon de presque tous les pouvoirs qu'elle s'était jusques là réservés, la Rhodésie s'engageant, pour sa part, à accélérer son évolution politique et sociale, premier pas vers un régime politique obéissant à la règle de la majorité, qui était le but ultime de cette évolution. D'autre part, la Déclaration des droits, désormais incorporée à la Constitution, devait assurer l'élimination des mesures discriminatoires, l'égalité devant la loi et la protection des droits et des libertés de l'individu.

En fait, cette accélération ne s'est pas produite, du moins dans le sens envisagé. Bien au contraire, le pays s'est résolument engagé dans une toute autre direction. Dès la fin de la Conférence, le Premier Ministre, Sir Edgard Whitehead, interprétait la Constitution comme un texte fondamental ayant pour objet d'assurer que le Gouvernement demeurerait indéfiniment entre les mains des Blancs. Cette volte-face, considérée comme une trahison par les nationalistes africains, fut l'une des principales raisons qui leur firent rejeter la Constitution et refuser de participer aux élections organisées en exécution de ses dispositions. La raison essentielle fut en réalité le maintien des restrictions au droit de vote; les Africains se voyaient attribuer quinze sièges sur une liste B, alors que les conditions imposées à l'immatriculation sur la liste A, qui envoyait cinquante députés à l'Assemblée, demeuraient inchangées et excluaient pour des générations tout espoir de voir instaurer dans le pays la règle de la majorité. Malgré ceci, la formation d'extrême-droite appelée Front rhodésien put exploiter le sentiment de panique qu'inspira la crainte de la majorité pure et simple, et les élections de 1962 lui assurèrent à l'Assemblée une majorité absolue, remportée exclusivement grâce à la liste A et au vote de la population européenne.

On a soutenu que si les nationalistes africains avaient agi différemment, l'attitude du Gouvernement à l'égard de la Constitution et l'application qu'il lui a donnée auraient, elles aussi, été différentes. Même si cela est vrai, cela ne constitue pas un argument. En s'interrogeant sur les qualités et les défauts d'une Constitution, quelle qu'elle soit, il ne suffit pas d'analyser son fonctionnement sous un gouvernement animé de bonnes intentions. En effet, si un gouvernement totalitaire ou mal disposé pour d'autres raisons à l'égard de la Constitution parvient à vider de sa substance cet instrument juridique, et en particulier celles de ses parties qui traitent de la Déclaration

¹ La date fixée pour l'entrée en vigueur de la majorité de ses dispositions a été le 1er novembre 1962.

des droits, c'est que cette Constitution est mauvaise en elle-même. Toutefois, l'échec de la Constitution de 1961 n'est pas seulement dû à ses insuffisances propres. Aucun texte juridique, si bien rédigé soit-il, n'est à l'abri d'une violation. Aussi, dans la mesure où son échec est dû aux actes illégaux du gouvernement, on ne saurait en attribuer la responsabilité ni au personnel politique ni à ceux qui l'ont rédigée. En revanche, dans la mesure où elle est demeurée inefficace parce que le gouvernement a pu en circonvenir les termes ou en violer l'esprit, tout en respectant la lettre de ses dispositions ou de tout autre loi, on peut dire que ses vices lui étaient inhérents.

A la Constitution se trouve incorporée la Déclaration des droits, qui assure en apparence la protection de la plupart des droits de l'homme traditionnellement reconnus, mais non tous, les omissions les plus notables étant, par exemple, le droit à la liberté de déplacement et le droit au travail et au libre choix d'une profession. Toutefois, les protections assurées par la Constitution ont été rendues en grande partie illusoire par l'effet de nombreuses réserves et exceptions soigneusement choisies et fort efficaces. Nous n'allons pas nous livrer ici à une analyse complète de cette Déclaration, mais nous nous arrêterons seulement à certains de ses articles qui méritent un examen particulier:

(1) Maintien en vigueur de lois antérieures – Article 70

Les passages pertinents de cet article sont les suivants:

Aucune disposition d'une loi, aucun acte accompli en vertu d'une loi, ne seront considérés comme incompatibles avec aucune des dispositions des articles 57 à 68², ou réputés contrevenir auxdites dispositions

.....

.....

- b. Si la loi en question était en vigueur immédiatement avant le jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution et a continué d'être en vigueur sans interruption depuis lors; ou
- c. S'agissant d'une loi écrite, dans la mesure où cette loi abroge et remplace une disposition qui était contenue dans une autre loi écrite à une date quelconque, postérieurement au jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution.

Le terme de « Loi » doit s'entendre de « toute disposition contenue dans un instrument ayant force de loi et promulguée en vertu d'un pouvoir conféré par l'Assemblée législative », et aussi de « toute loi non écrite ... à l'exclusion du droit coutumier africain ».

A n'en pas douter, l'article 70 explique à lui seul, mieux que tout autre, pourquoi la Déclaration des droits n'a pas réussi à atteindre les objectifs qu'on pouvait raisonnablement lui prêter, et ici, les hommes d'Etat britanniques doivent se reconnaître pleinement responsables de la situation. On en est réduit aux hypothèses quant au

² Il s'agit des articles où les droits et libertés sont énumérés.

point de savoir quelles assurances ont pu être données à la Grande-Bretagne pour l'amener à introduire un article de ce genre, mais ce qu'il y a de sûr, c'est qu'elle a été amenée à croire qu'avec les avis du Conseil constitutionnel, le recueil des lois tout entier serait passé au crible et débarrassé de tout ce qu'il contiendrait d'incompatible avec la nouvelle Constitution (en fait, dans l'un des premiers projets soumis à la Conférence, il était dit que cette mise à jour se ferait dans un délai de cinq ans). Le recueil des lois contenait déjà des mesures de sécurité extrêmement sévères et totalement incompatibles avec la nouvelle Constitution, et il est difficilement concevable que la Grande-Bretagne ait pu envisager leur maintien dans le droit rhodésien: en effet, on ne rédige pas une charte complète et détaillée des Droits de l'homme pour la réduire à néant, l'instant d'après – ce à quoi aboutit dans une large mesure l'article 70.

L'article 87 ne peut d'ailleurs que confirmer cette opinion. Il a pour effet d'habiliter le Conseil constitutionnel à examiner toute loi ou tout instrument législatif en vigueur au jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution et à « faire rapport à propos de toute Loi ou tout instrument de ce genre qui, à son avis, serait incompatible avec la Déclaration des droits si ladite Déclaration était applicable en l'espèce ». Le Conseil doit adresser ce rapport au Gouverneur et au Président de l'Assemblée législative, et ce dernier est à son tour tenu de soumettre ce rapport à l'Assemblée. Le Conseil constitutionnel ne dispose que de certains pouvoirs limités pour retarder l'adoption des projets de loi, et il est sans pouvoir à l'égard des lois antérieures.³ Toutefois, l'existence même de l'article 87, ainsi que son libellé, montrent bien, semble-t-il, que l'intention du législateur était d'adapter la législation existante à la Déclaration des droits.

Ainsi que nous le verrons plus loin, le pouvoir d'interdire des partis politiques et autres organisations, des réunions publiques, d'empêcher certaines personnes d'assister à des réunions ou d'y prendre la parole, d'interdire certaines publications, existait avant le jour fixé, et c'est à cause de ce pouvoir que la plupart des droits et libertés que la Constitution avait pour tâche de protéger se sont trouvés réduits à fort peu de chose, en particulier le droit à la liberté de la personne, le droit de ne pas être privé arbitrairement de ses biens, la liberté d'expression, et la liberté de réunion et d'association.

(2) *Droit à la liberté de la personne – Article 58*

58 1. Nul ne sera privé de sa liberté personnelle, sauf dans les conditions qui seront autorisées par la loi.

³ Voir paragraphe A. 1 (b) ci-après.

2. Aucune loi ne pourra avoir pour effet de priver une personne de sa liberté, sauf dans les cas énumérés ci-après:
(suit une liste de cas types jusqu'à l'alinéa k).
- k. dans la mesure qui pourrait être nécessaire à l'exécution d'un ordre émis conformément à la loi et assignant la personne en cause à résider dans une région spécifiée de la Rhodésie du Sud ou lui interdisant d'y pénétrer, ou encore dans toute la mesure qui pourrait se révéler nécessaire
 - i. pour instituer à l'encontre de ladite personne une procédure judiciaire ayant trait à l'émission d'un tel ordre; ou
 - ii. pour restreindre la liberté de ladite personne au cours de tout séjour qu'elle est autorisée à faire dans une partie quelconque de la Rhodésie du Sud où, en conséquence d'un tel ordre, sa présence serait illégale si elle n'avait été expressément autorisée.

Il se peut que la véritable signification de l'article 58(2) (k) soit précisée par le Conseil privé à l'occasion d'un procès en appel actuellement en cours. Aussi nous abstiendrons-nous de toute observation à ce sujet. Il paraît toutefois évident que l'alinéa (2) (k) reconnaît à l'Assemblée législative le pouvoir de restreindre la liberté de mouvement en période normale.⁴ Cette interprétation est confirmée par le fait que la Déclaration des droits ne contient pas d'articles traitant expressément de la liberté de mouvement.

(3) Droit de ne pas être privé arbitrairement de ses biens – Article 61

Protection contre l'immixtion arbitraire dans son domicile et contre l'atteinte à la propriété – Article 62

Liberté de conscience – Article 64

Liberté d'expression – Article 65

Liberté de réunion et d'association – Article 66

Ces articles ont reçu la libellé-type, à une exception près. Chacun d'eux contient des alinéas attribuant à l'Assemblée législative le pouvoir d'apporter en période normale des dérogations aux droits et libertés en question, et cela à des fins expressément énoncées (par exemple, l'exercice de « pouvoirs de police »), et reconnaissant aux tribunaux le droit de se saisir de toute affaire où une loi de ce genre serait attaquée. L'article 66 (3), par exemple, dispose ce qui suit:

Si, dans une instance ..., une attestation écrite signée du Ministre est présentée au Tribunal, aux termes de laquelle le Ministre estime que la loi en cause est nécessaire pour les motifs ... exposés dans son attestation ..., ladite loi ... sera alors considérée comme nécessaire, sauf

⁴ L'usage qui a été fait de ce pouvoir est analysé ci-après au paragraphe B. 1 (1).

si le tribunal, après avoir entendu le demandeur, juge que, dans une société qui professe un respect convenable pour les droits et les libertés de l'individu, le caractère nécessaire de ladite loi, tel qu'il ressort de l'exposé des motifs figurant dans l'attestation, ... ne peut raisonnablement être accepté sans que des preuves convenables aient été présentées au tribunal.

La protection assurée par ce pouvoir de revision attribué à l'autorité judiciaire est d'une valeur discutable. En effet, la procédure est nécessairement lente et onéreuse, puisqu'elle se déroule en deux temps. En un premier temps, le tribunal doit dire si le demandeur a subi une entrave dans la jouissance de ses droits et, dans l'affirmative (et après que le Ministre a déposé une attestation), s'il lui faut exiger une preuve convaincante de la nécessité de ladite loi. Si le tribunal donne satisfaction au demandeur sur ces deux points, il rend un jugement provisoire, enjoignant au Ministre d'exposer les raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu d'invalidier la loi. En un deuxième temps⁵, il statue sur la question terminale de savoir si les raisons avancées par le Ministre sont probantes.

Lenteurs et frais mis à part, de telles dispositions sont difficilement compatibles avec le respect de la Primauté du Droit. En effet, même si, en théorie, le Tribunal a le pouvoir de substituer son propre jugement à celui du Ministre, dans la pratique, l'individu a toutes chances de se voir définitivement débouté, face à la prérogative ministérielle. Il est bien évident qu'en exposant les motifs qui rendent la loi nécessaire, le Ministre définirait les conditions sociales et politiques qui, à son avis, en sont à l'origine. Si l'avis du Ministre est de nature à surprendre un homme disposant de sources d'informations suffisantes sans doute, mais nullement exceptionnelles, le Ministre devrait alors, pour convaincre le tribunal, soit énoncer en détail les informations sur lesquelles repose son opinion, soit déclarer que sa conviction est sincère et repose sur des renseignements dont il ne peut divulguer ni la nature ni les sources, et ce dans l'intérêt général de la sécurité.

Il est de la nature des choses, et ce d'autant plus que l'on n'irait sans doute jusqu'au deuxième temps de l'enquête que si les circonstances en question n'étaient pas connues des personnes disposant de sources d'informations suffisantes, que le Ministre opte pour la deuxième des possibilités qui lui sont offertes et que nous avons mentionnées au paragraphe précédent. Devant une telle déclaration, il est virtuellement impossible de contester l'exercice de la prérogative ministérielle; or, peut-on croire que le libellé de cet article donne à un tribunal une plus grande liberté d'appréciation?

Cette procédure appelle une autre objection, qui se fonde sur la portée extraordinairement vaste de la disposition en question. Elle

⁵ *Maluleke contre Minister of Law and Order* (1963(4)), S.A.L.R. 206 et 209.

aboutit à une situation désagréable et, à tout prendre, fort peu souhaitable. On ne peut douter que les organes judiciaires soient mieux qualifiés que les organes législatifs pour se prononcer sur le caractère d'une société « qui professe un respect convenable pour les droits et les libertés de l'individu ». Mais, pour pouvoir exercer pleinement ce pouvoir de jugement, les organes judiciaires doivent faire usage de leur propre discrétion, aux lieu et place de celle de l'Assemblée législative, et cela pour des raisons politiques. Quel que soit le jugement rendu, il ne pourra manquer d'être mal accueilli par le groupe de la collectivité qui, à tort ou à raison, sera convaincu que le jugement s'est inspiré de considérations politiques. Or une telle conviction compromettrait inévitablement l'idée que l'on se fait de l'impartialité des juges.

(4) Protection contre la discrimination – Article 67

Dans son paragraphe 4, cet article apporte de telles restrictions à la protection contre la discrimination qu'il lui enlève toute valeur. Non seulement les lois antérieures de caractère discriminatoire sont conservées en vertu de l'article 70, mais, en vertu de la réserve introduite par ce paragraphe, il est possible de promulguer de nouvelles lois, à condition que leur caractère discriminatoire ne soit pas plus accusé que celui des lois antérieures. Or, étant donné le caractère des lois existant au jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution, une telle restriction ne devrait causer de souci à personne, même dans les milieux les plus extrémistes.

(5) Périodes d'exception – Article 69

Il arrive que de graves atteintes soient portées aux libertés de l'individu pendant des périodes d'exception; c'est là un mal nécessaire.⁶ Encore faut-il, pour que la Primauté du Droit soit respectée, qu'il s'agisse vraiment d'un état d'exception et non d'une simple tentative pour tourner les obstacles que rencontrerait le gouvernement en temps normal s'il voulait porter atteinte aux droits et libertés consacrés de l'individu. Lorsqu'une Constitution permet au gouvernement de définir à son gré les circonstances qui créent un état d'exception⁷, les droits de l'individu risquent à tout coup d'être écrasés. Aussi, lorsqu'une disposition donne naissance à des pouvoirs

⁶ On comprend mal, cependant, pourquoi on a estimé nécessaire de suspendre, pendant la durée d'une période d'exception, la liberté de conscience et de religion (Article 64).

⁷ Pour définir un état d'exception, au sens de l'article 72 (2) on s'est contenté de spécifier que la période d'exception initiale (qui ne doit pas dépasser trois mois) doit faire l'objet d'un rapport à l'Assemblée législative, ladite période ne pouvant être prolongée qu'en exécution d'une résolution de l'Assemblée.

de ce genre, convient-il tout particulièrement d'en analyser l'efficacité en partant de l'hypothèse que le Gouvernement est animé d'intentions hostiles. On a déclaré à plusieurs reprises que la Primauté du Droit ne pouvait se concevoir dans aucun pays, à moins que ces pouvoirs ne se trouvent limités, par exemple par l'énoncé des conditions qui permettent de proclamer un état d'exception.

Etant donné la situation qui règne en Rhodésie, il ne sera pas nécessaire d'examiner de trop près les difficultés que soulèverait une définition de caractère universel.⁸ Le pouvoir discrétionnaire que la Constitution a conféré à l'Assemblée législative demeure, en dépit de tous les efforts, incompatible avec la Primauté du Droit, et ceci est particulièrement vrai lorsque la structure économique et les lois électorales concentrent en fait tous les pouvoirs législatifs entre les mains d'une minorité raciale. Il est parfaitement vain, dans ces conditions, de prescrire qu'il sera fait rapport à l'Assemblée législative et que celle-ci aura seule le pouvoir de prolonger la période d'exception.⁹

Il convient d'évoquer ici trois caractéristiques de l'utilisation qui a été donnée aux pouvoirs étendus conférés par l'article 69. Nous parlerons plus loin de la loi sur les pouvoirs exceptionnels¹⁰; elle permet de déclarer un état d'exception, soit lorsqu'une situation « menace de se produire à bref délai », soit seulement dans certaines localités, et elle autorise l'internement par mesure administrative. C'est ainsi que l'état d'exception a été proclamé dans des régions excentriques et faiblement peuplées où régnait un calme à peu près complet; le Ministre de l'ordre public a déclaré sans ambages¹¹ que « la violence et l'intimidation ne se manifestaient en ce moment que de façon insignifiante, mais que le danger et la menace véritables se trouvaient dans les préparatifs poussés par les quelques principaux chefs se trouvant dans les régions touchées par la proclamation ».

Plusieurs personnes ont été internées à la suite de la proclamation d'un état d'exception.¹² A cet égard, l'extrait suivant de la déclaration du Ministre est particulièrement révélateur¹³: « Il est cependant un aspect particulièrement important de l'état d'exception

⁸ Il faut admettre, par exemple, qu'une violente opposition interne à l'autorité constituée peut prendre des proportions qui justifieraient des mesures exceptionnelles; or, à partir de quand un mouvement insurrectionnel de ce genre fait-il peser une menace sur la vie de la nation, à supposer que ce soit jamais le cas? Au contraire, une telle opposition devrait-elle être définie comme une sorte de « situation d'exception de moindre gravité »?

⁹ Surtout si l'opposition ne parvient pas à empêcher l'adoption de la loi portant amendement à la loi sur l'internement administratif. Voir paragraphes A. 2 (3) et B. 1 (2) ci-après.

¹⁰ Paragraphe A. 2 (3) ci-après.

¹¹ Hansard, 10 juin, Col. 26.

¹² Voir paragraphe B. 3 (1) ci-après.

¹³ Hansard 10 juin, Col. 25.

auquel doivent toujours penser ceux qui ont la charge de préserver l'ordre public: ce sont les pouvoirs qui permettent en pareille circonstance de frapper d'internement toute personne qui, de l'avis du Ministre, doit être arrêtée ou internée dans l'intérêt général ».

Il ne sera peut-être pas hors de propos d'estimer ici que les pouvoirs de l'Assemblée et du Gouvernement pourraient être limités, selon qu'il s'agit d'une menace pesant sur l'ensemble de la nation ou d'une agitation se produisant dans de petits groupes. Pour établir une telle définition, il faudrait pouvoir distinguer les degrés dans les « situations d'exception », en tenant compte de la mesure par laquelle il peut être permis de porter atteinte aux droits de l'homme. Une telle restriction contribuerait notablement à assurer que le Gouvernement ne ferait usage de ses pouvoirs extrêmes que dans des circonstances elles-mêmes extrêmes, et que la suspension complète des droits consacrés – et, en particulier, du droit à la liberté de la personne – ne serait autorisée qu'en cas de situation d'exception d'importance vraiment nationale et non pour une simple insurrection de caractère local.

(6) *Pouvoirs et attributions du Conseil constitutionnel – Articles 83 à 87*

Selon une opinion largement répandue, le Conseil constitutionnel, organe multiracial chargé de veiller sur la Constitution, agirait à la manière d'un frein très efficace sur l'Assemblée législative. A y regarder de plus près cependant, on constate ici encore que la protection est tout à fait illusoire.

Aussitôt après qu'un projet de loi a été examiné en dernière lecture, il est transmis au Conseil constitutionnel, lequel doit déclarer dans un délai de trente jours si l'une ou l'autre de ses dispositions sont incompatibles avec la Déclaration des droits; si tel est le cas, mais si le projet est assuré de la protection de l'article 70, le Conseil constitutionnel en fait la constatation dans son rapport. Ce dernier n'a cependant pas pour effet de condamner le projet au sens de l'article 71 (6) (qui a trait au règlement des frais des procès faisant jurisprudence). Une disposition ayant fait l'objet d'un rapport défavorable du Conseil peut être adoptée immédiatement par l'Assemblée, à la majorité des deux tiers, et c'est seulement faute pour une telle majorité d'être réunie que le projet ne peut être présenté à nouveau avant six mois.¹⁴

¹⁴ Le Conseil constitutionnel a fait un rapport défavorable sur le projet portant amendement à la loi qui instituait les dispositions de caractère provisoire en matière d'internement administratif, et ce à un moment où le Gouvernement ne disposait pas d'une majorité des deux tiers à l'Assemblée législative. L'opposition ne se manifesta pas et la majorité requise fut obtenue sans difficulté. Voir aussi B. 1 (2) ci-après.

Toutefois, même ces pouvoirs très limités peuvent être balayés par le Premier Ministre, quels que soient les désirs de sa majorité. En vertu de l'article 85 (1), en effet:

Si, lorsqu'un projet de loi a été examiné en dernière lecture par l'Assemblée législative et n'a pas encore été soumis au Conseil constitutionnel ..., le Premier Ministre certifie qu'il présente un caractère d'urgence tel ... qu'il serait contraire à l'intérêt public de retarder sa promulgation ..., le Gouvernement pourra légitimement lui donner son assentiment immédiat.

Le seul pouvoir réel dont dispose le Conseil constitutionnel est d'assurer le paiement des frais de justice de tout procès qui, à son avis, « par ses caractéristiques, fait jurisprudence lorsqu'il s'agit de juger de la validité » de la loi ou de la disposition en cause.¹⁵ Le mandat de paiement nécessaire ne sera émis que si le Conseil a donné un avis favorable sur les mesures examinées.

* * * *

Il est manifeste que la Déclaration des droits, pour qui évalue objectivement son efficacité lorsqu'il s'agit de prévenir les abus et l'arbitraire du pouvoir législatif à l'égard des droits et libertés de la personne, est bien loin de satisfaire aux exigences de la Primauté du Droit. Il est toutefois impossible d'apprécier pleinement ces insuffisances sans avoir analysé les lois antérieures maintenues en vigueur grâce à l'article 70.

2. Autres lois

Dans l'ensemble, l'Assemblée législative n'a pas estimé nécessaire d'adopter de nouvelles lois; à l'exception de certains amendements apportés à la loi existante et qui ont rendu les pouvoirs de l'Etat plus draconiens encore qu'auparavant, les trois lois que nous allons maintenant examiner existaient déjà au jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution. Nous bornerons notre analyse aux lois sur la sûreté de l'Etat¹⁶; par souci de brièveté, nous avons laissé de côté les lois de caractère discriminatoire.

¹⁵ Article 71 (6).

¹⁶ Il serait particulièrement révélateur, encore qu'étranger à notre sujet, de faire l'historique des lois sur la sûreté de l'Etat en Rhodésie du Sud et de mesurer les empiètements toujours plus importants qu'ont subi peu à peu les libertés individuelles depuis quelques années. Il est particulièrement décourageant de lire certains discours prononcés au Parlement pour exprimer l'opposition à l'égard de tel ou tel projet de loi, puis de les comparer à l'attitude des députés d'aujourd'hui - laquelle ne fait d'ailleurs que refléter celle de leurs électeurs.

(1) Loi sur les organisations illégales (15 mai 1959)

Dans son article 3, cette loi donne au Gouverneur ¹⁷ le pouvoir de déclarer illégale toute organisation s'il lui paraît:

- a. que l'activité de cette organisation ou de l'importe lequel de ses membres
 - i. est de nature à porter atteinte à la sécurité publique, à troubler ou à compromettre l'ordre public ou à menacer la tranquillité ou la sûreté de la Rhodésie du Sud; ou
 - ii. fait courir un danger à la paix, à l'ordre public ou au Gouvernement constitutionnel, ou les menace;
 - iii. est de nature à susciter des sentiments de mésestime parmi les habitants de la Rhodésie du Sud ou de promouvoir des sentiments d'inimitié ou d'hostilité entre les diverses races de sa population ou à l'intérieur de ces races; ou
- b. que cette organisation est dominée par une autre organisation, quelle qu'elle soit, qui a son siège en dehors de la Rhodésie du Sud, dont le nom est mentionné ou qui est décrite en termes expresse ou généraux à la deuxième partie de la Liste, ou qu'elle lui est affiliée, participe à son activité, et se consacre à promouvoir ses objectifs ou à propager ses opinions.

L'alinéa b) est particulièrement intéressant et on rencontre les organisations suivantes dans la deuxième partie de la « Liste »:

Fédération syndicale mondiale
Conseil mondial de la Paix
Fédération mondiale de la Jeunesse démocratique
Fédération démocratique internationale des femmes
Union internationale des étudiants
Congrès national africain de l'Union Sud-Africaine.

En vertu de l'article 6, le Gouvernement est habilité à ordonner que toute personne qui a été responsable ou dirigeant d'une organisation déclarée illégale par application de l'article 3:

- a. se démette, dans les délais qui seront spécifiés dans l'avis, de sa charge de responsable, de dirigeant ou de sa qualité de membre de cette organisation, ou du genre d'organisation spécifié dans l'avis;
- b. s'abstienne d'accepter aucun poste de dirigeant ou de responsable, ou de devenir membre de toute organisation ou de tout genre d'organisation spécifié dans l'avis, et ce pendant une période également spécifiée dans l'avis et qui ne pourra dépasser trois ans.

L'article 8 confère aux membres de la police des pouvoirs très étendus en matière d'accès dans les habitations et de perquisition; ils peuvent notamment en user sans mandat s'ils « ont de bonnes raisons de croire que le temps passé à attendre la délivrance d'un mandat en vertu dudit article rendrait la perquisition sans objet ».

¹⁷ C'est-à-dire le Gouverneur en son Conseil.

Nous analysons le détail de l'article 9 au paragraphe B.2 (2) ci-après.

L'article 11 a pour effet de consacrer par la loi un certain nombre de présomptions. Une personne peut, « jusqu'à preuve du contraire », être présumée appartenir à une organisation illégale si elle assiste à une réunion de cette organisation ou si des livres ou des documents, des insignes, etc., sont trouvés en sa possession ou sous sa garde. Les dispositions de ce genre, et plus particulièrement celles qui font retomber sur l'accusé le fardeau de la preuve, sont caractéristique des amendements sur la sécurité qui ont été adoptés au cours de ces dernières années.

L'article 13 dispose que, si le Ministre « a certifié qu'à son avis, la procédure judiciaire dont pourra faire l'objet devant un tribunal une espèce se rapportant directement à la présente loi, devrait se dérouler à huis clos, le tribunal pourra ordonner le huis clos ».

(2) Loi du 2 décembre 1960 sur le maintien de l'ordre public

L'article 4 de cette loi est libellé comme suit:

afin de dissiper toute équivoque quant à la loi existante, il est précisé ce qui suit:

- a. que la liberté communément dénommée « liberté de réunion » ne confère à aucun individu le droit de se trouver en un lieu situé sur un territoire appartenant à la Couronne, à une municipalité ou à tout autre personne, ou qui leur est dévolu;
- b.

Cette disposition est loin d'être inoffensive, puisque dans les zones africaines urbaines, les salles de réunion, terrains de jeux et autres lieux similaires que l'on pourrait s'attendre à voir utiliser comme lieux de rassemblement appartiennent soit à des municipalités, soit à une autre entité, telle que les Chemins de fer de Rhodésie ou les Charbonnages de Wankie.

Le Titre I de la loi traite des cortèges, rassemblements et réunions. En son article 6, la loi dispose que les cortèges sur la voie publique seront soumis à la réglementation d'une autorité (qui sera généralement un fonctionnaire supérieur de la police de la région). Le libellé de l'alinéa 2 est particulièrement intéressant; il fait obligation à toute personne désireuse d'organiser un cortège d'en demander l'autorisation à l'autorité responsable; « et si cette dernière est convaincue que ce cortège ne semble pas devoir porter atteinte à la tranquillité publique ou occasionner ou provoquer de désordre, elle délivre, sous réserve des dispositions de l'article 10, une autorisation » dans laquelle seront notamment stipulées toutes les conditions qui lui paraissent nécessaires. Il est manifeste que la manière

dont cet article est rédigé confère à l'autorité responsable une liberté de décision pratiquement illimitée en la matière.

L'article 7 a été amendé depuis le jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution et il n'a pas été considéré comme protégé par l'article 70 de la Constitution.¹⁸ Il a pour effet d'interdire toute réunion publique le dimanche ou les jours fériés, sauf si ces réunions appartiennent à une catégorie définie à la liste No 1 annexée à la loi ou à une autre catégorie faisant l'objet d'une autorisation ministérielle spéciale. En vertu de la liste No 1, échappent aux dispositions de l'article 7 un grand nombre de réunions ayant des buts religieux ou éducatifs, se proposant de distraire, de créer des liens d'amitié ou ayant trait à des activités agricoles ou industrielles, (et notamment les réunions organisées par des syndicats reconnus et à des fins purement syndicales), mais sont et demeurent interdites toutes réunions de caractère politique. C'est ainsi que les agriculteurs peuvent se réunir « à des fins non politiques »; que les déjeuners, dîners ou bals organisés par des cercles, associations ou organisations « dépourvus de tout caractère politique » sont autorisés, alors que ces dérogations ne s'appliquent pas à des réunions organisés par des cercles, associations ou organisations, « qui ont un caractère politique et au sein desquels les débats aussi bien que les questions traitées elles-mêmes ont un caractère politique »

En vertu des articles 8, 10 et 11, les commissaires de district et les autorités responsables disposent de pouvoirs très étendus pour interdire ou pour surveiller les réunions publiques et les cortèges sur la voie publique. Quant aux articles 12 et 13, ils confèrent au Ministre des pouvoirs du même genre, plus grands encore, lui permettant notamment d'interdire à telle personne d'assister à des réunions.

L'article 17 habilite tout fonctionnaire de la police « en vue d'assurer pleinement l'exercice de ses pouvoirs de prévention, ainsi que l'exécution de ses devoirs de prévention », à interdire à toute personne à une réunion d'y prendre la parole, d'entrer et de demeurer dans tous locaux, y compris des locaux de caractère privé où trois personnes ou plus se trouvent rassemblées, « s'il peut raisonnablement estimer qu'il pourrait en résulter une atteinte à l'ordre public, ou qu'une déclaration séditeuse ou subversive pourrait y être faite ». Il ne faut pas entendre par « locaux » au sens de cet article, ceux qui servent à la résidence de particuliers; en revanche, l'expression « locaux de caractère privé » doit s'entendre de tous locaux auxquels le public n'a accès (à titre onéreux ou gracieux) qu'avec l'autorisation du propriétaire, de l'occupant ou du locataire. C'est en vertu de cet article que la police a fait irruption dans une réunion de l'organe

¹⁸ Voir l'affaire Maluleke, paragraphe B. 3 (2) ci-après.

directeur d'un parti politique africain qui se tenait dans des « locaux de caractère privé ». La police ayant refusé de quitter les lieux, les membres de ce Comité durent se réfugier dans une maison particulière.

Le Titre II de la loi est consacré aux publications imprimées. En vertu de l'article 18, si le Gouverneur estime que « l'impression, la publication, la diffusion ou la possession de toute publication ou série de publications pourrait porter préjudice à la sûreté ou à la sécurité publiques », il peut interdire cette publication par décret. S'il s'agit d'un journal qui était immatriculé en tant que tel à la date du 2 décembre 1960, le Gouvernement ne peut prendre d'arrêté de ce genre qu'après y avoir été autorisé par une résolution de l'Assemblée législative.¹⁹

En vertu de l'article 20, le Ministre des Postes ou tel de ses collaborateurs désigné par lui, tout fonctionnaire des douanes ou toute autre personne autorisée par le Ministre peut retenir, ouvrir et examiner tout paquet ou article « qu'il soupçonne contenir une publication interdite ou un extrait d'une telle publication ».

Par le Titre III de la loi (articles 21 à 48) sont créées de très nombreuses infractions, pour la plupart desquelles le fardeau de la preuve retombe sur l'accusé. Ces dispositions ont ensemble des effets très étendus, et les peines prévues sont sévères. En bien des cas, il n'est pas prévu d'option pour une amende, et ailleurs la peine minimum est la seule qui soit prévue. Nous n'examinerons cependant ici que quelques-unes de ces infractions, et d'abord celles qui résultent de l'article 26:

Quiconque commet l'un des actes ci-après, sans pouvoir apporter la preuve qu'il avait pour ce faire une raison admise par la loi:

- a.
 - b. suivre constamment un tiers d'un lieu dans un autre;
 - c.
 - d. agir ou se comporter d'une façon susceptible de contraindre ou d'amener un tiers à agir ainsi qu'il aurait légalement le droit de ne pas le faire;
 - e. agir ou se comporter d'une façon susceptible de contraindre ou d'amener un tiers à ne pas agir ainsi qu'il aurait légalement le droit de le faire;
 - f. exiger d'un tiers qu'il adhère ou s'abstienne d'adhérer à un parti ou à une organisation politique donnés, ou s'efforcer de contraindre un tiers à le faire;
 - g. exiger d'un tiers qu'il lui présente un document, un insigne ou tout autre objet montrant que cette tierce personne est membre d'un parti ou d'une organisation politique quelconque²⁰;
- se rendra coupable d'une infraction et sera passible d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximum de dix ans.

¹⁹ Voir l'affaire de l'*African Daily News*, paragraphe B. 2 (1) ci-après.

²⁰ Ici encore, on note l'insistance avec laquelle la loi retient les activités de caractère politique.

Selon les alinéas d) et e) ci-dessus, c'est commettre une infraction que d'inviter quiconque à accomplir un acte qui n'est nullement obligatoire (venir prendre le thé, par exemple), si cette invitation s'accompagne d'un élément d'intimidation ou de violences illégales; si, d'autre part, l'infraction est commise pour des « raisons politiques », la peine est de trois ans d'emprisonnement au moins.²¹ Ces dispositions ont eu des résultats parfois navrants. C'est ainsi qu'une femme a été condamnée à la peine minimum pour avoir, dans une brasserie, renversé d'un coup de pied les chopes d'autres consommateurs, en s'écriant: « Ce n'est pas comme cela qu'on boit de la bière ». (Le procès de Joshua Nkomo se déroulait à la même époque).

Il vaut la peine de citer intégralement le texte de l'article 32:

Quiconque fera usage d'une épithète injurieuse, déplaisante ou sarcastique à l'égard d'une tierce personne, afin d'exprimer son sentiment, lorsque cette tierce personne

- a. a entrepris, poursuivi, repris ou cessé un travail pour un employeur, quel qu'il soit; ou
- b. a accepté de servir dans la police supplétive ou dans un département ministériel;

se rendra coupable d'une infraction et sera passible d'une amende de 100 £ au plus ou d'une peine de prison d'un an au plus.

En vertu de l'article 34, quiconque, lors d'une réunion publique, « provoque du tapage afin d'empêcher directement ou indirectement les participants à cette réunion de traiter les questions inscrites à leur ordre du jour », commet une infraction et se rend passible de 100 £ d'amende ou d'un an de prison.

Les articles 39 et 41 traitent respectivement de l'autorité dévolue à la police et des actes visant à saper l'autorité des pouvoirs publics. C'est ainsi que toute parole ou tout acte susceptibles d'exposer un membre de la police ou la police elle-même, ou l'une ou l'autre de ses sections, au mépris, au ridicule ou à la mésentente, constitue une infraction; des dispositions analogues sanctionnent ce comportement lorsqu'il s'exerce à l'égard de tout fonctionnaire ou d'une catégorie quelconque de fonctionnaires. En vertu de l'article 39, un homme qui, dans un discours, avait traité de « petits garçons » les policiers présents, fut condamné à quatre mois de prison. Sa condamnation fut confirmée en appel, mais il bénéficia du sursis.²²

L'article 44, qui traite des publications et des déclarations subversives, a beaucoup contribué à restreindre la liberté de parole. Il contient huit définitions différentes de la déclaration subversive, parmi lesquelles deux ont permis d'exercer des poursuites à l'égard

²¹ Article 59.

²² L'article 39 ne prévoit pas de peine d'amende au choix.

de nombreux nationalistes africains; ce sont les suivantes:

toute déclaration susceptible

- i.
- ii. de susciter la désaffection à l'encontre ... du Gouvernement ou de la Constitution de la Rhodésie du Sud ... ou de l'administration de la justice dans ce pays;
....
- v. d'engendrer ou de promouvoir un sentiment d'hostilité à l'égard de tout groupe, section ou classe appartenant à la collectivité nationale ou vivant en son sein, de l'exposer au mépris, au ridicule ou à la mésestime pour des motifs de race, de religion ou de couleur;
....

L'alinéa 2 de cet article contient une définition des infractions, ainsi qu'une réserve en vertu de laquelle l'accusé ne pourra être condamné s'il convainc le tribunal que sa déclaration a été faite de bonne foi et dans l'intention

- i. de montrer que le Gouvernement a été induit en erreur ou qu'il s'est trompé lorsqu'il a pris une mesure quelconque; ou
- ii. d'appeler l'attention du public sur des erreurs ou des déficiences existant dans les systèmes du Gouvernement, dans la constitution ou dans l'administration de la justice, afin de réformer ces erreurs ou ces défauts; ou
- iii. d'insister auprès d'une personne quelle qu'elle soit pour qu'elle s'efforce de faire modifier par des moyens légaux toute disposition de loi,

et que ladite déclaration a été faite de bonne foi, en des termes raisonnables, décents et respectueux, et sans imputer à quiconque de mobile cupide ou déshonnête.

Il était donc des plus malaisés, pour un homme politique africain, de critiquer le Gouvernement en public sans tomber sous le coup de cet article. En effet, la distinction entre parti au pouvoir et gouvernement en tant qu'entité abstraite lui aurait vraisemblablement échappé; il était difficile aussi de ne faire aucune mention des « Blancs » en parlant de la Rhodésie, et des mentions de ce genre auraient fréquemment été sanctionnées par des condamnations, à moins que le tribunal ait jugé que c'était le parti au pouvoir qui était visé; enfin, toute intempérance verbale aurait enlevé à l'orateur la protection que lui offrait le dernier membre de phrase.

Pour un grand nombre d'infractions définies dans cette partie de la loi, il n'est pas prévu de mise en liberté sous caution tant que la procédure d'appel est en cours, et le Code de procédure pénale contient une disposition générale aux termes de laquelle ni un accusé ni un condamné qui a fait appel ne peuvent être libérés sous caution « si l'Attorney General atteste que la sécurité publique s'en trouverait probablement compromise ».

On trouve au Titre IV des dispositions de toute sorte, et notamment l'article 50 qui a permis d'assigner de nombreuses personnes

à résidence dans diverses régions du pays. Dans sa forme originale, cet article était rédigé comme suit:

1. Si à un moment quelconque, il apparaît au Ministre que le maintien de l'ordre public dans toute partie de la Rhodésie du Sud l'exige, il pourra ... ordonner à tout individu de se conformer à l'une des mesures énumérées à l'alinéa 2 ci-dessous, ou à toutes ces mesures à la fois.
2. En vertu de l'alinéa 1 ci-dessus, il peut être ordonné à tout individu de se conformer à l'une des mesures suivantes, ou à toutes ces mesures à la fois:
 - a. sauf dans la mesure où il y sera autorisé par l'ordre dont il fait l'objet, ou par une permission écrite délivrée par le Ministre, l'individu en cause ne devra pas se trouver dans la région de la Rhodésie du Sud qui lui sera notifiée et ce, pendant toute la durée spécifiée, laquelle ne pourra excéder trois mois;
 - b. sauf dans la mesure où il y sera autorisé par l'ordre dont il a fait l'objet, ou par une permission écrite délivrée par le Ministre, l'individu en cause devra demeurer dans la région de la Rhodésie du Sud qui lui sera notifiée et ce, pendant toute la période spécifiée, laquelle ne pourra excéder trois mois;
 - c. L'individu en cause devra faire connaître ses déplacements à l'autorité qui lui sera indiquée, de la façon, aux dates et pendant la période qui seront spécifiées; ladite période ne pourra toutefois excéder trois mois.
3. Une mesure conforme aux dispositions du paragraphe a. de l'alinéa 2 peut être prise à l'égard de tout individu qui se trouve hors de la région spécifiée.
4.
5.
6. Toute mesure prise en vertu du présent article entre en vigueur des le moment où elle aura été notifiée à l'individu qui en fait l'objet; lorsque ledit individu, lors de cette notification,
 - a. s'il s'agit d'une mesure mentionnée au paragraphe a) de l'alinéa 2) ci-dessus, se trouve à l'intérieur de la région spécifiée dans ladite mesure; il pourra en être éloigné; ou
 - b. s'il s'agit d'une mesure mentionnée au paragraphe b) de l'alinéa 2) ci-dessus, se trouve hors de la région spécifiée dans ladite mesure, il pourra y être conduit, dans l'un et l'autre cas, par un membre de la police.

Au cours de son transfert, il sera considéré comme étant appréhendé conformément à la loi.

Le mandat décerné contre l'individu en cause contiendra une déclaration l'informant qu'il lui est loisible de faire objection et d'adresser des représentations au Ministre dans les sept jours qui suivront la notification de la mesure dont il fait l'objet. Si les représentations écrites sont reçues dans les sept jours qui suivent la notification de ladite mesure, le Ministre les examinera et révoquera ladite mesure ou fera connaître à l'individu qui en fait l'objet son refus de la révoquer.

7.
8.

L'article ci-dessus a pris effet quelques semaines avant le jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution. Peut-être n'y a-t-il

là qu'une simple coïncidence, mais il se peut aussi que l'Assemblée législative ait craint que cet article ne fût incompatible avec la Déclaration des droits, (laquelle était naturellement déjà connue). Lorsque la Constitution fut entrée en vigueur, la durée de la période fut portée (en vertu de la Loi No 12 de 1964) de trois mois à un an, et c'est dans cette forme amendée que l'article 50 fut, pour la première fois, invoqué pour restreindre la liberté de mouvement d'un citoyen.²³ A la suite d'un jugement de la Cour d'Appel déclarant caduque la Loi sur l'internement administratif²⁴, un nouvel amendement fut adopté portant la durée de la période d'un an à cinq ans. On constatera que l'article ne fait aucune mention de la restriction à la liberté de mouvement. L'expression a été utilisée dans les jugements pour des raisons de commodité, et c'est ainsi que nous l'utilisons nous-mêmes.

L'interprétation qu'il convient de donner à cet article, la question de savoir s'il est compatible avec la Déclaration des Droits et, en particulier, avec son article 58 (2) (k), et si en portant la durée de la période de trois mois à un an, on a essentiellement modifié l'article, sont autant de questions qui seront prochainement débattues devant le Conseil privé; il serait donc inconvenant d'en discuter ici. Nous pouvons dire cependant que, quelle que soit l'interprétation donnée à cet article et à l'article 58 (2) (k), les droits fondamentaux de l'individu subissent ici une atteinte profonde.

Par l'article 56, la police se voit attribuer de larges pouvoirs de fouille et de saisie:

1. Un membre de la police peut interpellier et, sans être muni de mandat à cet effet,
 - a. fouiller toute personne ou tout véhicule entrant dans la Rhodésie du Sud ou en sortant et toute personne se trouvant à bord dudit véhicule;
 - b. saisir tout objet dont il a de sérieuses raisons de croire qu'il constitue un élément de preuve pour une infraction commise contre une loi quelconque.
2.
3. Si le Gouverneur estime qu'il y va de l'intérêt de la sécurité publique, il peut déclarer, par un avis publié au Journal Officiel, que pendant toute la période spécifiée dans ledit avis, les membres de la police pourront, sans être munis de mandat à cet effet, faire usage des pouvoirs qui leur sont conférés en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus, à l'égard de tout véhicule circulant en un endroit quelconque du territoire de la Rhodésie du Sud et de toute personne se trouvant à bord de ce véhicule.

La déclaration du Gouverneur sera immédiatement exécutoire.

La déclaration prévue à l'alinéa 3) a été effectivement faite et, d'autre part, les dispositions de l'alinéa 1) sont en vigueur depuis

²³ Voir la première affaire de ce genre, paragraphe B. 1 (1) ci-après.

²⁴ Voir ci-après paragraphe B. 1 (2).

assez longtemps pour toutes les personnes et tous les véhicules qui se trouvent sur le territoire de la Rhodésie du Sud, et non seulement pour les personnes ou les véhicules qui y pénètrent ou en sortent.

(3) Loi du 2 décembre 1960 sur les pouvoirs d'exception

Cette loi a été adoptée le même jour que la Loi sur le maintien de l'ordre public. Son article 3 dispose ce qui suit:

1. Si, à un moment quelconque, le Gouverneur constate que des individus, ou un groupe d'individus, commettent ou menacent de commettre sans délai des actes d'une nature et d'une importance telles qu'il en résultera probablement
 - a. un danger pour la sécurité publique;
 - b. des désordres ou toute autre atteinte à l'ordre public; ou
 - c. une gêne dans l'exploitation d'un service public essentiel;sur le territoire de la Rhodésie du Sud, dans n'importe laquelle de ses parties, il pourra, par voie de proclamation (désignée ci-après sous le nom de «Proclamation de l'état d'exception»), déclarer qu'il existe un état d'exception dans la Rhodésie du Sud ou dans n'importe laquelle de ses parties.
2. Une telle proclamation ne pourra demeurer en vigueur pendant plus de trois mois. Une autre proclamation pourra toutefois être faite à l'expiration de cette période ou avant même son expiration, si l'Assemblée législative en décide ainsi dans une résolution.
3.

En vertu de l'article 4, le Gouverneur est habilité à prendre tous règlements qui lui paraîtraient nécessaires ou utiles, et conformément à l'alinéa 2), ces règlements peuvent notamment prescrire « l'arrestation ou l'internement sans mandat de tout individu dont l'arrestation ou l'internement, de l'avis du Gouverneur, est conforme à l'intérêt public ».

* * * *

Il est donc évident que dans sa substance, le droit écrit, considéré dans son ensemble, autorise les plus graves atteintes à chacun des droits fondamentaux de l'individu. Reste à examiner l'usage que le Gouvernement a fait de ces pouvoirs.

B. ACTES DU POUVOIR EXECUTIF

Dans les termes généraux des lois que nous venons d'analyser, il est possible de déterminer dans quelle mesure la Rhodésie est gouvernée selon la Primauté du Droit, en considérant les réactions des pouvoirs publics à l'égard des possibilités d'action très complètes et très étendues dont ils disposent et dont ils disposaient déjà, et qu'ils considéraient comme insuffisantes. Les actes de pouvoir ont

parfois été strictement conformes à la lettre, parfois au contraire ils s'en sont écartés. Toutefois, la stricte légalité, en tant que telle, n'est pas ce qui nous occupe ici, et nous verrions plus d'intérêt, pour les fins qui nous occupent, à classer ces actes de la façon suivante:

1. Actes illégaux du point de vue soit de la Constitution, soit d'un autre texte législatif;
2. Actes contraires à la lettre de la Constitution;
3. Actes contraires à l'esprit de la Constitution.

Politiquement parlant, la Constitution de 1961 visait dans son esprit, à encourager l'évolution politique de la population africaine et à amener le pays sans heurt jusqu'à un régime majoritaire, à protéger les droits et libertés de l'individu, et à éliminer la discrimination. Juridiquement parlant, il est difficile de soutenir qu'un acte conforme à la lettre contrevienne à l'esprit d'une Constitution. Toutefois, et pour les raisons déjà indiquées, la Constitution de la Rhodésie du Sud représente un cas particulier à cause de son article 70; pour ce qui est de l'esprit de cette Constitution, on ne peut admettre le fait que toutes les lois antérieures incompatibles avec elle y aient été incorporées. C'est également dans ce même sens que nous parlons de la « lettre de la Constitution », c'est-à-dire sans tenir compte de l'article 70.

1. Actes illégaux

(1) La première affaire portant sur des mesures restrictives

En février 1964, le Gouvernement a commencé à isoler de leurs frères de race presque tous les chefs et les membres des cadres politiques africains qui avaient une audience nationale et régionale. Beaucoup d'entre eux furent assignés à résidence en exécution de l'article 50 de la Loi sur le maintien de l'ordre public que nous avons citée plus haut. En même temps, le Ministre créait des « régions protégées » qui encerclaient les régions de résidence forcée, au moyen de décrets pris en application de l'article 5 de la Loi sur les régions et localités protégées. Il lui est devenu loisible par là de créer des « régions protégées », s'il lui paraît « nécessaire ou opportun de prendre des mesures particulières pour surveiller les déplacements et la conduite des personnes » se trouvant dans la région.

Ces deux décrets, ainsi que l'application donnée au décret relatif à la région protégée, selon laquelle le Ministre a estimé qu'il pouvait, à son entière discrétion, autoriser qui lui semblait bon à pénétrer

dans la région protégée²⁵, eurent pour conséquence que personne n'eut plus le droit d'approcher les individus assignés à résidence sans une permission écrite du Ministre. (Il est intéressant de noter à cet égard que, dans sa déclaration écrite faite sous serment, celui-ci admit qu'en créant ces cordons de protection, il avait voulu limiter et réglementer l'accès du grand public auprès des individus assignés à résidence, puisque « n'eût été cette réglementation, c'est tout l'objectif des mesures restrictives qui eût été compromis ».).

C'est dans la plaidoirie de Me Beadle que nous trouvons la meilleure présentation des faits²⁶:

Le premier groupe de défenseurs, assignés à résidence dans la région spéciale de Wha Wha, vivent dans un espace barricadé de deux hectares dont les limites sont sous la surveillance constante de policiers accompagnés de chiens dressés. L'autre groupe assigné à résidence dans la région spéciale de Gonakudzingwa, vivent dans un espace de 44 hectares, situé dans une région de chasse très excentrique. Ils ne peuvent, les uns ni les autres, recevoir aucun visiteur, sauf si une autorisation leur est accordée par le Gouvernement, c'est-à-dire par le Ministre, qui les accorde à son entière discrétion. Certains visiteurs ont été admis auprès d'eux, mais beaucoup d'autres se sont vu refuser l'autorisation. Il ne leur est pas possible d'obtenir un emploi d'aucune sorte, ni de subvenir à leurs propres besoins dans la région. Le Gouvernement leur fournit le logement et les moyens de subsistance essentiels. Les parties diffèrent cependant d'opinion sur l'un et sur les autres, mais l'on reconnaît que les logements fournis n'offrent pas assez de place pour les défenseurs et leurs familles, encore que les familles de certains y soient venues partager leur existence. Il n'est pas possible d'acheter de denrées alimentaires ou d'autres produits dans la région. Il existe cependant à l'extérieur du Camp de Wha Wha une cantine où les policiers consentent parfois à acheter certains articles pour les défenseurs qui le leur demandent. Mais les policiers considèrent qu'en le faisant, ils leur accordent une faveur. Les défenseurs peuvent se déplacer à l'intérieur de la région et ne sont pas assujettis à la discipline rigoureuse que l'on associe généralement avec les camps d'internement ou de détention. Qu'ils soient cependant soumis à certaines formes de discipline, cela est évident, si l'on considère que certains privilèges leur sont retirés lorsqu'ils ne se conforment pas aux instructions qu'ils reçoivent. Ceci ressort des deux extraits suivant des dépositions écrites faites sous serment par des internés de Wha Wha:

En outre, même les rations journalières ne sont pas toujours fournies. A deux reprises depuis notre internement, le camp tout entier a été privé de vivres, parce qu'il y avait eu des absents à l'appel de 7 h 30 auquel nous devons obligatoirement être présents chaque matin.

A deux reprises, on nous a privés de vivres, la première fois parce que nous avions demandé des haricots à la place de pois que

²⁵ Le Ministre a certainement outrepassé les pouvoirs que lui conférait cette loi aussi, puisqu'il se considérait comme habilité à *interdire* l'entrée et la circulation dans ces régions, alors que l'article interprété correctement ne lui permettait que de *réglementer* l'une et l'autre – voir l'affaire *Ministre de la Justice contre Musarurwa et Autres* (1964) (4) S.A.L.R. 209 à 225.

²⁶ *Ministre de la Justice contre Musarurwa et Autres*, ci-dessus, 221.

nous n'avions pas pu faire cuire et, la deuxième fois parce que nous ne nous sommes pas présentés à la barrière quand le gardarme nous l'a ordonné.

Cette analyse des faits montre que bien que les défenseurs internés à Wha Wha vivent sur un espace relativement restreint, entièrement barricadé et gardé. Les internés de Gonakudzingwa ont à leur disposition, il est vrai, un espace plus vaste et non barricadé; toutefois, sa situation éloignée, jointe au fait qu'il est entouré d'une «région protégée» de 160 km², l'isole du reste du territoire aussi efficacement qu'un océan. Et quant aux internés, ils y sont aussi efficacement confinés et isolés que s'ils étaient entourés de barricades et de gardiens, comme le sont les internés de Wha Wha.

Ces mesures restrictives furent contestées devant la Haute Cour. La Cour admit le recours, motif pris de ce que l'examen des faits montrait que la liberté de l'individu avait été réduite à presque rien, ce qui ne pouvait être toléré vu l'article 50. Le Ministère ayant fait appel, la Chambre d'Appel estima qu'il ne lui incombait ni d'admettre ni de rejeter le jugement de la Cour en ce qui concernait ses conclusions sur la liberté de l'individu et, à l'unanimité, elle rejeta l'appel quant aux autres motifs. Le Président de la Cour déclara qu'il n'était pas admissible d'utiliser en même temps à des fins illégales des pouvoirs délégués en vertu de deux Lois, nonobstant le fait que le pouvoir conféré en vertu de chacune des deux lois, considérées séparément, était utilisé illégalement pour les fins auxquelles il avait été conféré. Dans leurs conclusions analogues, les deux autres juges d'appel invoquèrent d'autres motifs qui touchaient aux deux lois en cause.

Le dernier mot reste à dire sur cette affaire; le Ministre a été spécialement autorisé à faire appel devant le Conseil privé.

(2) *L'affaire des internements administratifs*²⁷

Le jugement sur la première affaire de mesures restrictives fut prononcé le 13 août 1964. Le Ministre prit immédiatement de nouveaux décrets en vertu de l'article 50; les régions d'assignation à résidence furent étendues et les cordons de protection furent naturellement abolis. Le public eut, en conséquence, libre accès auprès des personnes assignées à résidence, qui reçurent bientôt un nombre croissant de visiteurs. On peut raisonnablement en conclure que telle fut la raison qui motiva les actes que nous allons maintenant analyser.

En octobre 1964, le Gouverneur ordonna la mise en détention de Joshua Nkomo et de seize de ses principaux partisans à la prison de Gwelo. Il prit cette mesure par application de la Loi de 1959 instituant des dispositions provisoires en matière d'internement admi-

²⁷ *Nkomo et Autres contre le Ministre de l'ordre public* 1963 (1) S.A.L.R. 498.

nistratif, qui avaient pour effet d'assujettir les internés à tous égards aux règlements et à la discipline pénitentiaires, à l'exclusion du travail obligatoire. Nous n'entrerons pas ici dans le détail des dispositions de cette loi et il nous suffira de dire qu'elles autorisaient l'internement sans jugement pendant une durée égale à la validité de la loi elle-même.

Celle-ci fut adoptée dans sa forme première le 15 mai 1959. En vertu de son article 24 (1), elle devait demeurer en vigueur pendant cinq ans, à compter de cette date, pour « devenir ensuite caduque ». Au début de 1964, le Ministre présenta un projet de loi d'amendement, aux termes duquel la durée de validité de la loi était portée à dix ans. Le Conseil constitutionnel formula un avis défavorable sur ce projet, disant notamment que la loi principale était incompatible avec la Constitution et que l'amendement proposé en constituait une modification substantielle, et par conséquent, ne pouvait être maintenu en vigueur en vertu de l'article 70. Bien qu'à ce moment, le Gouvernement ne disposât pas au Parlement d'une majorité des deux tiers, l'opposition accepta le projet de loi, qui fut donc adopté avant le 15 mai.

Les internements furent directement contestés devant la Chambre d'Appel en vertu de l'article 71 de la Constitution. L'avocat du Ministre s'efforça, sans grande conviction, de soutenir que la loi principale n'était pas incompatible avec la Constitution, mais sa principale argumentation porta sur le fait que l'amendement n'en constituait pas une modification substantielle. Le Tribunal rejeta unanimement les deux arguments. Ici encore, un appel est en instance devant le Conseil privé.

L'affaire présente une importance particulière en ce qu'elle permet de pénétrer les intentions du gouvernement (et, en même temps, celles de la soi-disant opposition). L'organe même qui avait été institué pour veiller sur la légalité venait de dire au gouvernement, non seulement que la loi était inconstitutionnelle, mais aussi qu'il serait illégal d'invoquer ses dispositions. Or, il a plu au gouvernement de ne tenir aucun compte des opinions des juristes du Conseil et, ce qui plus est, de ne tenir aucun compte non plus des recommandations qui lui ont été faites sur les droits du sujet.

2. Actes contraires à la lettre de la Constitution

1) Le 26 août 1964, l'*African Daily News* (seul quotidien ayant une large diffusion parmi la population africaine) fut interdit en vertu d'un décret pris par application de l'article 18 de la loi sur le maintien de l'ordre public.²⁸ Le décret fut contesté pour la raison que l'article de cette loi dont il se réclamait était incompatible avec l'article 65 de la Constitution et représentait un abus de pouvoir.

Le compte rendu du procès montre à l'évidence²⁹ que le Ministre n'essaya pas de soutenir que l'article 18 n'était pas effectivement incompatible avec la Constitution; les débats eurent surtout pour objet de décider s'il était maintenu en vigueur par l'effet de l'article 70. La Chambre d'Appel (réunie sous la présidence du Premier Président) conclut par l'affirmative, motif pris de ce qu'il était entré en vigueur le 2 décembre 1960 et qu'à l'exception d'amendements de peu d'importance, il était toujours demeuré dans sa forme originale.

2) La deuxième affaire que nous allons analyser n'a jamais figuré au rôle d'un tribunal, et si nous en parlons ici, s'est que, même si les actes du Ministre sont conformes à la loi, ils n'en sont pas moins contraires à la lettre de la Constitution.

Le 26 août 1964, le P.C.C. (Peoples Caretaker Council, [Comité de vigilance du peuple], à la tête duquel se trouvait M. Joshua Nkomo) fut déclaré organisation illégale par application de la loi sur les organisations illégales; aussitôt après, la police se saisit d'un certain nombre de jeeps et d'autres véhicules, en vertu de l'article 9 de ladite loi. Les articles 8 et 9 ont tous deux été amendés depuis le jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution, mais il nous suffira de citer l'article 9 (3), à la fois sous la forme première et après amendement. Il était d'abord libellé comme suit:

Si, dans les trois mois qui suivront la date à laquelle, un article, une somme ou un objet quelconques, auront été saisis, aucune personne autre qu'une organisation illégale ou un dirigeant responsable, ou un membre d'une telle organisation, n'a convaincu le Ministre que cet article, cette somme ou cet objet n'est la propriété d'aucune organisation illégale ou n'est en rien relié à une telle organisation, le Ministre ordonnera que cet article, cette somme ou cet objet, soit confisqué au profit de la Couronne, ou détruit, ou qu'il en soit disposé de toute autre manière qu'il spécifiera.

Cet alinéa fut supprimé en vertu de la Loi No 9 de 1963 et remplacé par ce qui suit:

Si, dans les trois mois..., aucune personne n'a convaincu le Ministre que cet article, cette somme ou cet objet n'est pas la propriété de l'organisation, *ou n'a été en aucune façon utilisé pour les fins ou l'activité de l'organisation ou à leur propos, avant qu'elle n'ait été déclarée illégale ou après cette date*, le Ministre ordonnera... (c'est nous qui soulignons).

Le Conseil constitutionnel examina cet amendement et déclara dans son rapport que l'alinéa en question était incompatible avec l'article 61 de la Constitution. Il ne conclut cependant pas au rejet

²⁹ Voir paragraphe A. 2 (2) ci-dessus.

²⁹ *African Newspapers (Pvt) Ltd., et un autre contre Lardner-Burke et un autre*, 1964 (4) S.A.L.R. 486.

et ne se prononça pas non plus sur la question de savoir si l'amendement modifiait d'une façon substantielle la disposition antérieure. Il est donc probable que, de l'avis du Conseil, il n'y avait pas eu de modifications substantielles.

Nous ne croyons pas que cette conclusion puisse subsister. Dans sa forme actuelle, l'article donne au Ministre le pouvoir de confisquer un véhicule qui, six mois ou un an avant que l'organisation ne fût déclarée illégale, avait été prêté à un membre de cette organisation pour lui permettre d'assister à une réunion – objectif parfaitement légal à l'époque. Bien plus, le Ministre peut désormais confisquer à un acquéreur de bonne foi un véhicule vendu par l'organisation alors que celle-ci était encore légale. A notre avis, il est impossible de concevoir qu'une telle interprétation ait pu être donnée à cet article, alors qu'il était applicable avant le jour fixé pour l'entrée en vigueur de la Constitution; nous ne croyons pas que l'on puisse attribuer au législateur l'intention de donner au Ministre de tels pouvoirs rétroactifs en matière pénale.

Il faut cependant ajouter, pour être exact, que le Ministre a reçu l'appui du Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est agi de dire si l'action avait été conforme à la loi; en revanche, il avait été averti que son acte était contraire à l'article 61 de la Constitution.

3. Actes contraires à l'esprit de la Constitution

L'interprétation que nous avons donnée tout à l'heure de l'esprit de la Constitution de 1961 et qui, selon nous, consiste à encourager l'évolution politique de l'Afrique et le progrès régulier vers un régime majoritaire, la protection des droits et des libertés de l'homme et l'élimination des discriminations – serait inacceptable, du moins dans tous ses détails, pour un réactionnaire partisan déterminé de la suprématie de la race blanche. Ces aspects particuliers n'ont cependant pas été arbitrairement choisis; ils ne font que traduire des déclarations faites en public par des hommes politiques britanniques et rhodésiens lors de la Conférence de 1960/61, ainsi que la nouvelle formulation de la position de la Grande-Bretagne que le Secrétaire d'Etat aux relations avec le Commonwealth a récemment donnée (Chambre des Communes, 30 juillet 1965). Mais, ce qui est plus important, c'est qu'ils traduisent les exigences minimum de la Primauté du Droit applicables à un pays qui se débat encore sous le joug d'une minorité – et peut-être est-ce aller trop loin que de vouloir concilier cette situation et le droit qu'ont les membres d'une société à posséder un gouvernement élu et responsable. Quoi qu'il en soit, il est bien évident qu'en déclarant que les aspects en question ne traduisent pas l'esprit de la Constitution, on admet en même temps que cet esprit est incompatible avec la Primauté du Droit.

En fait, l'opposition nationaliste africaine a été écrasée et, pour y parvenir, le gouvernement a réduit à rien, ou peu s'en faut, les droits et libertés que la Constitution avait pour objet de préserver. Ce résultat a été atteint d'abord par les méthodes que nous avons analysées plus haut, puis par l'examen des pouvoirs discrétionnaires dévolus au gouverneur, au ministre ou à des fonctionnaires subalternes, tels que les fonctionnaires de district et les autorités chargées de l'application des règlements. Ce serait une tâche énorme que de vouloir épuiser ce sujet, aussi nous bornerons-nous à passer rapidement en revue certains aspects parmi les plus importants.

(1) *Le droit à la liberté de la personne*

Les exemples les plus frappants de privation de liberté sont les mesures restrictives actuelles (qui sont d'ailleurs contestées) ainsi que les mesures d'internement prononcées en application de décrets instituant l'état d'urgence dans certaines régions. Nous avons vu que les mesures restrictives sont actuellement *sub judice* et que certains des faits de la cause ne sont pas unanimement reconnus; il serait donc inopportun d'en parler davantage.

Il est cependant loisible de présenter certaines observations au sujet d'un aspect des décrets pris en vertu de l'article 50 de la loi sur le maintien de l'ordre public, qui ne donne lieu à aucune contestation de fait et qui, de toute façon, n'est pas en cause dans l'instance engagée. Les décrets rappellent plusieurs des raisons qui les ont motivés: dans les premiers temps, ces raisons auraient pu se ramener à « la conviction que [le coupable] a activement participé à des actes violents et d'intimidation en . . . »; puis, les termes sont devenus de plus en plus vagues, jusqu'à ce que la raison type donnée à l'appui soit tout simplement celle-ci: « la conviction que [le coupable] s'est livré à des activités subversives ». Il est évidemment impossible de se justifier de pareilles accusations; les représentations adressées au Ministre doivent nécessairement être libellées en termes généraux. Mais, le choix discrétionnaire du Ministre ne peut être contesté et les victimes de ce choix sont privées de leur gagne-pain et condamnées, pendant des périodes qui peuvent aller jusqu'à cinq ans, à vivre de rations de campagne distribuées par le gouvernement. Rien n'est prévu pour l'entretien des personnes à charge, comme c'était le cas pour la Loi sur l'internement administratif.

Cet article de la loi jette à bas deux au moins des piliers sur lesquels repose la Primauté du Droit. L'individu n'a connaissance qu'en termes tout à fait généraux – et encore n'est-ce pas toujours le cas – des accusations dont il est l'objet; il n'a pas le droit d'être entendu, il ne dispose d'aucun recours. Quant aux droits fondamentaux de l'homme, ils sont abrogés par le biais d'une réglementation déléguée.

Il en va de même de l'usage qui est fait de l'état d'exception proclamé dans certaines régions. Le 28 mai 1965, le gouverneur a proclamé l'état d'exception dans deux régions excentriques du pays, dont l'une (Nuanetsi) comprend la région réservée où Nkomo et environ cinq cents de ses partisans sont assignés à résidence. Des règlements ont été proclamés en vertu des pouvoirs découlant de l'article 3 de la loi sur les pouvoirs d'exception; l'article 19 (1) est rédigé comme suit:

Si le Ministre considère que l'internement de toute personne *trouvée à l'intérieur de la région*³⁰ est conforme à l'intérêt public il peut ordonner que cette personne soit internée. L'arrestation et l'internement suivent immédiatement.

Quant à l'alinéa 3, il dispose que l'interné sera placé « dans la prison ou en tout autre lieu qu'ordonnera le Ministre et sera assujéti aux instructions données par le Ministre ».

Cette disposition a permis d'interner trois catégories d'hommes. Ce sont, en premier lieu, ceux qui étaient l'objet de mesures restrictives avant la proclamation de l'état d'urgence; en second lieu, ceux qui ont été envoyés dans une région spéciale après cette proclamation. Les hommes appartenant à ces deux catégories, et notamment à la seconde, peuvent demander leur pardon en faisant valoir qu'ils se sont trouvés dans la région spéciale contre leur gré et qu'on ne saurait soutenir dans leur cas qu'ils « se soient trouvés à l'intérieur de cette région ».

Le cas d'Edward Bhebe appartient à la troisième catégorie et mérite d'être exposé à part et avec plus de détails.³¹ Dans les premières heures du 9 juillet 1965, on lui signifia à Bulawayo un décret d'assignation à résidence pris par application de l'article 50 de la loi sur le maintien de l'ordre public. Il fut aussitôt emmené au camp de police de Nuanetsi³², à environ 430 km de Bulawayo, où il arriva vers 14 h. Il demeura détenu dans ce camp jusque vers 13 h 30 le lendemain. On lui signifia alors un décret de détention qui, selon l'exposé des motifs, était fondé sur « une conviction que [l'intéressé était] susceptible de commettre dans la région³³ ou dans une de ces parties, des actes pouvant mettre la sécurité publique en danger, attenter à l'ordre public ou gêner l'exploitation de services

³⁰ C'est nous qui soulignons.

³¹ Nous relatons ici la version des faits donnée par Bhebe. Quant aux dates et heures où les décrets lui ont été signifiés, ce sont celles qu'indiquent les documents eux-mêmes.

³² Ce camp de police se trouve à la lisière de la région d'exception, à environ 150 km des camps où vivent les assignés à résidence de Gonakudzingwa; Nuanetsi est situé à une centaine de km de la limite la plus proche de la zone de résidence forcée.

³³ La région d'exception de Nuanetsi.

publics essentiels ». Ce décret avait été signé le 9 par le Ministre à Salisbury. Sitôt après qu'il eût été signifié, Bhebe fut reconduit à Bulawayo et emprisonné.³⁴

Donner à entendre que Bhebe, qui aussi bien juridiquement que matériellement, est demeuré sous la garde de la police entre l'instant où l'arrêté lui fut signifié à Bulawayo jusqu'à ce qu'il eût été remis à la garde des autorités pénitentiaires, a été « trouvé à l'intérieur de la région spéciale », est vraiment jouer sur les mots.

Il convient également de noter qu'il existe encore dans le pays deux autres régions spéciales dont aucune n'est située à l'intérieur d'une région d'exception.

(2) Liberté d'expression, de réunion et d'association

A propos de la liberté d'expression, nous avons déjà fait mention de l'affaire de l'African Daily News. L'interdiction des partis politiques et des organisations syndicales (par application de l'article 3 de la Loi sur les organisations illégales, maintenue en vigueur par les lois et règlements existants)³⁵ porte atteinte non seulement à la liberté de réunion et d'association, mais, ce qui est plus important, à la liberté d'expression. L'une et l'autre se trouvent détruites lorsque des individus se voient interdire d'assister à des réunions ou d'y prendre la parole.³⁶ La Loi sur le maintien de l'ordre public a établi, nous l'avons vu, un contrôle extrêmement strict sur les réunions et les cortèges, et les pouvoirs arbitraires qui en découlent, et qui peuvent être exercés par des fonctionnaires subalternes, ont été utilisés sans restriction. Lorsque l'autorisation est accordée, elle est assortie de conditions qui doivent être observées, sous peine d'avoir à disperser le cortège. Dans la pratique, l'autorisation de tenir des réunions a été si fréquemment refusée que les organisations africaines ne présentent plus que très rarement des demandes.

En outre, aucune réunion politique ou syndicale ne peut se tenir un dimanche ou un jour férié (le dimanche était traditionnellement le jour le plus fréquemment choisi pour ces réunions) sans la permission du Ministre. Cette disposition³⁷ a été contestée par Maluleke, président du Syndicat des ouvriers de l'industrie automobiles et des professions annexes. Le tribunal jugea que l'article incriminé n'avait pas été maintenu en vigueur par l'effet de l'article 70, et que le Ministre devait expliquer les motifs pour lesquels il n'y avait pas

³⁴ Il s'est produit d'autres cas analogues dont le nombre exact n'est pas connu.

³⁵ Voir paragraphe A. 1 (1) ci-dessus.

³⁶ Loi sur le maintien de l'ordre public, article 13. Voir paragraphe A. 1 (2) ci-dessus.

³⁷ Loi sur le maintien de l'ordre public, article 7.

lieu de le déclarer inconstitutionnel. L'affaire en resta là, sans doute faute de moyens financiers pour la poursuivre.

Les menaces auxquelles un plaignant doit faire face dans des cas de ce genre ont déjà été analysées.³⁸ Elles portent sur plusieurs droits fondamentaux de l'homme et, dans l'affaire Maluleke, la seule de son genre jusqu'ici, le Ministre, en déposant son attestation, s'est mis à l'abri d'un texte pour donner apparence de légalité à l'usage qu'il faisait de lois et règlements incompatibles avec la Constitution. Il n'y a aucune raison de supposer qu'il n'agira pas à nouveau de même en cas de besoin.

(3) *Remarque générale*

Un examen des actes du gouvernement ne serait pas complet s'il ne portait sur les divergences que l'on a laissé subsister entre les lois et la Déclaration des droits. Nous avons cependant déjà parlé de cette question au paragraphe A.1 (1) ci-dessus, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit.

* * * *

Nous considérons comme évident que les atteintes les plus graves à la Primauté du Droit ont été portées en Rhodésie du Sud et continuent de l'être. La raison en est claire: c'est seulement en agissant ainsi que le gouvernement peut se maintenir au pouvoir, tout en préservant un tant soit peu d'ordre dans la société. On comprend – tout en le regrettant – que des atteintes soient portées à la Primauté du Droit par des pays jeunes qui n'ont eu le temps de stabiliser ni leur société ni leur économie. Mais, même en des circonstances de ce genre, on ne peut s'en accommoder que si ces atteintes vont en perdant de leur gravité.

Lorsqu'un pays qui a derrière lui quarante-deux ans d'autonomie agit à ce propos de façon toujours plus contestable, et juggle toujours plus étroitement les droits et la liberté de l'homme, on ne peut que conclure que son gouvernement ne saurait prétendre à être l'émanation de la volonté du peuple. Reste une autre conclusion, tout aussi inévitable, à savoir que les atteintes toujours plus graves portées par ce gouvernement à la Primauté du Droit traduisent l'opposition grandissante du peuple envers ce même gouvernement.

³⁸ Voir paragraphe A. 1 (3) ci-dessus.

LE DROIT COMPARÉ DANS L'EUROPE DE L'EST

par

JÁNOS TÓTH *

I. LES SYSTÈMES JURIDIQUES AU REGARD DES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DE LA LÉGALITÉ

A. Problèmes de Méthode

1. *Les fondements théoriques de la comparaison de systèmes juridiques ayant des conceptions différentes de la légalité. Le cas de l'Europe de l'Est*

Dans l'Union soviétique, la société et l'économie ont été régies par un système marxiste dès la première guerre mondiale; il en a été de même de certains pays d'Europe et d'Asie après la deuxième guerre mondiale. A la suite de ces bouleversements, on a pu se demander s'il était possible de comparer utilement les systèmes juridiques des sociétés dites respectivement «capitalistes», et «socialistes» selon la terminologie marxiste. Pour les juristes soviétiques, l'URSS s'est donné un droit entièrement neuf, seul de son espèce et d'un type supérieur. Une telle prétention ne facilite guère l'étude comparée, qui n'est généralement possible qu'entre phénomènes analogues. On peut aussi se demander si la connaissance des deux systèmes juridiques a été poussée assez loin pour que leurs représentants respectifs puissent se livrer à une étude comparée.

Avant de s'interroger sur l'état actuel du droit comparé en Europe de l'Est, il convient de rappeler les moyens dont dispose la même branche du droit en Europe occidentale pour comparer entre eux les systèmes juridiques reposant sur des conceptions différentes de la légalité, et plus spécialement ceux qui se réclament d'une «économie de marché» et d'une «économie planifiée par un gouvernement central» — ceci pour utiliser la terminologie en usage au sein des organes économiques de l'Organisation des Nations Unies.

Possibilités théoriques d'une comparaison

Dans les pays marxistes, le dogme de l'«opposition entre les deux systèmes juridiques» limite la comparaison à une énumération

* Privat-docent à l'Université de Genève, Membre du Secrétariat de la Commission internationale de Juristes.

des qualités du droit socialiste et des défauts du droit capitaliste. Partout ailleurs, au contraire, les comparatistes soutiennent que ce dogme aboutit à introduire dans la science juridique l'opposition existant entre les systèmes politiques, erreur de méthode à éviter. C'est ainsi que l'on a pu récemment constater, dans les pays de l'ouest, un intérêt accru pour la «comparaison des systèmes juridiques reposant sur des théories économiques différentes»¹. Les auteurs de ces études ont soutenu que le matérialisme historique de Marx n'interdisait aucunement le recours à la méthode comparative dans l'étude des deux systèmes de droit. Ils ont donc soutenu que, si les auteurs appartenant aux deux systèmes diffèrent dans leur analyse des institutions juridiques et dans les critères employés, en revanche la *méthode* de comparaison elle-même ne change pas.

Les conditions qui permettent la comparaison existent cependant: le droit comparé a mis au point une terminologie et des normes de référence qui permettent aux spécialistes de l'ouest d'analyser les institutions juridiques de l'est sans les détacher de leur réalité socio-économique. A l'Ouest, l'étude comparée des systèmes juridiques de l'Europe de l'Est a fourni assez de matériaux pour qu'il soit possible d'étudier les fondements théoriques de ces systèmes, leur histoire et leurs codes. Des instituts spécialisés ont été créés en de nombreux endroits du monde pour poursuivre l'étude du droit et des systèmes de gouvernement des pays communistes. De nombreux textes et ouvrages ont été publiés en anglais, en allemand, en japonais et en français. On a traduit et analysé des manuels et des codes et on les a soumis à une étude critique. En un mot, la recherche se poursuit, active et vigoureuse, même si elle souffre d'un défaut de coordination. Toutefois l'enseignement ne suit pas. Trop peu de facultés de droit ont jusqu'ici créé un enseignement en la matière, ce qui explique l'ignorance du droit des pays de l'Est parmi les juristes. Chez les comparatistes toutefois, la recherche est solidement implantée et permet désormais de fertiles comparaisons².

Les tendances socio-économiques de notre temps contribuent elles aussi à élargir les bases de comparaison. Pour citer Kazimierz Grzybowski:

¹ Colloques de l'Association internationale des sciences juridiques, 1958, 1961, Dietrich A. Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung (Comparaison entre systèmes juridiques à fondements économiques différents) *Rabels Zeitschrift*, 1961, pp. 201 à 229. Kazimierz Grzybowski: Soviet Legal Institutions (Institutions juridiques soviétiques) 1962, Ann Arbor, Michigan. O. W. Jakobs: Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Wirtschaftsordnung (Méthodologie du droit civil comparé sous des régimes économiques différents), *Ost-europa-Recht*, janvier 1963.

² I. Zajtay: L'Association internationale des sciences juridiques, 4ème éd. 1963, p. 32.

Les modifications de structure observables dans la société soviétique, les modes de participation des groupes sociaux organisés à la vie publique des pays socialistes, les maux sociaux et les déficiences morales de l'homme moderne dans l'orbite socialiste, tout cela ressemble de façon frappante aux événements et aux problèmes de notre monde à nous.³

Le cas de l'Europe de l'Est

Le monde communiste, ou, comme ses chefs politiques et ses savants aiment à l'appeler, la communauté des peuples socialistes, s'étend à des pays d'Asie aussi bien que d'Europe. En Asie, les Républiques populaires de Mongolie, de la Chine, de la Corée et du Viet-Nam; en Europe, à tous ceux que l'on englobe sous l'appellation d'Europe de l'Est. Les différences entre les parties asiatique et européenne de cette communauté sont bien connues: les premières en sont encore à une étape moins différenciée de leur évolution sociale, économique et juridique, alors que les pays de l'Europe de l'Est ont atteint une étape plus complexe et que la pensée juridique y est aussi très différente. En Asie, le droit joue un rôle secondaire dans la vie sociale et les traditions donnent une coloration très différente aux institutions politiques et juridiques fondamentales empruntées à l'URSS⁴. Dans l'Europe de l'Est, le régime communiste s'est surimposé à une tradition juridique de l'Europe continentale déjà existante qui, à son tour, devait beaucoup au droit romain. Il convenait de tenir compte de toutes ces situations dans l'étude de ces divers systèmes juridiques. L'étude comparée des systèmes juridiques de l'Asie socialiste est nécessairement une entreprise de plus longue haleine, dont on ne saurait attendre de résultats tangibles que dans un avenir encore éloigné, probablement séparé de nous par une génération tout entière⁵.

La recherche portant sur le droit des pays de l'Europe de l'Est se présente dans de meilleures conditions. Les progrès de l'industrialisation et les commencements de réformes économiques en Europe orientale, qui tendent à créer une économie socialiste de marché, donnent de plus en plus d'attrait à la comparaison entre les deux systèmes juridiques européens. A cet égard, on peut se demander, comme l'a fait le Professeur Hazard, «si l'étude des problèmes de la société industrielle moderne, qui se ressemblent beaucoup d'un pays développé à l'autre, suit des méthodes différentes parce que les

³ Grzybowski, op. cit., pp. 5 et 6.

⁴ La Primauté du Droit, idée-force du Progrès, Rapport sur les travaux du Congrès des Juristes du Sud-Est Asiatique et du Pacifique, Bangkok, Thaïlande, 15-19 février 1965. C. I. J. Genève 1965, p. 31 et s.; Syong Choon Hahn: Primauté de droit, mais quel droit? The Korean Conundrum. *Revue de la Commission internationale de Juristes*, Vol. VI, No. 2, 1965.

systèmes économiques de la société sont eux-mêmes différents?»⁶

La plupart des comparatistes de l'Europe occidentale maintiennent que les institutions juridiques de l'Europe de l'Est ressortissent à la tradition juridique de l'Europe. Comme M. Grzybowski l'a dit en termes catégoriques:

Le critère applicable à l'analyse de l'ordre juridique soviétique peut être celui de l'alignement sur l'évolution de la société; or cet alignement a conservé un aspect formel qui est celui du droit européen moderne.⁷

Quant à l'Europe de l'Est, le terrain est suffisamment déblayé pour que la recherche en droit comparé puisse se poursuivre intensément et dans le détail. La connaissance du droit de cette région prend une importance toujours plus grande et commence partout dans le monde à prendre la place qui est la sienne dans le droit comparé. A des juristes formés au droit civil européen, l'étude du droit de l'Europe de l'Est offre un attrait particulier, car ce droit n'est qu'une variante issue d'une origine commune. L'étude comparée des systèmes juridiques occidental et oriental de l'Europe ouvre en outre des possibilités nouvelles à ceux qui veulent accroître la compréhension en s'attaquant à l'ignorance et à la rigidité doctrinale.

Ce sont des considérations de ce genre qui ont conduit l'auteur de la présente étude à limiter celle-ci à l'Europe de l'Est.

Aspects de la comparaison

Les principales questions qui se posent aux comparatistes tirent leur origine de la structure fonctionnelle du droit. Aux fins de notre étude, nous pouvons les grouper sous trois rubriques:

1. Quels idéaux et quels principes généraux les systèmes juridiques sur lesquels porte notre comparaison ont-ils pour objet de promouvoir?
2. Quelle est la valeur comparée de leurs moyens techniques d'application du droit? Quelles sont les institutions et les procédures utilisées pour traduire dans la réalité les idéaux et les principes proposés? Un système économique nouveau nécessite-t-il une technique juridique nouvelle?

^{5,6} J. N. Hazard: *Comparative Law and Economic Systems*, (Le droit comparé et les régimes économiques) *The Asian Comparative Law Review*, 1963, Vol. I, No 1-4, pp. 85 à 87.

⁷ K. Grzybowski: *op. cit.*, p. 5; citant J. N. Hazard: Le règlement des différends dans la société soviétique, 1960, pp. 478 et 479.

S. Braga: *Das Sowjetische Zivilrecht und das europäische Privatrecht, Jahrbuch für Ostrecht*, 1960, Bd. I, pp. 69 à 84. (Droit civil soviétique et droit privé européen).

3. Quels sont les domaines pouvant offrir à des juristes relevant de systèmes juridiques différents les sujets les mieux faits pour une étude comparée et pour une éventuelle collaboration?
2. *Méthodologie du droit comparé en Europe de l'Est*
 - a) *Pendant la période d'isolement*

En droit soviétique, l'étude des systèmes juridiques «capitalistes» s'est bornée longtemps à fort peu de chose, en raison du dogmatisme idéologique et de considérations de politique générale. Le droit des pays occidentaux était considéré, du point de vue historique, comme inférieur et idéologiquement comme dangereux. On trouvait difficilement des traductions d'œuvres écrites par des juristes occidentaux. Dans ses aspects essentiels, cette attitude s'est exprimée en termes éloquentes dans la Préface écrite par M. D. M. Genkin, civiliste soviétique d'une autorité incontestée, pour sa traduction du célèbre commentaire d'Ennecerus sur le droit privé allemand:

Les travaux de recherche sur le droit civil des pays capitalistes ont leur importance. Ils démontrent en effet l'opposition fondamentale entre les systèmes juridiques capitalistes et le système juridique socialiste. Les travaux portant sur le droit civil et commercial des pays capitalistes devraient mettre au jour son caractère d'exploiteur et montrer qu'il a été imposé par une classe. Seule, la méthode scientifique du marxisme-léninisme, seule méthode scientifique digne de ce nom, permet de se livrer à une telle analyse.⁸

Cette attitude de supériorité, jointe à la méfiance à l'égard de tout ce qui est étranger, a provoqué des simplifications excessives et primaires, et le droit comparé s'est trouvé subordonné aux mots d'ordre politiques du jour. On se souviendra à cet égard que si cette prétention à la supériorité remonte aux premiers temps de la science soviétique juridique, elle s'est affirmée et a régné sans partage pendant la dictature stalinienne qui l'a poussée jusqu'à ses plus extrêmes limites tout en révélant son caractère superficiel et déformant. Comme l'a dit Léonard Schapiro, le droit est descendu aussi bas qu'il pouvait descendre dans un Etat totalitaire et s'est réduit à n'être plus que: «la pratique constante et systématique de l'illégalité la plus flagrante, applaudie par le chœur bien orchestré et docile des sycophantes alors aux affaires parmi lesquels se trouvaient des professeurs et des praticiens du droit proclamant à tous les échos que la légalité la plus parfaite au monde était la légalité soviétique»⁹.

⁸ D. M. Genkin: Préface to Ennecerus, Moscou, 1949, cité par Loeber, op. cit.

⁹ Leonard Schapiro: Prospects for the Rule of Law, Law and Legality in the USSR, (La Primauté du droit, la loi et la légalité en URSS: Perspectives), *Problems of Communism*, Mars-avril 1965, p. 5.

Une telle méthode d'analyse montre bien qu'une comparaison jugulée par une idéologie rigide n'est plus autre chose qu'une suite d'affirmations de propagande sans fondement.

Dans d'autres pays d'Europe orientale, les régimes politiques ont suivi l'exemple soviétique et n'ont tenu aucun compte des méthodes scientifiques du comparatisme.

b) Réformes juridiques et coexistence

Les réformes juridiques mises en route après la mort de Staline en 1953 sont devenues l'un des aspects principaux du progrès social dans toute l'Europe de l'Est. Ces réformes visaient à remodeler de fond en comble les systèmes juridiques des pays de la région, à faire disparaître la terreur et à améliorer la situation des citoyens à l'égard de la loi ¹⁰.

Elles sont naturellement limitées par les caractéristiques mêmes du régime politique et économique des pays en question. En outre, des tendances contraires se sont fait jour, qui se proposent de rendre son autorité au centralisme bureaucratique. Mais, ces réformes ont néanmoins ouvert une ère nouvelle dans l'histoire du droit de l'Europe de l'Est ¹¹ et ont aussi modifié l'attitude à l'égard du droit comparé.

A ceci, la politique soviétique de la coexistence pacifique a, elle aussi, contribué. Cette expression controversée a déjà inspiré un grand nombre de publications. Qu'il nous suffise à présent de rappeler que cette politique a été officiellement définie dans les termes suivants par le programme de 1961 du Parti communiste de l'Union soviétique, formulé lors du vingt-deuxième Congrès: «la compétition pacifique à l'échelle internationale entre le socialisme et le capitalisme», ou encore «une forme particulière de lutte des classes» ayant pour objectif de vaincre un jour tous les adversaires ou tous les ennemis du communisme mondial ¹². Par voie de conséquence, cette définition entraîne la renonciation à la doctrine de la guerre inévitable entre pays socialistes et capitalistes. C'est sur cette renonciation, on le sait, qu'ont buté les relations sino-soviétiques.

¹⁰ Reconnaissance des droits de l'homme dans l'Europe de l'Est, contribution au Colloque international sur la Convention Européenne, János Tóth: *Bulletin CIJ*, No. 24, décembre 1965; Colloque de Vienne des Droits de l'Homme, Vienne, 1965; cf.

¹¹ Reinhart Maurach: Versuch einer Periodisierung der sowjetischen Rechtsgeschichte (Peut-on distinguer des périodes dans l'histoire du droit en URSS?), *Jahrbuch für Ostrecht*, Bd. I/2, octobre 1960, p. 107.

¹² Edward McWhinney: Peaceful Co-existence and Soviet-Western International Law, 1964 (Coexistence pacifique et Droit international en URSS et dans l'Occident), compte-rendu par Ivo Lapenna, *International and Comparative Law Quarterly*, juillet 1965, Vol. 14, par. 3 p. 1047.

Les réformes judiciaires que nous venons de mentionner ont créé une atmosphère favorable aux travaux scientifiques, et la science juridique a été encouragée à jouer, grâce à elle, dans l'évolution de la situation. On a cherché de nouvelles formules, capables de concilier la prétention à la supériorité du droit soviétique et le besoin de pousser plus avant la comparaison scientifique.

Le Professeur Ramashkin, alors directeur de l'Institut de droit et des sciences politiques de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, a expliqué cette attitude modifiée dans les termes suivants:

Les juristes soviétiques qui participent, à côté des savants des pays bourgeois, à l'activité d'organismes s'occupant de droit comparé, ont pour tâche d'exposer et d'expliquer les conceptions soviétiques du droit, de démontrer la supériorité du droit soviétique, lequel est le type de droit le plus évolué de l'histoire. Ils n'ont pas à constater de ressemblances ou d'identités entre le droit soviétique et le droit bourgeois, ce qui leur arrive malheureusement encore.¹³

Par cette directive se trouve reconnue l'existence de la recherche internationale en droit comparé, ainsi que la nécessité pour les socialistes soviétiques d'y participer, mais son auteur s'est efforcé en même temps de limiter leur participation à l'obligation de donner et à l'interdiction de recevoir.

c) *Le Colloque de Varsovie de 1958*

C'est le Colloque de Varsovie, organisé en 1958 par l'Association internationale des sciences juridiques¹⁴, qui a fourni la première occasion importante de se rencontrer aux juristes de l'Europe de l'Est et à leurs collègues «nourris dans la droit de l'Europe occidentale ou dans d'autres systèmes dérivés de ce droit» – pour citer le Professeur Hamson.

D'éminents représentants des diverses branches du droit venus de divers pays de l'Europe de l'Est présentèrent des rapports sur la situation de la légalité dans leurs pays respectifs. Ces rapports servirent à comparer entre elles diverses méthodes utilisées pour appliquer la légalité socialiste: il s'agissait donc en premier lieu de comparer des systèmes juridiques fondés sur une conception analogue de la légalité. En second lieu, les auteurs de ces rapports se proposaient d'exposer et d'expliquer la notion de légalité socialiste

¹³ Romashkin, P. S.: *Zadachi instituta prava ANSSR v svete reschenii XXI sezda KPSS* (Les devoirs de l'Institut du droit, à la lumière du 21ème Congrès du Parti communiste de l'Union soviétique), *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1959, No 2, p. 144.

¹⁴ Le concept de la légalité dans les pays socialistes, *Zeszyty Problemowe Nauki Polskiej*, Cahiers de l'Académie polonaise des sciences, Varsovie 1961.

à de nombreux participants de l'Ouest, ce qui devait inévitablement entraîner une comparaison entre les systèmes juridiques appliqués dans des sociétés à régimes économiques différents et relevant de conceptions différentes de la légalité. L'objet correspondait donc bien aux conditions nées de l'attitude nouvelle.

Principes communs. Les participants venus de l'Ouest constataient que la théorie juridique de leurs pays ressemblait beaucoup à celle de l'Europe de l'Est. L'objectif ultime du système juridique de l'Europe de l'Est, défini par le Professeur Tshikvadze (URSS) comme étant « le complet bien-être et le plein développement de tous les membres de la société, l'épanouissement de toutes les forces et de toutes les possibilités créatrices de la personnalité » a été trouvé identique à celui sur lequel se fonde leur propre système juridique. De nombreux principes généraux communs aux deux systèmes ont aussi été énoncés, ce qui a amené quelques participants des pays de l'Ouest à envisager avec optimisme des possibilités de synthèse à long terme des deux systèmes juridiques – optimisme que les juristes de l'Europe orientale se sont montrés bien loin de partager.

Les participants ont reconnu que la méthode comparative se prêtait bien à l'étude des liens réciproques entre les systèmes juridiques de sociétés vivant sous des régimes économiques différents. Ils ont d'autre part admis l'existence de principes de base communs et de certaines ressemblances de forme entre les institutions juridiques. En revanche, les juristes de l'Europe de l'Est ont vivement insisté sur les limites de toute comparaison de ce genre: si elle évite de tenir compte des fondements socio-économiques et politiques opposés des institutions juridiques, la comparaison n'est plus qu'un vain exercice sur des formes vidées de leur substance.

A l'exception des Yougoslaves, la plupart des participants venus de l'Est se sont attachés aux différences plutôt qu'aux ressemblances. Jaroszynsky (Pologne) l'a fait dans les termes suivants:

Nos travaux doivent viser, à mon avis, à élucider par une analyse scientifique, les traits les plus essentiels et les plus caractéristiques de chacun des deux systèmes, puis à les comparer et constater les différences les plus intrinsèques et enfin – à décélérer et démontrer les sources véritables de ces différences.

M. Pjotr Nedbajlo de Kiev (URSS) a lui aussi reconnu l'existence de ressemblances, mais de pure forme seulement. La différence essentielle réside pour lui dans le caractère de la puissance étatique, qui dans un cas, est tenue et exercée par la classe ouvrière et, dans l'autre, par des monopoles industriels ou financiers¹⁶.

¹⁵ op. cit., p. 329.

¹⁶ op. cit., p. 352.

M. Imre Szabó (Hongrie) a souligné combien il importe d'asseoir la comparaison sur des fondements théoriques. Les catégories marxistes de forme et de contenu déterminent aussi la notion de légalité. Dans la théorie marxiste, c'est le contenu qui l'emporte, la forme n'ayant qu'une importance secondaire. Ainsi, pour ce qui est du droit, c'est son objectif qui importe; la méthode selon laquelle on l'applique, les techniques utilisées pour sa mise en œuvre, viennent au second rang¹⁷. C'est pourquoi, a-t-il ajouté, « nous jugeons erronée la méthode qui consiste à rechercher des similitudes formelles entre les deux types de légalité, en négligeant leur différence fondamentale. »

En vue de démontrer le caractère antagoniste des deux systèmes juridiques, les participants ont étudié le rôle différent que chacun d'eux reconnaît aux droits sociaux et économiques. Pour M. Jivko Stalev (Bulgarie), les droits sociaux, économiques et culturels du citoyen dans un Etat socialiste ne sont pas seulement proclamés, ils sont encore mis en œuvre au moyen d'institutions socialistes; en régime capitaliste, au contraire, ces droits ne jouissent que d'une égalité et d'une protection juridiques formelles¹⁸.

Le Professeur Colliard (France) n'a pas admis cet argument fondamental utilisé à l'appui de la thèse de l'« opposition de principe ». Pour lui, une telle juxtaposition de situations n'aurait pu être justifiée que dans le cas d'un Etat libéral hypothétique à la manière du début du dix-neuvième siècle, et non d'un Etat-providence, caractéristique de la société industrielle contemporaine¹⁹.

Les participants au Colloque se sont d'autre part livrés à la *comparaison des moyens techniques d'application du droit*. Ceux qui venaient des pays de l'Ouest désiraient vivement connaître l'application pratique donnée aux principes généraux mentionnés ci-dessus, et aussi savoir quelles institutions juridiques étaient chargées de veiller à la sauvegarde et aux droits des citoyens. Ces moyens ont été étudiés dans deux branches du droit: le contrôle exercé sur l'action de l'administration, et la procédure pénale. M. Letourneur (France) a noté une différence fondamentale dans l'utilisation des moyens techniques d'application du droit, à savoir la préférence donnée dans l'Europe de l'Est au « contrôle du peuple » sur les mesures de protection juridictionnelle, alors que ces dernières passent pour essentielles dans les pays de l'Ouest.²⁰

C'est M. Stefan Rozmaryn (Pologne)²¹ qui a exposé la notion et la pratique du « contrôle populaire » en Europe de l'Est, montrant

¹⁷ op. cit., p. 401.

¹⁸ op. cit., p. 27.

¹⁹ op. cit., p. 363.

²⁰ op. cit., pp. 337 et 338.

²¹ op. cit., pp. 344 à 347.

qu'il s'exerçait par l'intermédiaire de conseils «élus» agissant selon les directives du Parti communiste.

Les participants ont reconnu et admis l'existence de ressemblances, voire de complètes similitudes, entre les moyens techniques d'application du droit à l'Est et à l'Ouest de l'Europe. Pour les savants communistes, elles s'expliquent par le fait que le système juridique socialiste avait succédé dans le temps au système capitaliste. Une fois atteinte la phase ultime de l'évolution, soutenaient-ils, il est raisonnable de retenir parmi les méthodes techniques du passé, celles qui peuvent utilement s'adapter au nouvel ordre des choses. On peut même envisager à l'avenir d'élargir encore l'usage de techniques de ce genre, et à cet égard, on a cité l'exemple du projet de loi polonais sur la revision juridictionnelle des actes de l'administration.

Cet affrontement d'idées a permis de découvrir quelques secteurs de la science du droit où, en dépit de divergences idéologiques, il paraît à la fois possible et utile d'établir des comparaisons. Il est même possible que des juristes appartenant à des systèmes juridiques différents puissent y collaborer. Tel paraît être le cas de ces deux secteurs éminemment techniques que sont le droit administratif et la procédure pénale. Mais ce qui est le plus clairement ressorti des débats a été un intérêt commun pour la protection des droits de l'homme.

Pour M. Stanislaw Ehrlich (Pologne), la différence entre les régimes politiques n'entraîne pas nécessairement l'adhésion à une échelle de valeurs différentes en matière des libertés civiles. En fait, dans les deux systèmes, il est possible de reconnaître un caractère fondamental aux mêmes droits. M. Ehrlich a même soutenu que le socialisme offre la possibilité d'accroître le nombre des droits de l'homme. La protection de ces droits lui apparaît être un des facteurs propres à hâter l'avènement du socialisme: l'objectif fondamental du socialisme, a-t-il poursuivi, est l'affirmation complète de l'individu, et par là, l'encouragement donné à l'initiative individuelle, qui accélère l'édification du socialisme. M. Radomir Lukić (Yougoslavie) a affirmé, lui aussi, que de nouveaux droits de l'homme apparaissent dans une société socialiste, le plus important d'entre eux étant le droit d'autogestion dans les entreprises et les institutions. Pour lui aussi, les droits de l'homme représentent un élément commun aux deux régimes, et leur protection est de plus en plus largement assurée en Yougoslavie au moyen de techniques d'application communes aux deux régimes.

Quant à établir des comparaisons entre les systèmes juridiques des pays socialistes, M. P. S. Romashkin a cru distinguer une unité de vues dans la formation de la légalité socialiste. En effet, a-t-il déclaré:

Je suis heureux de relever que la discussion confirme d'une manière éclatante l'accord parfait des représentants de la science juridique de

l'URSS et de ceux des pays de démocratie populaire en ce qui concerne la conception de la légalité socialiste.²²

En revanche, les opinions ont été beaucoup plus divergentes en ce qui concerne les possibilités et les limites de toute comparaison entre systèmes juridiques qui reposent sur des fondements économiques différents. La plupart des participants venus de l'Est se sont attachés à souligner les différences plutôt que les ressemblances. D'autres au contraire se sont montrés enclins à rechercher et à découvrir de nouveaux domaines de comparaison.

Le Professeur Rozmaryn, président, a estimé que le colloque avait surtout été utile en ce qu'il avait *rendu une collaboration possible*:

Si nous avions l'espoir – et je pense que c'était le cas – de réunir des spécialistes pour élargir leur connaissance des méthodes, principes et institutions juridiques et pour promouvoir entre eux des sentiments de compréhension et de respect, nous pourrions certainement nous déclarer satisfaits des résultats obtenus. Si c'est un dialogue que nous avons voulu instituer, espérons qu'il se poursuivra sur le ton amical qu'observent des hommes animés d'un respect réciproque, tout en conservant chacun ses convictions politiques propres.²³

Rappelant à ce sujet des souvenirs vieux de quelques années, M. Marc Ancel, l'un des plus éminents comparatistes français, s'est trouvé être tout à fait du même avis. Le Colloque de Varsovie a démontré que les différences entre régimes politiques ne font nullement obstacle à la compréhension mutuelle et à l'active collaboration entre juristes²⁴. Il y a là en effet une très grande réussite après tant d'années passées à échanger des épithètes blessantes.

Du point de vue de la présente étude, on peut considérer que le Colloque marque le commencement, dans l'Europe de l'Est, de la remise à l'honneur de la méthode comparée, comme méthode de recherche autonome mais obéissant aux principes généraux du marxisme.

B. Le droit comparé, domaine d'élection de la coopération; son utilisation comme instrument de rapprochement d'idées

1. Le droit comparé en Europe orientale et en Europe occidentale

Outre les questions fondamentales de méthodologie que nous venons d'examiner, la comparaison entre les systèmes juridiques

²² op. cit., p. 364.

²³ op. cit., p. 408.

²⁴ Marc Ancel: Valeur actuelle des études de droit comparé, p. 24. XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema, Leyden, 1961, p. 24.

relevant de régimes économiques différents soulève des questions d'application dont il a été fait mention dans le discours de clôture du Colloque de Varsovie.

D'autre part, il y aurait lieu aussi de comparer cette branche du droit entre les deux régions où elle se présente, autrement dit d'étendre la méthode comparative, non seulement aux institutions juridiques et aux systèmes de droit, mais aussi au droit comparé lui-même. Quel est le rôle de la jurisprudence comparée dans les divers systèmes? On ne peut le définir sans poser la question générale de son utilisation.

Le droit comparé est né il y a déjà un siècle en *Europe occidentale*. Il s'adapte actuellement à l'état de la société contemporaine et son domaine s'étend graduellement au monde entier²⁵.

Les juristes diffèrent quant à la définition et au rôle du droit comparé. Il y a toutefois un point sur lequel ils sont unanimes: la méthode comparée peut recevoir d'utiles applications, soit dans la pratique, soit dans la théorie du droit²⁶. Le praticien du droit et le juge y ont recours pour débrouiller des problèmes juridiques complexes prenant un caractère international et intéressant plusieurs systèmes juridiques à la fois. Le législateur fait de même lorsqu'il se propose d'améliorer le droit interne de son pays. Le spécialiste du droit international le considère comme une méthode grâce à laquelle il trouve dans les «principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées» l'une des sources du droit international²⁷. Dans l'étude du droit, la méthode comparée élargit l'horizon et permet à l'étudiant d'apprécier le rôle du droit dans la société. La pratique de la comparaison l'aidera à découvrir que la solution offerte par le droit de son propre pays n'est pas la seule possible²⁸. Quant aux spécialistes de la jurisprudence, ils en font usage dans l'analyse des concepts auxquels les systèmes juridiques donnent naissance pour protéger certains intérêts sociaux²⁹.

Selon l'opinion dominante, les systèmes juridiques ont certains éléments en commun. Outre l'expression utilisée à l'Article 38 c) du

²⁵ David René: Les grands systèmes de droit contemporain, Paris 1964, pp. 7 et 8.

²⁶ Ngo Ba Thanh: De quelques applications du droit comparé, Saïgon, 1964, pp. 5 à 13.

²⁷ Rudolf B. Schlesinger, Comparative Law, 1960, p. 18. Le fond commun des systèmes juridiques, sujet nouveau pour le comparatisme; XX Century Comparative and Conflicts Law; Legal Essays in honour of Hesse E. Yntema, Leyden, 1961, p. 65.

²⁸ John N. Hazard: Comparative Law and Economic Systems (Le droit comparé et les régimes économiques); *The Asian Comparative Law Quarterly*, Vol. 1, No 1-4, pp. 83 à 94.

²⁹ Paton, George W.: Textbook of Jurisprudence (Manuel de jurisprudence), Oxford, 1946, pp. 31 et 32.

Statut de la Cour internationale de justice et que nous avons rappelée plus haut, des expressions analogues, telles que «un fond commun de systèmes juridiques» ou «la loi commune de l'humanité», sont maintenant d'un usage courant dans les échanges de vues entre spécialistes. Pour reprendre les paroles du Professeur Schlesinger: «On ne conteste plus guère de nos jours l'existence d'un fonds commun, quel qu'il soit»³⁰. Il s'agit maintenant d'étudier la nature et l'étendue de ce fonds commun en y appliquant les procédés de la recherche comparative systématique.

Dans l'*Europe de l'Est*, il n'existe pas encore de droit comparé à proprement parler. Comme le disait S. L. Zivs en 1964, «ni le rôle ni la véritable nature de la jurisprudence comparée considérée comme une méthode de recherche particulière, ni son rang parmi les concepts scientifiques, n'ont encore été définis»³¹. On ne saurait donc pousser bien loin le parallèle entre le droit comparé en Europe de l'Ouest et en Europe de l'Est. En effet, les juristes de l'Europe de l'Est en sont encore à reconnaître la question, à s'efforcer de justifier le besoin d'une recherche comparée dans les sciences juridiques et à faire la critique du droit comparé occidental.

La critique du droit comparé occidental se fonde sur le dogme marxiste classique (et périmé) de la «crise générale du capitalisme». Cette crise provoquerait la décomposition de l'idéologie bourgeoise et, au lieu de produire une idéologie à la fois concrète et constructive, donnerait naissance à une propagande anti-communiste négative et stérile qui devient de plus en plus l'arme idéologique principale que les régimes capitalistes utilisent pour prolonger leur existence.

Dans leur majorité, les comparatistes occidentaux se voient reprocher «de se mettre au service de toutes les tendances idéologiques de l'impérialisme réactionnaire international». On fait cependant exception en faveur de ceux qui, tout en étant «adversaires du marxisme-léninisme, préconisent la coexistence pacifique et le désarmement, et se rangent aux côtés des pays socialistes pour tout ce qui concerne les questions internationales les plus importantes». Les instituts spécialisés pour l'étude du régime communiste, et notamment les instituts de recherche sur les systèmes juridiques de l'Europe orientale, sont tous indifféremment qualifiés de centres de propagande anti-communistes.

On reproche également au droit comparé des pays de l'Ouest de fournir «des outils scientifiques grâce auxquels le néo-colonialisme imposera le système juridique capitaliste aux pays nouvellement

³⁰ R. B. Schlesinger, *Le fonds commun...*

³¹ Zivs, S. L.: *O metode sravnitel'nogo issledovaniya v nauke o gosudarstve i prave* (La méthode de la recherche comparée en jurisprudence) *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1964, No 3, pp. 25 à 35; voir aussi V. Knapp: *Bibliographie des publications juridiques tchécoslovaques*, Prague 1959.

indépendants», des idées en vue de réaliser l'Europe intégrée et de préparer l'avènement d'un ordre juridique mondial³².

La libre critique est l'un des principes fondamentaux de la liberté universitaire à l'Ouest. A cet égard, les paroles de Milton sont toujours d'actualité: «Si l'homme est libre d'exprimer ses opinions, la vérité triomphera du mensonge à l'issue d'une lutte ouverte». En un tel combat, l'affirmation et la critique se trouvent placées dans leur propre perspective; ainsi des erreurs peuvent être corrigées.

Le Professeur Zivs formule dans les termes suivants les objectifs généraux que doit se proposer à l'avenir la méthode comparée en jurisprudence communiste: «Contribuer à informer le public dans le monde entier (*mirovoe obshchestvennost*) et la classe ouvrière de tous les pays au sujet des succès du socialisme et des avantages qu'offre l'organisation politique socialiste de société». Cette méthode devrait jouer un rôle dans l'étude des systèmes juridiques des pays nouvellement indépendants, y répandre la connaissance du système socialiste et contribuer à unifier les institutions juridiques dans les pays du COMECON³³.

On peut rapprocher cette définition d'une autre, qui utilise la jurisprudence occidentale. L'école de Yale, fondée par les Professeurs Laswell et McDougall, définit la jurisprudence comme étant «une science morale normative qui devrait faciliter la découverte des grandes options, lesquelles susciteraient l'apparition dans le monde d'un ordre public minimal fondé essentiellement sur le libre consentement et permettant d'éviter les destructions fratricides d'une guerre généralisée»³⁴. Cet objectif devrait être atteint grâce à plusieurs méthodes et notamment par «une stratégie idéologique appropriée qui se proposerait d'agir sur l'attitude de groupes importants au moyen de symboles répandus dans un groupe choisi et par la création de centres et de moyens de communication à travers lesquels les symboles en question seront mis en circulation».

Ainsi, l'école de jurisprudence la plus hardie de l'Europe oc-

³² Krasnow, I. M.: American Research Centres at the Service of Anti-Communism (Les centres de recherches américains au service de l'anti-communisme), *International Affairs*, Moscou 1963, No 8, Novoseltsev, Y. N. West German Ostforschung (Les centres de recherche sur l'Europe de l'Est en Allemagne occidentale), *International Affairs*, 1963, No 8.

Kurina, A.: Anti-Communism and imperialist foreign policy (Anti-communisme et politique étrangère impérialiste). *International Affairs*, 1963, p. 7. Tumanov, V. A.: Que cache l'expression «Primauté du Droit»? *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo* (L'Etat et le droit en URSS), 1963, No 9, pp. 50 à 61. Zivs, S. L., op. cit., pp. 34 et 35.

³³ Zivs, op. cit., p. 33.

³⁴ Harold Laswell: Introduction, Universality versus Parochialism (Introduction, universalité contre esprit de clocher), M. S. McDougall, F. P. Feliciano: Law and Minimum World Public Order; the Regulation of International Coercion (Le droit et les exigences minimales de l'ordre public mondial - La régulation de la coercition internationale), Yale University Press, 1961, pp. xix à xxiv.

cidentale d'aujourd'hui veut attribuer à cette science, comme le font les juristes de l'Europe de l'Est, le rôle d'un instrument à la fois scientifique et politique d'une importance prépondérante. Il y a identité de vues sur la nécessité, pour la jurisprudence, d'informer un «auditoire choisi» aussi vaste que possible, que l'on appelle à l'Est «la classe ouvrière de tous les pays» et, à l'Ouest, «l'opinion publique mondiale».

Parmi les buts de la méthode comparée dans l'étude de la jurisprudence, tels qu'ils sont définis en Europe de l'Est, figure la démonstration faite devant un public aussi étendu que possible de la supériorité du système juridique communiste. Il va de soi que ceux qui n'acceptent pas cette définition, et parmi lesquels se trouvent de nombreux juristes socialistes, ont parfaitement le droit d'exprimer une opinion contraire et d'exposer les fondements théoriques de leur jurisprudence, et qu'ils peuvent le faire sans mériter l'épithète de «néo-colonialistes» ou d'«impérialistes».

Une critique digne de ce nom devrait se proposer de démontrer scientifiquement si oui ou non le droit comparé occidental est «satisfaisant». A ce point de vue, on ne peut qu'accueillir avec faveur l'élan donné par le Professeur Zivs aux méthodes utilisées pour la critique du droit comparé occidental et fondées sur les traditions bien établies de la jurisprudence comparée. La méthode comparative, dit-il, devrait analyser les arguments avancés, en apprécier la valeur et réfuter ceux d'entre eux qui paraissent mal fondés ou de peu de poids. C'est bien ainsi en effet qu'on doit aborder le problème. Ce n'est qu'après avoir suivi pas à pas les propos de l'adversaire et avoir réussi à étayer ses propres arguments qu'il est possible d'avancer une contre-proposition vigoureuse capable de l'emporter.

En matière de jurisprudence et de droit comparé, la recherche scientifique, la logique et la raison devraient constituer les critères de la discussion. On devrait se garder des deux côtés d'utiliser des cris de guerre chargés de passion ou de qualifier toutes les critiques d'«injurieuses», ces procédés n'étant ni convaincants ni favorables à la sérénité du débat.

Dans l'article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'Assemblée générale des Nations Unies a garanti à l'humanité le «droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et les libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet». Le rôle de la jurisprudence comparée, tant dans l'Europe de l'Est que dans l'Europe de l'Ouest, sera de participer à la construction d'un ordre mondial de ce genre, en offrant à la population toujours plus nombreuse du globe les meilleures méthodes d'organisation qu'il se puisse concevoir. Un tel effort sous-entend l'information réciproque et le rapprochement des points de vue ou, en d'autres termes, la collaboration des juristes à la réalisation de cette vaste entreprise.

2. *Le droit comparé et les organisations internationales*

Les Nations Unies. Dans le dessein de préserver les générations futures du fléau de la guerre, la Charte des Nations Unies a confié à la coopération internationale le soin de promouvoir et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous. Cette tâche ne saurait être réalisée sans un recours à la méthode comparative étendue au monde entier. Les juristes, de quelque système politique et juridique qu'ils se réclament, ont tout naturellement un intérêt commun pour les droits de l'homme. En cette matière, un lieu de rencontre ayant un caractère officiel leur est offert par la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, la première en date des instances internationales à entreprendre des travaux concrets, et l'auteur en particulier de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et des projets ultérieurs de pactes internationaux sur les droits de l'homme³⁶. Parallèlement aux travaux qui se poursuivent sur cette question, un nouveau programme, élaboré depuis 1956, fait tout particulièrement appel aux échanges de connaissances théoriques et pratiques en matière de promotion des droits de l'homme. Ses trois éléments les plus importants sont les suivants:

1. l'envoi par les gouvernements de rapports périodiques sur les droits de l'homme,
2. une série d'études portant sur certains droits ou groupes de droits particuliers, et
3. un programme de services consultatifs.

Des bourses de services consultatifs sont accordées, et la Division des droits de l'homme du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies organise des cycles d'études consacrés à diverses questions touchant aux droits de l'homme. Ainsi, la mise en commun des expériences permet à chaque pays de tirer parti de l'œuvre accomplie par les autres.³⁷

En 1947, la Commission des Droits de l'Homme a créé une Sous-Commission de la prévention de la discrimination et de la protection des minorités, en lui donnant pour mandat de se livrer à des études et de formuler des recommandations sur ce sujet. Cette Sous-Commission, dont les membres siègent en qualité d'experts individuels et ne représentent pas leurs gouvernements, a acquis avec le temps le caractère d'un organe stable et efficace, point de rencontre de spécialistes qui abordent par la méthode comparative le

³⁶ Albert Verdoodt: Naissance et signification de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, Louvain-Paris, 1963.

³⁷ Everyman's United Nations, 1964, 7ème édition, pp. 305 à 312.

programme des Nations Unies en matière de droits de l'homme.³⁸

La Commission du droit international a pour tâche de faire progresser et de codifier cette branche du droit. Ses vingt-cinq membres, qui siègent eux aussi à titre de spécialistes du droit international, sont élus de manière à assurer une représentation efficace aux divers systèmes juridiques du monde. Endonnant une formulation aux règles de comportement international qui font leur apparition dans diverses parties du monde, cet organe d'experts des Nations Unies est devenu un centre de collaboration où se rencontrent ces spécialistes.

UNESCO. L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture a elle aussi son rôle à jouer dans les progrès de la jurisprudence comparée. L'objectif de cette Organisation, tel qu'il est défini dans son acte constitutif, est de contribuer à la paix et à la sécurité en favorisant la collaboration entre les nations grâce à l'éducation, à la science et à la culture, en vue d'assurer le respect universel de la justice, de la primauté du droit, des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous.

Le programme de sciences sociales de l'UNESCO vise, entre autres choses, à promouvoir les droits de l'homme et la compréhension internationale. Dans un rapport sur son programme pour 1947 dans le domaine des sciences juridiques, cette organisation a fait une mention explicite de l'étude comparée des institutions et des procédures juridiques, en vue d'y découvrir des éléments communs.³⁹

Association internationale des sciences juridiques. — En 1950, l'UNESCO a créé une organisation internationale non-gouvernementale ayant son siège à la Maison de l'UNESCO à Paris, et l'a chargée d'exécuter la plus grande partie de ce programme. L'Association internationale des sciences juridiques cherche à promouvoir les progrès de ces sciences dans le monde, par l'étude comparée des divers systèmes juridiques. Elle contribue ainsi à améliorer la connaissance de ces systèmes de même que la compréhension mutuelle parmi les nations; elle y parvient au moyen d'échanges scientifiques sous toutes leurs formes: échanges de juristes, envoi de documentation, organisation de réunions, encouragement donné aux institutions nationales vouées à la recherche en matière de droit comparé, coordination et soutien de leurs activités. Les 37 comités nationaux (chiffre de 1963) forment le Conseil de l'Association, lequel élit un Comité exécutif de neuf membres, le Comité international du droit com-

³⁸ Voir: «Le Projet de pacte international sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse», *Revue de la Commission internationale de juristes*, Vol. VI, 1965, No 2.

³⁹ Lambert J.: Rapport sur le programme juridique de l'UNESCO 2C/40, Annexe, Paris 1947.

paré, véritable organe suprême de la spécialité des comparatistes dans le monde. Des institutions internationales désireuses de participer aux efforts de l'Association peuvent y appartenir en qualité de membres associés. Les pays de l'Europe de l'Est, à l'exception de l'Albanie et de la République démocratique allemande, ont tous leur Comité national.

En dépit de l'étroitesse de ses ressources, qui l'oblige à compter surtout sur les travaux de ses comités nationaux et de ses membres associés, l'Association peut s'enorgueillir de succès importants, dont le moindre n'a pas été l'élargissement de la collaboration entre juristes des deux parties de l'Europe. Elle a organisé en 1958 le Colloque de Varsovie, dont les travaux ont été analysés ci-dessus, puis un autre colloque à Rome, sur les aspects juridiques des relations commerciales entre pays possédant des structures économiques différentes. Une réunion qui a eu lieu à Trèves en 1961 a permis de comparer le droit des contrats et de la propriété dans les pays à structures économiques différentes. La même année, l'Association a publié les actes d'une rencontre consacrée aux aspects juridiques du commerce avec les pays à économie planifiée.

L'Association a adopté en 1960 un programme à long terme portant entre autres sur la publication de bibliographies juridiques nationales, de dictionnaires et de travaux d'introduction aux systèmes juridiques étrangers. Ce programme prévoyait encore des recherches sur certains sujets particuliers, tels que les problèmes juridiques du commerce international, la protection des droits de l'homme, les difficultés particulières que rencontre le droit dans les pays en voie de développement. Les relations entre les pays de l'Europe de l'Est et ceux de l'Occident ont été inscrites en bonne place dans ce programme. Dans son rapport, l'Association a vivement critiqué les déficiences subsistant dans ce domaine, au regard de l'importance des problèmes qui se posent, ainsi que le manque de coordination des études comparées, l'absence d'enseignement du droit de l'Europe orientale dans les facultés de droit de l'Ouest, et la conception étreinte, dogmatique, orthodoxe et idéologique du droit comparé qui règne en Europe de l'Est.⁴⁰ L'activité de l'Académie internationale de droit comparé, affiliée à l'Association, et celle des facultés internationales de droit comparé de Strasbourg et Luxembourg, méritent encore d'être mentionnées.

⁴⁰ I. Zajtay: L'Association projette actuellement la publication, en anglais, sous la direction du professeur Konrad Zweigert, de Hambourg, d'une *Encyclopédie internationale du droit comparé*, présentant les systèmes juridiques de divers pays du monde. L'ouvrage comprendrait 16 volumes, totalisant environ 17.000 pages. En ce qui concerne la place qu'y occuperait la légalité socialiste, voir l'article de John N. Hazard "Socialist Law and the International Encyclopedia" (la légalité socialiste et l'encyclopédie internationale), *Harvard Law Review*, vol. 79/2, décembre 1965, pp. 278-302.

Tout inventaire des efforts récents faits par des organisations internationales en vue d'élargir les terrains de rencontre de juristes se réclamant de systèmes juridiques différents et professant des conceptions différentes de la légalité serait incomplet s'il ne comprenait une étude de l'activité de la Commission internationale de Juristes.

La Commission internationale de Juristes. En vue de faire toute la lumière sur la signification du principe de la Légalité à l'époque contemporaine, la Commission internationale de Juristes s'est délibérément efforcée d'utiliser la méthode comparée.⁴¹

Les travaux préparatoires du Congrès de New-Delhi, réuni en 1959 pour rechercher une définition du principe de la légalité, se sont poursuivis pendant plusieurs années et ont porté sur une large comparaison entre les systèmes juridiques de cinq continents ⁴². A la suite de ces travaux, la Commission en est venue à la conviction que:

dans une grande partie du monde, il existe, bien qu'à l'état encore embryonnaire, un certain accord, en particulier dans les milieux juridiques, sur la nature et l'importance de la Primauté du Droit ... notion comprise comme une expression commode pour résumer une combinaison de certains idéaux fondamentaux qui constituent les objectifs de toute société organisée, d'une part, et d'expériences pratiques acquises sur le plan des institutions, des procédures et des traditions juridiques par lesquelles ces idéaux peuvent être réalisés, d'autre part.

Partant de cette considération, le Congrès de New Delhi a défini dans les termes suivants le principe de la légalité:

les principes, les institutions et les procédures, pas toujours identiques, mais en de nombreux points similaires, qui, selon l'expérience et la tradition 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.

Le Congrès de Delhi a affirmé que les principes sur lesquels se fonde la Primauté du Droit, d'une part, et les droits de l'homme et les libertés fondamentales énumérés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, d'autre part, expriment une seule et même vérité. En réalité, les institutions et les procédures qui, ensemble, donnent son expression au principe de la légalité, visent

⁴¹ La Commission internationale de juristes, Ses objectifs, son organisation, son activité, Genève, 1965.

⁴² Le principe de la légalité dans une société libre, Rapport sur les travaux du Congrès international de juristes, tenu à New-Delhi, Inde, 1959, pp. 197 à 207, notamment p. 201.

aussi à assurer la mise en œuvre des droits matériels contenus dans la Déclaration Universelle.⁴³

Les congrès et conférences organisés ultérieurement par la Commission, ainsi que ses autres activités si variées, n'ont pas manqué de contribuer dans une très large mesure à donner au principe de la légalité le caractère d'une notion internationale ou supranationale, susceptible de recevoir une application pratique dans des pays vivant sous des régimes politiques et économiques différents et possédant des traditions juridiques différentes⁴⁴.

En lui-même, le principe de la légalité, tel que l'a défini le Congrès de New Delhi, imposait à la Commission internationale de juristes d'accepter la méthode comparative. Celle-ci fut donc largement utilisée au cours des années suivantes dans les publications de la Commission pour situer certaines institutions juridiques importantes dans leur perspective globale⁴⁵. Lors des congrès et conférences, elle fut constamment retenue pour définir et traiter, au cours des débats, les questions inscrites à l'ordre du jour⁴⁶.

Lorsqu'il élaborait le principe de la légalité dans sa conception moderne, le Congrès de New Delhi n'ignorait pas que la définition qu'il en donnait, pour acceptable qu'elle fût à l'Ouest et en de nombreuses autres parties du monde⁴⁷, se heurtait à une conception fondamentalement différente de la légalité dans les pays sous régime communiste.

Dans son œuvre de comparaison entre les deux types de légalités, la Commission est en contact permanent avec des instituts de recherche spécialisés dans le droit de l'Europe de l'Est. Ces utiles contacts ne cessent d'évoluer. Les rapports de la Commission avec

⁴³ Première Commission, Section III:

1) 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.

2) Les gouvernements du monde entier doivent prévoir les moyens qui permettent au régime de légalité de se maintenir et de se développer grâce aux accords internationaux ou régionaux, d'après le modèle de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ou de toute autre manière...

⁴⁴ Norman S. Marsh: Le principe de la légalité: New Delhi-Lagos-Rio de Janeiro, *Revue de la Commission internationale de Juristes*, Vol. IV, No 2, 1963, p. 258.

⁴⁵ Par exemple: «L'assistance judiciaire et le principe de la légalité: Eléments d'une étude de droit comparé», par Norman S. Marsh, *Revue*, Vol. II, No 2. L'internement administratif dans divers pays, *Revue*, Vol. III, Nos. 1 et 2.

⁴⁶ Par exemple: «La Primauté du droit, Idée-force du Progrès», Rapport sur les travaux du Congrès des juristes du Sud-Est asiatique et du Pacifique, Bangkok, Thaïlande, 1965.

⁴⁷ The Rule of Law as Understood in the West, (Le principe de la légalité selon la conception occidentale), *Annales de la Faculté d'Istanbul*, Tome IX, No 12, 1959.

le Conseil de l'Europe ont de même ouvert des voies nouvelles et importantes à l'information et à la collaboration ^{47a}.

Dans ses rapports spéciaux et dans ses périodiques, la Commission a publié un certain nombre d'études comparées sur les principaux événements de caractère juridique survenus dans l'Europe de l'Est ⁴⁸.

A cet égard, nous voudrions appeler tout particulièrement l'attention du lecteur sur l'article de M. E. Zellweger, paru en 1964 et intitulé «Le principe de la légalité socialiste», où les deux conceptions de la légalité sont comparées dans tous leurs aspects ⁴⁹. Examinant leurs applications respectives aux institutions juridiques, l'auteur a constaté entre elles un certain nombre de ressemblances et de différences. Le droit administratif, les jugements rendus par application de la loi, et la protection juridique de la personne humaine, ont paru reposer sur des principes identiques. Là où une différence fondamentale a pu être constatée, c'est dans la législation et dans l'interprétation des lois qui, en Europe de l'Est, est soumise aux directives du Parti communiste. L'auteur de l'article conclut en ces termes: «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». Il a constaté que la divergence fondamentale entre le principe de la légalité dans les pays socialistes et dans ceux qui reconnaissent la Primauté du Droit naît de leur attitude à l'égard de l'individu. A l'Ouest, les organes de l'Etat sont tenus de se conformer à la loi, afin de respecter le domaine sacré de la liberté individuelle. En vertu de la légalité socialiste, au contraire, l'individu n'est pas seulement tenu d'obéir à la loi. Il doit aussi collaborer activement à la mise en œuvre du droit socialiste. Le droit a une fonction éducative et doit enseigner à chaque citoyen d'organiser «toutes les activités importantes d'ordre individuel en fonction directe de l'activité sociale». Partant de cette constatation fondamentale, M. Zellweger a conclu que la différence fondamentale entre les deux conceptions de la légalité tenait au fait que la légalité socialiste se propose moins de sauvegarder le domaine de la liberté de l'individu que de permettre la maîtrise totale de celui-ci ⁵⁰.

L'étude comparée des problèmes juridiques entreprise par la Commission internationale de Juristes vise à créer les conditions d'un débat objectif et érudit sur les principes, les institutions et les procédures juridiques en usage dans les différents pays du monde, quels

^{47a} Voir note (10).

⁴⁸ On trouvera à l'annexe une bibliographie de ces publications.

⁴⁹ E. Zellweger: Le principe de la légalité socialiste, *Revue de la Commission internationale de juristes*, Vol. V, No 2, 1964, pp. 187 à 228.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 227 et 228.

que soient leurs structures politiques et leur régime économique, pour reprendre les termes de la Déclaration de Delhi.

Pour assurer un déroulement satisfaisant à un tel débat, la Commission accorde beaucoup d'attention aux travaux de divers organismes internationaux de la famille des Nations Unies, que nous avons déjà cités. Sa participation aux travaux de la Commission des Droits de l'Homme et de sa Sous-Commission lui ouvre d'excellentes possibilités de coopération avec des juristes se réclamant de conceptions différentes de la légalité, et notamment avec des juristes de l'Europe de l'Est. Les cycles d'étude des Nations Unies sur les droits de l'homme, et particulièrement ceux qui sont organisés en Europe de l'Est, comme à Varsovie en 1963 et à Ljubljana en 1965, offrent des occasions particulièrement favorables à de telles rencontres et à une telle collaboration. De même, il est possible que les réunions de l'UNESCO et de ses organisations affiliées ouvrent de nouvelles voies à la communication et à la collaboration.

La Commission a établi des contacts avec des instituts de recherche juridique de l'Europe de l'Est. Des échanges réguliers de publications ont déjà été mis au point avec certains d'entre eux et la formule pourrait certainement encore être élargie. Il existe dans le domaine des droits de l'homme des sujets d'intérêt commun, tels que l'étude des droits sociaux et économiques, domaine où la documentation et l'expérience peuvent être mises à la disposition de tous.

Les visites et les contacts personnels constituent un moyen à la fois simple et utile de favoriser la compréhension. Outre les visites que des membres du Secrétariat de la Commission internationale de Juristes ont faites en Europe orientale et que les juristes de l'Europe orientale leur ont rendues, on peut citer en exemple l'initiative prise par la Commission Autrichienne de Juristes, Section nationale de la CIJ, qui a invité d'éminents juristes de l'Europe de l'Est à participer à sa réunion annuelle, près de Salzbourg, en mai 1965. Cette réunion prit la forme d'un cycle d'étude sur les problèmes contemporains de la Primauté du Droit et fournit aux juristes autrichiens et à leurs invités l'occasion d'un échange de vues et d'une confrontation d'idées aussi intéressants qu'utiles. Elle souligna, en outre, la volonté de maintenir et d'élargir les contacts entre juristes européens de l'Ouest et de l'Est ⁵¹.

II. ETAT DE LA SCIENCE DU DROIT COMPARÉ EN EUROPE DE L'EST

Nous avons déjà remarqué qu'en Europe de l'Est, les juristes en étaient encore à la phase préparatoire du comparatisme. L'examen de travaux récents de droit comparé publiés dans la région

⁵¹ *Bulletin de la Commission internationale de juristes*, No 23, août 1965.

confirme bien cette remarque; les auteurs des articles cités sont d'éminents spécialistes qui occupent dans leurs pays des postes directeurs dans la hiérarchie des institutions et qui donnent ses directives à la science du droit.

Hongrie

Les questions de jurisprudence comparée contemporaine ont été traitées assez largement dans des publications récentes dues aux professeurs Szabó et Eörsi.

Les articles du professeur Imre Szabó⁵² sont surtout consacrés aux aspects méthodologiques et théoriques de ces questions. Quant au professeur Gyula Eörsi, il s'est plutôt intéressé aux problèmes d'utilisation pratique qu'elles soulèvent.

Du point de vue de la théorie du droit, l'un et l'autre soulignent la différence fondamentale entre les systèmes juridiques occidentaux et communistes. Ils estiment avec raison que l'analyse formelle, dogmatique, ne peut venir à bout des problèmes que fait surgir une comparaison de ce genre, et le droit comparé occidental, disent-ils, s'arrête généralement au seuil de la recherche sociologique. Même les spécialistes qui tiennent compte des structures sociales semblent buter sur des différences d'importance secondaire, à savoir les impulsions sociales qui déterminent l'essence même du droit.⁵³

La ressemblance plus ou moins complète des institutions juridiques n'est pas vraiment révélatrice du droit sur lequel elle repose. On citera ici le cas de l'Europe de l'Est, où les nouveaux régimes politiques ont longtemps fait usage des anciennes lois bourgeoises héritières du droit romain, leur ont donné une application nouvelle et leur ont laissé créer des rapports sociaux nouveaux dans les populations. Les ressemblances sont relatives, partielles, alors que les oppositions sont fondamentales et totales. Il existe aussi dans l'Europe de l'Est des institutions juridiques nouvelles et uniques en leur genre, comme par exemple les lois sur les coopératives agricoles, sur les entreprises d'Etat ou sur les conseils communaux, dont le droit occidental ne possède pas l'équivalent, et qui échappent par conséquent à toute comparaison. Il n'en demeure pas moins que la comparaison est toujours possible et souhaitable, à condition de ne porter que sur les différences et de montrer l'usage qui est fait des institutions juridiques dans un système de droit nouveau plus

⁵² Szabó, Imre: La science comparative du droit, *Annales universitatis Scientiarum Budapestiensis, Sectio Iuridica*, 1964, p. 134.

Szabó, Imre: Ellentmondások a különböző társadalmi rendszerek joga között (Contradictions entre les systèmes juridiques des différents systèmes sociaux) *Allam és Jogtudomány*, Budapest 1963, Vol. VI, No 2, pp. 165 à 167.

⁵³ Szabó: Contradictions, p. 59.

évolué, fondé sur la socialisation des moyens de production. Cette comparaison devrait faire apparaître les contradictions logiques qui séparent les deux types de droit, du point de vue de la théorie du droit comme des institutions juridiques. Les contradictions devraient toujours être considérées comme étant provoquées par la différence entre les structures sociales, et c'est seulement au niveau de la société qu'il convient de chercher à les résoudre. Telles sont, plus largement développées, les vues théoriques que le professeur Szabo exposait déjà au Colloque de Varsovie.

C'est surtout le professeur Gyula Eörsi qui a traité des problèmes d'application générale soulevés par la pratique du droit comparé⁵⁴. Le développement des échanges internationaux dans le monde entier a accéléré l'évolution du droit comparé: c'est ainsi qu'il a contribué à unifier le droit appliqué aux instruments négociables, et à faire progresser le droit international privé. Le droit comparé fleurit à l'Occident, où il rencontre des conditions extrêmement favorables à son épanouissement. La comparaison entre les institutions et les conceptions juridiques du droit continental européen et du *common law* est extrêmement fertile, et cela d'autant plus que, pour une même infrastructure économique, elles offrent des solutions pratiques très différentes. Une interdépendance économique croissante exige une harmonisation toujours plus poussée entre systèmes de droit. Or le droit comparé peut contribuer utilement à cette harmonisation.

Les véritables difficultés surgissent lorsque l'on compare les deux systèmes de droit opposés, le système «bourgeois» et le système «socialiste», puisque les deux régimes sociaux opposés proposent des moyens différents pour résoudre des tâches semblables qui leur sont propres. Il cite, comme un exemple de la manière occidentale d'aborder le problème, l'article d'André Tunc sur le rôle du contrat dans les systèmes juridiques à structure économique différente⁵⁵. Tunc a fait observer que, sous l'effet de l'industrialisation, les deux systèmes ont à résoudre le même problème, à savoir: concilier une planification d'ensemble avec l'initiative et l'intérêt individuel. La solution qu'a retenue l'Occident repose sur l'initiative individuelle, et la planification ne s'y ajoute que pour harmoniser l'action des

⁵⁴ Eörsi, Gyula: Jogösszehasonlítás és békés együttélés (Le droit comparé et la coexistence pacifique) *Allam és Jogtudomány*, Budapest 1964, Vol. VII, No 3, pp. 380 à 393.

Eörsi, Gyula: Részvételünk «összehasonlító jogi» rendezvényeken (Notre participation aux réunions consacrées au «droit comparé») *MTA II.O. Közleményei* (Publications de l'Académie des Sciences), 1962, Nos. 1 et 2, pp. 113 et 114.

⁵⁵ A. Tunc: La possibilité de comparer le contrat dans les systèmes juridiques à structures économiques différentes, *Rabels Zeitschrift*, 1963, No 3, pp. 489 à 494.

individus. Dans l'Europe de l'Est, tout repose sur un plan économique défini par l'autorité centrale, mais qui laisse de plus en plus de champ à l'initiative individuelle. Tunc, comme grand nombre des comparatistes occidentaux, voit ici une certaine convergence et projette les grandes lignes d'une future synthèse des deux types de solution juridique. Fidèle à la ligne générale qui s'est dégagée du Colloque de Varsovie, Eörsi se déclare fermement opposé à toute possibilité de synthèse. Il soutient à cet effet que seule est concevable l'opposition marxiste classique entre la propriété privée et la propriété collective, ce qui rend une troisième méthode impensable. Mais ses arguments sur ce point ne sauraient convaincre que les marxistes orthodoxes. Il a sans doute raison lorsqu'il souligne que toute tentative pour faire converger les deux systèmes a actuellement ses limites; qu'un libre débat sur les divergences correspond à une nécessité de plus en plus largement reconnue; et aussi lorsqu'il préconise, comme les comparatistes occidentaux, une compétition pacifique et de haute tenue entre les diverses écoles de la science du droit comparé. Il reste cependant à voir lequel, de Tunc ou de Eörsi, se montre le moins «chimérique» lorsqu'il attend de l'avenir soit une synthèse entre deux systèmes juridiques, soit la survivance de la seule orthodoxie marxiste.

Pologne

Les juristes polonais ont joué un rôle de premier plan lorsqu'il s'est agi d'établir des contacts entre juristes de l'Est et de l'Ouest, et nous n'en voulons pour preuve que les résultats du Colloque de Varsovie. Plus tard, le Professeur Stefan Rozmaryn, président de ce Colloque, fut élu président de la Commission internationale de droit comparé, organe exécutif de l'Association internationale des sciences juridiques.

En 1957, Rozmaryn contribua à la préparation du Colloque de Chicago de l' AISJ sur la Primauté du Droit, en exposant certaines idées sur la méthode comparative appliquée aux systèmes juridiques à structure économique identique⁵⁶. Dans cet article, il a rejeté les méthodes sociologiques des «modèles» ou «types idéaux», prétendant qu'elles favorisaient trop le subjectivisme, et a proposé une méthode consistant à faire apparaître par l'analyse les principes et les institutions juridiques communs. Il a réaffirmé que la méthode comparative ne devrait pas se borner à de simples échanges d'information, mais au contraire qu'elle devrait comparer en profondeur les systèmes se réclamant du même type de légalité.

Dans son discours de clôture du Colloque de Varsovie, Roz-

⁵⁶ Stefan Rozmaryn: A propos des colloques de l'Association internationale des sciences juridiques pour la règle de la légalité, *Revue internationale de droit comparé*, 1958, pp. 70 à 75.

maryn déclara que la Commission internationale du droit comparé l'avait chargé de préparer un rapport général sur le colloque comme le professeur Hamson l'avait fait pour le Colloque de Chicago. On ne peut que regretter que ce rapport général n'ait pas figuré dans le volume des actes du Colloque de Varsovie, car on y aurait certainement trouvé des développements sur la méthode à utiliser pour comparer les systèmes juridiques se réclamant de types de légalité différents, dont Rozmaryn avait énoncé quelques principes de base dans son discours de clôture rappelé ci-dessus.

En droit civil comparé, il y a lieu de mentionner les travaux des professeurs Czachorski et J. Jakubowski ⁵⁷.

Roumanie

Parmi les publications récentes sur la théorie du droit, un article mérite de retenir l'attention parce qu'il est aussi d'une grande importance pour le droit comparé. Il a pour auteurs le professeur Traian Ionasco, Directeur de l'Institut de la recherche juridique de l'Académie roumaine des sciences, et son adjoint M. Eugen A. Barasch, et est intitulé: «Les constantes du droit. Droit et logique» ⁵⁸.

La thèse de ces auteurs est que le droit comparé devrait être utilisé en vue d'élaborer des notions juridiques de caractère scientifique qui faciliteraient les travaux portant sur la jurisprudence et la législation. De nouvelles possibilités sont ouvertes à l'utilisation de la méthode comparative par la reconnaissance de l'existence de facteurs et de concepts juridiques constants, communs à tous les systèmes de droit, qu'ils soient d'origine communiste, occidentale ou autre. Ces concepts communs ont pour origine la logique, autrement dit la nature du raisonnement humain applicable à la régulation des relations humaines et aux règles régissant le comportement humain. Les auteurs se définissent d'abord, par rapport à la pensée marxiste en citant Engels, pour qui les facteurs économiques déterminent en dernier ressort l'évolution historique, et en qualifiant le droit de superstructure des relations économiques et formée d'un ensemble extrêmement complexe de facteurs humains, dont l'économie n'est que le plus important, mais assurément non le seul. Ils rappellent

⁵⁷ M. W. Czachorski: Bibliographie juridique polonaise 1944-1956. Institut des sciences juridiques de l'Académie polonaise des sciences, Varsovie, 1958. Witold Czachorski: Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle, Rapports généraux au Vième Congrès international de droit comparé, Hambourg 1962 Bruxelles 1964, pp. 351 à 367.

J. Jakubowski: Some methodological problems of research on comparative law. De quelques problèmes méthodologiques sur la recherche en droit comparé. Panstwo: Prawo, juillet 1963 18 3.

⁵⁸ T. Ionasco, E. A. Barasch: Les constantes du droit; Droit et logique, *Revue roumaine des sciences sociales, série de sciences juridiques*, Vol. 8, No 2, 1964. Voir *Bulletin CIJ* No 23.

aussi l'un des premiers articles par lesquels s'est exprimée la science juridique roumaine, sur ce sujet, publié en 1956 dans la première livraison de la même revue juridique roumaine, sous la signature du Premier Ministre actuel, le Professeur Ion Gh. Maurer, où l'auteur admettait que les systèmes juridiques évoluent chacun selon des modes qui lui sont propres. Dans cette évolution, les concepts juridiques tirés de la logique jouent un rôle décisif, que l'on ne saurait négliger. Partant de cette affirmation et cherchant des exemples dans des concepts fondamentaux tels que le droit des contrats, la réparation des dommages, et notamment la définition de la responsabilité délictuelle et contractuelle, ou la capacité juridique, les auteurs développent les considérations que nous avons déjà rappelées ci-dessus. Dans leur raisonnement, ils font usage de la méthode comparative et citent de très nombreux auteurs allant de Jhering aux auteurs soviétiques contemporains, à François Gény et aux frères Mazeaud. Ils distinguent entre la théorie et les techniques du droit. La théorie du droit énonce les objectifs finaux ainsi que le contexte théorique des institutions juridiques. L'objectif ultime d'un système juridique donné peut être différent de celui d'autres systèmes juridiques, car il est déterminé par le fondement théorique de la science du droit, qui pourra être marxiste ou non. En dernier ressort, le caractère du système juridique est déterminé par le fondement théorique et idéologique. Néanmoins – et les auteurs y insistent – les techniques utilisées pour amener le droit vers les buts ultimes de son évolution ont de nombreux éléments communs dans les différents systèmes juridiques, et ceci en dépit des différences idéologiques, puisqu'elles tirent leur origine de facteurs constants, c'est-à-dire des lois de la logique humaine appliquées à l'évolution des relations humaines dans un contexte historique changeant.

Cet article témoigne d'un désir d'aborder sous un angle nouveau un problème fondamental dans les pays de l'Europe de l'Est, celui de la modernisation de leur système juridique, nécessité par le désir de faire face aux circonstances et aux exigences de la deuxième partie du vingtième siècle. Au cours du développement du système de droit, les techniques juridiques peuvent être empruntées n'importe où, à condition qu'elles servent les fins de l'Etat telles que le Parti les interprète. Que la jurisprudence roumaine reconnaisse l'existence de constantes dans les techniques juridiques constitue un progrès par rapport à l'attitude adoptée au Colloque de Varsovie par les juristes marxistes: là, en effet, c'était plutôt aux différences qu'aux ressemblances qu'ils s'étaient attachés. Aussi les juristes roumains pourront-ils plus facilement utiliser, en dépit des différences idéologiques fondamentales, le même langage professionnel que les juristes se réclamant de systèmes de droit non communistes, et tout d'abord que les juristes nourris dans la tradition juridique de l'Europe occidentale.

U.R.S.S.

La question de l'indépendance relative de la science du droit à l'égard de la philosophie, à quoi, pour les juristes soviétiques, se rapporte l'idéologie marxiste, a récemment suscité de nombreux débats. Des éminents spécialistes soviétiques ont cherché à renforcer cette indépendance relative au moyen d'arguments très ingénieux.

M. S. Strogovich, le doyen unanimement respecté des juristes soviétiques, s'est prononcé très nettement dans son dernier article, en affirmant que «le recours à la dialectique marxiste, loin d'exclure l'existence et l'utilisation de méthodes scientifiques spéciales dans les diverses branches du savoir, y amène au contraire. La science du droit devrait aussi avoir ses méthodes particulières adaptées aux caractères des sujets qu'elle traite». Parmi les méthodes utilisées dans la jurisprudence, il a spécialement cité les méthodes sociologiques et comparatives⁵⁹.

A. A. Piontkovsky a insisté sur le fait que les systèmes juridiques, d'une part, et la science juridique d'autre part, évoluent dans des conditions de relative indépendance à l'égard de la philosophie générale pour ce qui est de la théorie, et du législateur pour ce qui est de la pratique⁶⁰.

La science juridique devrait disposer de méthodes qui lui soient propres et qui permettraient aux juristes de régler les faits sociaux et juridiques, de mesurer l'efficacité des normes juridiques existantes et de formuler des suggestions en vue d'améliorer leur application, voire de les améliorer elles-mêmes. Il faut pour cela qu'il soit possible de critiquer le législateur ou la loi elle-même, exigence redoutable dans un pays où, jusqu'ici, on ne pouvait faire imprimer que des commentaires complaisants.

En matière de droit comparé, S. L. Zivs a défini dans son article, analysé ci-dessus, le rôle de la méthode comparative au sein d'une science juridique marxiste relativement indépendante. Il a repris le même thème lors d'une table ronde organisée à Paris en 1963 par l'Institut français du droit comparé⁶¹.

Dans ses considérations sur la méthode comparative, le Professeur Zivs part du passé très récent, alors que le «schématisme dogmatique» interdisait tout recours à cette méthode et s'opposait à

⁵⁹ Strogovich, M. S.: *Filosofiya i pravodenie, Nekotorye metodologicheskie voprosy yuridicheskoi nauki* (Philosophie et jurisprudence, questions méthodologiques des sciences juridiques) *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo* (L'Etat et le droit en URSS), 1965, No 6, pp. 74 à 82.

⁶⁰ Piontkovsky, A. A.: *Yuridicheskaya nauka, ee priroda i metod* (La science juridique, sa nature et ses méthodes) *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1965, No 7, pp. 73 à 82.

⁶¹ Table ronde sur les études et les recherches de droit comparé en URSS, par Gérard Lyon-Caen, *Revue internationale de droit comparé*, 1964, pp. 69 à 77.

ce que les résultats obtenus par le droit comparé occidental soient pris en considération. Cette période correspond à celle que nous avons appelée: l'époque d'isolement pour la science juridique de l'Europe de l'Est.

Citant le programme de 1961 du Parti communiste de l'Union soviétique, ainsi que le Plenum de 1963 du Présidium de l'Académie des Sciences de l'URSS – au cours duquel L. F. Iliev, alors chef de la Section idéologique du Secrétariat du Parti, avait défini les tâches à accomplir dans le domaine de la méthodologie, le Professeur Zivs s'est efforcé de définir la méthode comparative en droit, selon la conception marxiste. Voici ce qu'il a dit à ce propos:

La science comparée du droit est une application concrète de la méthode du matérialisme dialectique à l'étude des problèmes de l'Etat et du droit. La caractéristique spécifique de cette méthode est qu'elle met en jeu plusieurs systèmes de droit et qu'elle a pour objet de faire apparaître des ressemblances, des différences et des oppositions.

Ainsi définie, la science comparée du droit n'est pas une branche indépendante du droit, mais une méthode applicable à toutes les branches du droit par tous les théoriciens du droit. Le droit comparé ne peut plus se dire une «superméthode». L'expression «droit comparé» disparaît aussi de la terminologie pour la raison avancée ci-dessus; quant à l'expression «science juridique comparée», elle peut être utilisée s'il est bien entendu qu'elle désigne la recherche juridique comparative, ou plus précisément l'utilisation de la méthode comparative dans la recherche sur les institutions politiques et juridiques.

Dans la partie de son article où il traite de méthodologie, S. L. Zivs a distingué à nouveau et en plus grand détail entre la comparaison de systèmes juridiques de type identique et de type différent, c'est-à-dire par exemple entre la comparaison des systèmes occidentaux ou communistes entre eux, et celle des systèmes «communistes» et «bourgeois», qui donnent naissance à des difficultés d'ordre idéologique. Ici, la comparaison devrait se proposer de mettre au jour les différences entre les solutions juridiques et l'opposition des idéologies.

Nous avons déjà parlé de l'autre partie de son article, consacrée aux questions de l'utilisation pratique. Rappelons toutefois une métaphore par laquelle Zivs explique plus clairement l'usage qu'il conviendrait de faire de la méthode comparative dans les comparaisons entre systèmes juridiques fondés sur des conceptions différentes de la légalité⁶²: la jurisprudence comparée se révèle une méthode pratique pleine d'intérêt qui permet de dresser un écran sur lequel viennent se projeter les principaux aspects de la supériorité de l'un des systèmes et les défauts inhérents à l'autre.

⁶² Zivs, op. cit., pp. 32 et 33.

Tchécoslovaquie

Les professeurs Victor Knapp et Rudolf Bystricky traitent dans leurs articles de la science juridique comparée à l'époque contemporaine.

En 1959, Knapp a conclu que le droit comparé était considéré comme un phénomène purement occidental et était négligé en Europe de l'Est⁶³. En 1964, il éleva des critiques contre l'analyse formaliste et dogmatique du droit comparé occidental⁶⁴.

C'est Rudolf Bystricky qui, le premier en Europe de l'Est, a réclamé l'avènement d'une véritable science marxiste de la science comparée du droit⁶⁵. Prenant pour point de départ l'ouvrage très complet d'A. Schnitzer, «Vergleichende Rechtslehre», paru en 1960, il a esquissé la situation passée et présente de la science juridique occidentale comparée et en a fait la critique dans l'optique des résolutions du 21ème Congrès du Parti communiste de l'Union soviétique et des commentaires de P. S. Romashkin. S'associant à l'initiative de deux comparatistes français d'opinion marxiste, Roland et Monique Weyl⁶⁶, il a plaidé pour la constitution d'une véritable science marxiste du droit comparé, soutenant que la méthode comparative ne pouvait être abandonnée exclusivement aux pays de l'Ouest et que les spécialistes du monde communiste devaient, eux aussi, l'utiliser. Une science du droit comparé d'inspiration marxiste pourrait susciter l'analyse approfondie des institutions juridiques replacées dans leur contexte socio-économique. Une telle science devrait, selon lui, se proposer les objectifs suivants:

1. Comparer entre elles les institutions juridiques des pays socialistes, afin de les harmoniser et de raffermir la communauté des pays socialistes;
2. Faire mieux comprendre les systèmes juridiques étrangers, afin de perfectionner les règles du droit international privé, et de faire progresser la connaissance des systèmes juridiques des pays en voie de développement;
3. Montrer la véritable nature réactionnaire du droit et de la légalité dans l'Occident impérialiste;

⁶³ Viktor Knapp: Bibliographie des publications juridiques tchécoslovaques de 1945 à 1958; Institut de droit de l'Académie tchécoslovaque des sciences, Prague, 1959.

⁶⁴ Viktor Knapp: Verträge im Tschechoslovakischen Recht (Les contrats en droit tchécoslovaque) *Rabels Zeitschrift*, 1963, No 3, pp. 495 à 497.

⁶⁵ Rudolf Bystricky: Za Marxistickou srovnávací pravovedu (Pour une science juridique comparée marxiste), *Právník* 1962, No 8, pp. 625 à 637.

⁶⁶ Monique et Roland Weyl: Y a-t-il une conception marxiste du droit comparé? *La nouvelle critique*, juin 1961, p. 146.

4. Faire apparaître la supériorité de l'organisation sociale et juridique du monde communiste qui exprime un type de droit plus évolué;
5. Contribuer à élargir entre l'Europe de l'Est et l'Europe de l'Ouest les contacts sur le plan de la jurisprudence et des relations économiques.

Ces objectifs généraux furent repris et développés en Union soviétique par S. L. Zivs pendant l'année 1963. Nous en avons déjà fait plus haut la critique.

Yougoslavie

La Yougoslavie est le seul pays de l'Europe de l'Est où ait été fondé un Institut de droit comparé. Sous la direction du Professeur B. Blagojevic, l'Institut a exécuté de nombreux projets de recherche et publié une série d'études sur le droit yougoslave et le droit étranger. B. T. Blagojevic a conçu le droit comparé, et cela dès 1953, comme une discipline jouant un rôle de première importance dans la coopération entre juristes. Parmi les diverses applications qu'elle peut recevoir, Blagojevic a insisté sur la formulation de principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, comme il est dit à l'article 38 c) du Statut de la Cour internationale de justice⁶⁷. En matière de droit commercial international et d'arbitrage des conflits commerciaux, la science juridique yougoslave, sous l'impulsion du Professeur A. Goldstajn, de Zagreb, a ouvert des chemins nouveaux en Europe de l'Est⁶⁸. Plus récemment, le droit comparé yougoslave bien établi s'est signalé par des travaux qui mériteraient un examen plus détaillé qu'il n'est possible d'en faire dans le présent article.

Conclusions

Il y a dix ans, la recherche en droit comparé en Europe de l'Est était complètement subordonnée à des raisons d'opportunité et d'idéologie politique. Peu à peu, toutefois, la science du droit en général

⁶⁷ Borislav T. Blagojevic: Le droit comparé – science ou méthode; *Revue internationale de droit comparé*, 1953, No 4.

Borislav T. Blagojevic: Bibliographie juridique yougoslave Institut de droit comparé, Belgrade 1959; Collection des lois yougoslaves, Volumes I à VII, Institut du droit comparé, Belgrade.

⁶⁸ Aleksander Goldstajn: The Practice of Economic Courts (La pratique des tribunaux économiques) *New Yugoslav Law*, 1956, Nos 3-4, pp. 33 à 57; Aleksander Goldstajn: The contract relations of economic organizations (Les relations contractuelles des organisations économiques), *New Yugoslav Law*, 1958, No 1, pp. 24 à 38.

et la méthode comparative en particulier ont commencé d'acquérir une indépendance relative qui a encore beaucoup besoin de s'affirmer. Des efforts faits en ce sens visent à remplacer l'orthodoxie idéologique du passé par une méthode scientifique qui tiendrait compte d'éléments universels et constants du droit. Vus de l'Europe de l'Ouest, ces efforts semblent chercher à «séculariser» une science juridique jusqu'alors totalement dominée par l'idéologie. Lentement certes, mais peu à peu, on voit réapparaître des méthodes propres à la recherche juridique, telles que les méthodes comparative, sociologique et statistique. De fait, les considérations idéologiques ne peuvent ni ne doivent entraver la recherche juridique, scientifiquement poursuivie selon la méthode comparée.

L'une des fonctions essentielles du droit est de résoudre les conflits entre parties qui soutiennent des opinions contraires ou qui ont des intérêts opposés. C'est à cette fin que l'on applique le procédé contradictoire qui permet aux parties de faire valoir complètement leur point de vue. Chaque partie joue son rôle et, dans la majorité des cas, on aboutit en fin de compte à une décision équitable.

Pourquoi la même méthode ne serait-elle pas appliquée à la comparaison entre différentes conceptions de la légalité, et à des essais différents du droit comparé? Chacune des parties en cause devrait développer ses arguments conformément aux règles de la science comparée, et le procédé contradictoire pourrait trouver son application à travers les débats. C'est ainsi que le principe de la Primauté de Droit trouverait sa place dans la science du droit comparé.

PUBLICATIONS DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES CONCERNANT LES PAYS DE L'EUROPE DE L'EST

1. ARTICLES DU BULLETIN

Bulletin No 1, 1954

- | | |
|------|---|
| URSS | La signification réelle de l'indépendance du juge derrière le Rideau de Fer |
| URSS | Revue de livre – Le droit soviétique par René David et John N. Hazard, 1954 |
| URSS | Revue de livre – Soviet Law and Soviet Society (Droit soviétique et Société soviétique) par George C. Guins, 1954 |
| URSS | Jusqu'où va la «préparation» du procès? La procédure judiciaire et la défense de l'inculpé en droit Soviétique |

Bulletin No 2, mars 1955

- | | |
|-----------------|---|
| Tchécoslovaquie | La légalité socialiste en Tchécoslovaquie |
| Tchécoslovaquie | La justice et l'éducation |
| Hongrie | La justice et l'éducation |
| Pologne | La justice et l'éducation |
| Tchécoslovaquie | Pour de meilleurs arrêts de justice en Tchécoslovaquie |
| Tchécoslovaquie | Revue de livre – L'autorité politique en Tchécoslovaquie, par I. Gadourek, 1953 |
| Tchécoslovaquie | Prague à l'heure de Moscou, P. Paris, 1954 Barton |

Bulletin No 3, novembre 1955

- | | |
|-----------------|---|
| URSS | La dictature du prolétariat et du Parti |
| Europe de l'Est | Revue de livre – The Communist theory of Law (La théorie communiste du droit) par Hans Kelsen |

Bulletin No 6, 1956

- | | |
|---------|--|
| Pologne | Les procès de Poznan |
| Hongrie | La situation en Hongrie |
| URSS | La Primauté du Droit face à la légalité socialiste |
| URSS | La justice et les juges |

Bulletin No 7, 1957

- | | |
|--------------------|-----------------------------|
| Tchécoslovaquie | Tendances récentes du droit |
| Allemagne de l'Est | Le statu quo juridique |
| Yougoslavie | Le procès Djilas |

Bulletin No 8, 1958

Hongrie	Achèvement de la purge dans le Barreau hongrois
Yougoslavie	Un procès politique à Belgrade

Bulletin No 9, 1959

URSS	La réforme du droit pénal
Hongrie	Situation inquiétante (procès politiques)
Roumanie	Code pénal
Allemagne de l'Est	Le procès des étudiants de Dresde

Bulletin No 10, janvier 1960

Pologne	La situation du Barreau
Tchécoslovaquie	La justice de classe

Bulletin No 11, décembre 1960

Allemagne de l'Est	La collectivisation des terres
Hongrie	Aspects juridiques de la situation actuelle

Bulletin No 12, 1961

Allemagne de l'Est	Le Code du travail
Union soviétique	La peine de mort

Bulletin No 13, mai 1962

Albanie	Un procès politique «pour l'exemple»
Union soviétique	La légalité socialiste

Bulletin No 14, octobre 1962

Union soviétique	La peine de mort pour crimes économiques
Yougoslavie	L'affaire Djilas

Bulletin No 15, avril 1963

Bulgarie	Réhabilitation politique et répression du «parasitisme»
Hongrie	La «déstalinisation» du pouvoir judiciaire
Pologne	Les tribunaux ouvriers

Bulletin No 16, juillet 1963

Allemagne (Berlin)	Les réfugiés de Berlin
Allemagne de l'Est	La réforme judiciaire

Bulletin No 17, décembre 1963

Roumanie	La question de la minorité hongroise
Tchécoslovaquie	La réhabilitation des victimes de Staline
Yougoslavie	La nouvelle Constitution

Bulletin No 18, mars 1964

Hongrie	La situation du Barreau
---------	-------------------------

Bulletin No 19, mai 1964

Pologne	La réforme du statut des avocats
Tchécoslovaquie	Réformes législatives

Bulletin No 20, septembre 1964

Europe de l'Est	Importance croissante du rôle des assemblées parlementaires (en Pologne, en Yougoslavie, en Tchécoslovaquie et en Bulgarie)
-----------------	---

Bulletin No 21, décembre 1964

Europe de l'Est	L'amnistie en Bulgarie, Allemagne de l'Est, Pologne et Roumanie
Union soviétique	Le droit de propriété personnelle sur la maison d'habitation

Bulletin No 22, avril 1965

Allemagne de l'Est	Les Commissions d'arbitrage en tant qu'instrument de juridiction sociale
--------------------	--

Bulletin No 23, août 1965

Roumanie	L'évolution du droit (nouvelle Constitution)
Union soviétique	Préparation de la nouvelle Constitution

Bulletin No 24, décembre 1965

Europe de l'Est	La reconnaissance des droits de l'homme
-----------------	---

* * *

2. ARTICLES DE LA REVUE

Volume I, No 1

Union soviétique	La «Prokuratura» et les droits de l'individu contre l'Etat	Dietrich A. Loebner
Pologne	Garanties offertes à l'accusé dans les procès criminels	Revue des livres, Tadeusz Taras, 1956
Pologne	Les juristes polonais à la recherche de la légalité	

Volume I, No 2

Union soviétique et Europe de l'Est	La procédure devant les tribunaux en Union soviétique et en Europe orientale	Vladimir Gsovski et Kazimiers Grzybowski, éditeurs
-------------------------------------	--	--

Volume II, No 2

Union soviétique	Les fonctions de «surveillance générale» de la Prokuratura dans l'Union soviétique	Glenn G. Morgan
Union soviétique et Europe de l'Est	Le gouvernement, la législation et les tribunaux en Union Soviétique et dans l'Europe de l'Est	Revue de livres, Vladimir Gsovski et Kazimiers Grzybowski, 1959

- | | | |
|--------------------|---|---|
| Union soviétique | «Le pouvoir soviétique»; Introduction à l'étude de ses institutions | Revue de livres, Henri Chambre, 1959 |
| Allemagne de l'Est | Documents relatifs à la structure constitutionnelle de la République démocratique allemande | Revue de livres, Günther Albrecht Editeur, 1959 |
| Union soviétique | L'institution concentrationnaire en Russie | Revue de livres, Paul Barton, 1959 |
- Volume III, No 1*
- | | | |
|------------------|--|---|
| Europe de l'Est | Protection de la liberté de la personne dans la procédure pénale des pays d'Europe orientale | Kazimiers Grzybowski |
| Union soviétique | Détention préventive et internement administratif en Union Soviétique | Vladimir Gsovski |
| Union soviétique | Les violations du droit dans l'Etat socialiste et leur répression | Revue de livres, Rolf Schüsseler, 1958 |
| Hongrie | Les lois pénales hongroises | Revue de livres, (traduit en allemand et préfacé par M. Ladislaus Mezöfy, 1960) |
- Volume IV, No 1*
- | | | |
|--------------------|---|-------------------|
| Allemagne de l'Est | Le pouvoir judiciaire dans la zone soviétique d'Allemagne | Walther Rosenthal |
|--------------------|---|-------------------|
- Volume IV, No 2*
- | | | |
|------------------|--|--|
| Europe de l'Est | Le droit en Europe de l'Est: publications du Bureau de documentation sur le droit en Europe de l'Est, Université de Leyden | Revue de livres, 1958-1963 |
| Union soviétique | Le système juridique soviétique | Revue de livres, John N. Hazard et Isaac Shapiro, 1962 |
- Volume V, No 1*
- | | | |
|------------------|---|---|
| Union soviétique | Les infractions économiques en Union soviétique | Etude du Secrétariat |
| Union soviétique | La légalité administrative en Union soviétique. Le rôle de la Prokuratura | Revue de livres, Glenn G. Morgan, 1962 |
| Hongrie | Le Code pénal de la République populaire hongroise | Revue de livres, Dr. Lalislaus Mezöfy, 1964 |
| Hongrie | Aspects juridiques de la Question de la Hongrie | Dr. J. A. Sziksroy |
- Volume V, No 2*
- | | | |
|------------------|---|--------------------------------------|
| Union soviétique | Le principe de la légalité socialiste | Edouard Zellweger |
| Hongrie | Nouveaux éléments de l'évolution constitutionnelle socialiste | Revue de livres, István Kovács, 1962 |
- Volume VI, No 1*
- | | | |
|------------------|--|-------------------|
| Union soviétique | Les grandes lignes du nouveau droit pénal soviétique | Tomaso Napolitano |
|------------------|--|-------------------|

3. ETUDES SPÉCIALES

Europe de l'Est	Justice asservie (Recueil de documents sur l'abus de la Justice à des fins politiques), 1955
Hongrie	La situation en Hongrie et la Règle de droit (1957)
Hongrie	L'opposition entre la situation en Hongrie, et la Règle de droit continue (juin 1957)
Hongrie	La justice dans la Hongrie d'aujourd'hui (février 1958)
Allemagne de l'Est	L'injustice installée au pouvoir (Documents réunis sur la violation systématique des droits reconnus par la loi dans la zone soviétique d'Allemagne 1954-1958)
Allemagne de l'Est	Le Mur de Berlin: Un défi aux droits de l'homme (mars 1962)

CORÉE: LA PRIMAUTÉ DU DROIT - MAIS QU'EST-CE QUE LE DROIT?

par

PYONG CHOON HAHM *

I

Alors qu'elle s'efforce d'édifier une collectivité mondiale qui ne soit plus exposée aux menaces incessantes de massacres thermonucléaires, et où l'homme se conduirait humainement à l'égard de ses semblables, l'humanité prend toujours plus vivement conscience du besoin urgent de créer un ordre international capable de garantir la paix et d'imposer des conditions de vie décentes. Pour les juristes que nous sommes, cet ordre international est inséparable de la notion de Primauté du Droit, laquelle est à la fois son soutien et son drapeau. Mais, avant de pouvoir subordonner la conduite des affaires du monde à la Primauté du Droit, il est indispensable de fonder solidement celle-ci partout dans le monde.

C'est là une tâche extrêmement difficile, et les juristes le savent fort bien. Ils en sont particulièrement conscients dans les pays où la Primauté du Droit est depuis longtemps une réalité. Mais, dans les pays où il n'a pas été possible jusqu'ici de faire régner même un semblant de Primauté du Droit, les juristes reconnaissent l'existence d'une dimension nouvelle au problème: c'est à l'examiner que le présent article sera consacré.

On peut considérer que la question: «Qu'est-ce que le droit?» relève de la philosophie du droit, de la sémantique ou de la séméiologie. On serait donc justifié à voir dans tout effort pour y répondre un exercice purement théorique, si la question était de celles que l'on peut aisément mettre de côté. Si le mot «droit» déclenche, chez le Coréen moyen, une réaction mentale de méfiance ou d'hostilité, si légère soit-elle, pouvons-nous nous attendre que l'expression «Primauté du Droit» provoque en lui de la joie? Le mot «droit» a-t-il la même signification pour le Coréen moyen que pour l'Anglais moyen, par exemple? Et lui parler de Primauté du Droit ne suffirait-il pas à rendre d'avance inutiles tous nos efforts pour fonder solidement son empire?

Lorsqu'on dit à un Anglais que sa requête est entendue, ou que son procès se déroule, selon une procédure judiciaire normale, il

* Maître de conférence de Droit et Secrétaire exécutif de l'Institut de recherche et de science sociale Université Yonsei Séoul, Corée du Sud.

¹ A. K. R. Kiralfy, *Potter's Outlines of English Legal History* (London: Sweet & Maxwell, 1958), pp. 4-5.

peut être assuré d'une conclusion rationnelle et impartiale. Il s'enorgueillit de son précieux héritage de légalité.¹ Le droit est un ensemble de règles ayant pour objet de protéger ses droits et ses intérêts et aussi ceux de son voisin, qui ne lui est peut-être pas toujours favorable, mais dont il pourra en tout cas attendre réparation dans l'avenir. Lorsque l'ordre public règne, on peut y trouver un sentiment de sécurité, d'immunité même. Peut-être le droit n'a-t-il pas cette signification d'un bout à l'autre de l'histoire d'Angleterre, mais depuis près de deux siècles au moins, il n'a d'autres fins que la protection du citoyen.²

Il en a été tout autrement dans un pays d'Asie comme la Corée. Disons tout d'abord que le droit qui y est maintenant appliqué n'a rien d'autochtone, et que le peuple coréen, lui, n'a pas sujet de s'enorgueillir d'un «précieux héritage de légalité». Le système juridique actuel a été transplanté d'Europe sur le sol de Corée et n'y a pas encore pris racine. A n'en pas douter, il est parmi les systèmes de droit les plus modernes et les plus scientifiques du monde, mais le peuple coréen ne considère pas qu'il joue un rôle essentiel ou quotidien dans sa vie. Sa raison d'être est le bien du peuple, mais le peuple est incapable d'en tirer parti. Le Coréen peut s'en prévaloir, mais il répugne à «faire valoir son droit», démarche éminemment condamnable aux yeux de sa tradition.

Jadis, avant qu'un système de droit européen eût été introduit, le droit était un instrument qui servait à gouverner le peuple. Il existait dans l'intérêt du gouvernant et non dans celui des gouvernés. En cas de besoin, le gouvernant n'hésitait jamais à le considérer comme nul et non avenu, puisque le droit émanait de lui et qu'il le créait dans son intérêt exclusif. Même lorsqu'il professait un respect hypocrite pour la théorie selon laquelle le droit est créé dans l'intérêt du peuple, il n'hésitait pas à n'en tenir aucun compte, en prétendant, là aussi, agir dans l'intérêt bien compris du peuple. Jamais un gouvernement, même le plus vertueux, ne se laissait brider par une question de droit pur. Vouloir qu'un gouvernement soit lié par une obligation juridique était, pour un Coréen, une contradiction dans les termes. On pouvait peut-être invoquer une obligation envers la

² Voir, par exemple, le texte suivant: «Les lois offrent à tous l'assurance d'une justice égale dans l'arbitrage de leurs différends privés. . . Notre liberté politique s'étend aussi à notre vie de tous les jours. . . Cependant, cette absence de contrainte marque nos relations privées et ne fait pas de nous des contempteurs de la loi dans notre vie de citoyens. Nous sommes à l'abri de cette disgrâce parce que nous avons appris à obéir aux magistrats et aux lois, à celles surtout qui protègent la victime d'une injustice, qu'elles soient écrites ou qu'elles appartiennent à ce Code tacitement accepté et que l'on ne saurait enfreindre sans se déshonorer publiquement.» Oraison funèbre de Périclès, dans «La Guerre du Péloponèse» de Thucydides, traduit par R. Crawley (New York: Modern Library, 1934), p. 104.

morale ou envers les dieux, mais jamais, au grand jamais, à l'égard du droit, et il était impossible de seulement concevoir l'existence d'une charte ou d'un code qui pût avoir valeur d'obligation, à la fois pour le roi et pour ses sujets.³ Le roi était toujours, par définition, au-dessus de la loi. En Angleterre aussi, la théorie du droit divin des rois a prévalu pendant un certain temps, mais l'expression « le roi ne peut mal agir » a toujours été tempérée par l'adage selon lequel « *Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege, quia lex facit regem.* »⁴ Et bien entendu, l'Angleterre a eu sa Grande Charte.

L'idée qu'un sujet ordinaire puisse invoquer la loi pour assurer la protection de sa liberté ne pourrait même pas venir à l'esprit d'un Coréen. Elle était absolument étrangère à sa façon de penser, et inassimilable pour son intellect. La notion de loi était inconciliable avec celle de liberté. Elle en représentait même le contraire absolu et était totalement inconciliable avec elle. En fait, la Corée n'avait jamais connu de notion de liberté qui pût se comparer, même de loin, à celle qui était familière à un Grec ou à un Romain.⁵ L'idée qu'une procédure juridique bien définie, « normale » ou autre, joue un rôle capital dans la protection de la vie, de la liberté et de la propriété est totalement étrangère aux esprits orientaux.

Un célèbre poète et historien chinois se faisait gloire de ne pas même se donner la peine de lire les lois. Si le Romain était fier de ses lois et s'il avait foi en le système romain de jurisprudence, en revanche le Coréen n'avait que mépris ou crainte pour elles. Le Romain témoignait du respect à l'égard des juristes et se gardait de troubler l'ordre public, alors que le Coréen n'admirait que ceux qui étaient capables de « vivre en dehors des lois ».

C'est ainsi que, par tradition, le peuple coréen n'a jamais révééré la loi; au contraire, il la considérait comme un instrument d'oppres-

³ Dans un autre article, l'auteur se propose de poursuivre l'examen de la question, en considérant l'absence de « féodalité » en Corée.

⁴ Voir le texte suivant: « Les lois diffèrent de ce qui réglemente et exprime la forme de la Constitution; elles ont pour objet d'inspirer la conduite du magistrat dans l'exécution de son mandat et d'assurer le châtement des criminels ». Aristote, *La Politique*, traduit par Jowett (Oxford University Press, 1926), Livre IV, Chap. 1, 1289a.

⁵ « Hérodote rapporte que certains Grecs répondirent à un envoyé du Roi de Perse qui les pressait de se soumettre à Xercès: « Vous n'avez jamais goûté de la liberté et vous ignorez combien elle est douce, sinon vous nous presseriez de la défendre, non seulement avec nos javelots, mais même avec des hachettes ». » Edith Hamilton, *The Greek Way to Western Civilization* (New York: The New American Library, A Mentor Book, 1954), p. 124. On trouve, aux pages 123 à 125 de cet ouvrage de très intéressantes considérations sur les différences entre l'Est et l'Ouest.

sion. Il a fait de son mieux pour la tourner en toute occasion.⁶ C'était une joie pour le Coréen que de tourner la loi et berner ceux qui étaient chargés de l'appliquer. Et lorsqu'il ne se sentait pas assez hardi pour tourner la loi, il en avait peur et essayait de s'en tenir à distance respectueuse. Il craignait toujours «d'avoir affaire» aux gens de loi. Si le peuple avait considéré la loi comme son bien, il se serait efforcé de la protéger et de la maintenir. Mais, elle lui venait invariablement «d'en haut», et les auteurs de la loi ne tenaient jamais le moindre compte de ses intérêts.

Il ne pouvait exister d'obligation qu'à l'égard de la famille ou de la collectivité. La loi n'était jamais considérée comme une règle que l'on dût respecter pour elle-même. Pour le Coréen, l'idée qu'un contrat ou une promesse doivent être honorés de par leur nature lui est totalement étrangère et l'adage «*Pacta sunt servanda*» n'a aucun sens. Le Coréen tiendra parole lorsqu'il aura pour partenaire un parent, un allié ou un membre de sa collectivité. En effet, lorsque les parties à un contrat sont unies par un lien de famille ou de collectivité, c'est «perdre la face» que de faire défaut. Bien entendu, lorsque tenir parole est aussi de son intérêt, le Coréen tiendra parole à coup sûr.

L'Asie peut s'enorgueillir de posséder un Code pénal qui compte parmi les plus anciens du monde. Les dynasties qui se succédèrent en Chine n'ont cessé de le développer, et il a été copié au cours des siècles par d'autres pays d'Asie. Ces codes étaient rédigés avec un soin méticuleux, ils étaient très complets, occupaient des vingtaines de volumes et contenaient plusieurs milliers de dispositions. Mais en matière de contrat, de propriété, d'associations, de commerce, de représentation et d'autres objets du droit privé, il n'existait pas de législation codifiée qui pût se comparer au Code pénal. On considérait comme essentielles, et on promulguait, des lois passant pour nécessaires en vue de gouverner le peuple et de le maintenir à sa place. Ces lois sont effectivement des chefs d'oeuvre du «despotisme oriental».

Le vocable coréen qui désigne la loi, «bup», vient du mot chinois «fa». Utilisé comme substantif, il a trois significations d'abord, «norme, ordre, système»; puis «châtiment, peine»; et, enfin, «forme, apparence».⁷ Rapprochant ces diverses acceptions des mots

⁶ Voir les paragraphes 76, 77, 78 et 81 du Document de travail sur «La Primauté du Droit — Idée-force du progrès», Conférence de juristes de l'Asie du Sud-Est et du Pacifique, réunie à Bangkok, Thaïlande, du 15 au 19 février 1965, sous l'égide de la Commission internationale de Juristes.

⁷ Autrefois, un châtiment prenait la forme de l'obligation imposée au coupable de porter certains vêtements, le signalant ainsi à l'attention de ses semblables. On voulait lui inspirer un sentiment de honte à l'égard des autres, faire de lui à la fois une cible de reproches et un exemple pour autrui. Cette acception du terme désignait donc à l'origine une forme de *châtiment*.

jus, *droit* ou *Recht*, nous commençons à comprendre l'attitude du peuple coréen à l'égard de la loi. La première de ces acceptions se retrouve aussi bien en Europe qu'en Asie; quant au sens dit «subjectif» attaché aux termes européens, non seulement il manque en de nombreux pays d'Asie, mais il représente aussi, à cet égard, tout le contraire d'un châtement ou d'une peine.

Au siècle des communications rapides où nous sommes, un mot qui, dans une langue donnée, est utilisé avec une autre acception, trouve toujours son équivalent dans une autre langue, soit par la traduction ou l'interprétation, soit par un procédé d'assimilation, quelle qu'en soit la valeur. Il existe en coréen des équivalents à des mots comme démocratie, liberté, individu, justice, droits et devoirs, etc. S'il n'en était pas ainsi, les nations ne pourraient pas communiquer entre elles. Mais, d'autres complications ne tardent pas à naître: lorsqu'une traduction même approximative, a pu être établie, les problèmes se font plus difficiles et plus subtils, même s'ils ne traduisent pas les tensions sous-jacentes qui les créent.

Nous avons donné le mot coréen «bup» comme l'équivalent de *jus*, *droit*, *Recht* et *law*, et nous l'avons utilisé comme tel sans porter attention à ses autres acceptions, d'autant plus importantes, celles-ci, que l'on a tendance à les négliger. Leur importance s'accroît encore du fait qu'elles sont étroitement liées à des convictions d'ordre social et psychologique, ainsi qu'à l'attitude culturelle subconsciente de la population. Lorsque nous en arrivons à des concepts et à des propositions juridiques encore plus techniques, les difficultés ne font que s'accroître.

II

Un ensemble de notions et de valeurs juridiques européennes peut-il être greffé avec succès sur la mentalité d'un peuple nourri de telles traditions? Nous n'avons pas l'intention de démontrer ici que c'est une impossibilité, tout au moins dans un pays comme la Corée. Il importe cependant, avant d'essayer d'adopter une notion qui nous est aussi étrangère que celle de Primauté du Droit et de chercher à étendre son audience en Corée, que nous évitions les obstacles que les différences de traditions culturelles et historiques ne manqueront pas de faire surgir sous nos pas. Si les mots «Primauté du Droit» évoquent des associations d'idées peu agréables dans notre pays, nous aurions tort d'en faire un usage trop fréquent dans l'espoir que leur répétition suffira à susciter la naissance d'un ordre social qui soit plus ou moins compatible avec la Primauté du Droit. Bien au contraire, il nous faudra changer soit les mots, soit l'héritage de civilisation du pays.

S'il est vrai que l'on peut facilement rendre une expression plus acceptable en lui ajoutant un ou deux termes supplémentaires, nous proposerions volontiers l'adjonction des mots «et de la justice» ou

de «véritablement démocratique», après le mot «Droit». Sans vouloir le moins du monde régler définitivement dans le présent article la question de terminologie, nous nous bornerons à souligner l'intérêt qui s'attache à donner un sens plus profond, pour un Coréen, à la notion de «Primauté du Droit».

Reste cependant la question de savoir si l'adjonction de ces quelques mots nous permettrait, en réalité, d'atteindre cet objectif. Il semble que, pour que cette notion éveille les mêmes associations chez un Coréen et chez un Américain, il ne suffise pas d'en modifier l'expression. C'est la notion même de droit, telle que le comprend le Coréen, qui doit être fondamentalement modifiée. Il n'est rien moins que facile, cependant, de transformer l'attitude d'un peuple, notamment lorsqu'elle est le produit de plusieurs millénaires d'histoire, et quelques décennies de vie dite moderne ne sauraient y suffire. Dans ces conditions, on serait porté à abandonner tout effort pour y parvenir, en le qualifiant de vaine recherche de l'impossible.

Mais il y a pire. Le processus de modernisation qui se poursuit en Corée depuis plusieurs dizaines d'années n'a pas laissé que de bons souvenirs. Pour le Coréen, le vingtième siècle a débuté avec la colonisation de son pays par une puissance étrangère. Un système de droit moderne n'a pu être introduit qu'à la faveur de ce processus de colonisation, et par conséquent ce système a toujours été considéré comme essentiellement non-coréen. En outre, nous l'avons vu, la loi était imposée «d'en haut». Elle était un instrument d'oppression – oppression d'autant plus odieuse qu'elle était celle d'un maître étranger et qu'elle se présentait avec tous les attributs du «despotisme oriental», puisque, dans notre cas, la puissance coloniale était un pays d'Asie. Il est donc parfaitement naturel que le peuple ait à nouveau appris à craindre la loi, ainsi que les gens de l'administration chargés de l'appliquer, car de plus, la loi exerçait des effets contraires à leurs intérêts. Il fallut conquérir la liberté, l'indépendance et tout ce qui donne du prix à la vie, en menant une lutte incessante contre la loi.

Un tel état de choses était doublement regrettable. En effet, non seulement le peuple y puisait des raisons de craindre et de détester les lois, mais aussi il auréolait de «patriotisme» toutes les infractions. C'était presque un devoir patriotique pour tout Coréen de désobéir aux lois, et le crime de trahison était l'acte le plus patriotique qui se pût imaginer. Si un Coréen assassinait un policier japonais, lançait une bombe dans un poste de police ou dévalisait un train de fournitures militaires, il était l'objet de l'admiration secrète du peuple. Après un demi-siècle, ou presque, pendant lequel cet état de choses avait prévalu, le pays se trouva brusquement libéré à l'issue de la Guerre du Pacifique, mais la crainte de la loi et la désobéissance à ses dispositions étaient alors définitivement érigées en principes.

Lorsque nous nous sommes efforcés de fonder un gouvernement stable et démocratique, il nous a fallu, en premier lieu, combattre cette attitude du peuple à l'égard des lois, car elle rendait inutile tout effort pour faire régner l'ordre public. Ce ne fut malheureusement pas l'affaire de quelques jours, et il fut impossible de convaincre brusquement le peuple que c'étaient ses propres lois qu'il tenait pour nulles et que, désormais, ces lois n'existaient plus que pour sauvegarder ses intérêts. Les avocats coréens, dont la profession s'était développée sous le régime japonais, étaient bien souvent considérés avec suspicion parce qu'ils étaient, pour la plupart, de formation japonaise et qu'ils avaient étroitement collaboré avec l'administration coloniale japonaise.⁸

D'autre part, il semblerait que la Primauté du Droit ne puisse subsister en l'absence d'un gouvernement démocratique stable, autrement dit, que seule la démocratie politique est capable d'assurer un ordre public démocratique. Un peuple qui ignore l'exercice de la liberté n'est pas en mesure d'apprécier sa valeur, et une nation qui ne connaît ni l'ordre ni la stabilité ne sera sans doute pas prête à combattre pour défendre l'ordre assuré par la loi. Il faut en premier lieu lui donner l'occasion de voir ce qu'apporte la Primauté du Droit à la vie de tous les jours, lorsqu'elle protège sa liberté et sa dignité. Alors, et alors seulement, il en reconnaîtra la nécessité, ce qu'un peuple qui n'a jamais connu autre chose que des régimes dictatoriaux et autoritaires n'est pas en mesure de faire spontanément.

Nous voici donc revenus à notre point de départ. Le premier point de notre argumentation a été qu'il fallait assurer le régime de la Primauté du Droit, et notre conclusion provisoire, que sa nécessité n'est pour ainsi dire, appréciée qu'à l'usage. La Primauté du Droit est considérée comme un élément essentiel d'une démocratie viable, et cependant, le régime démocratique doit précéder l'avènement de la Primauté du Droit. Tel est le cercle dans lequel une nation en voie de développement comme la Corée se trouve enfermée,⁹ et qu'il faut trouver le moyen de rompre. Pour cela, il n'est sans doute pas de

⁸ De nombreux pays qui ont accédé à l'indépendance après avoir été longtemps colonisés se sont sans doute trouvés face à face avec une difficulté analogue. En échangeant les leçons de leur histoire, ces pays contribueraient grandement à faciliter chez eux l'avènement de la Primauté du Droit.

⁹ Ceci nous rappelle qu'un pays insuffisamment développé se trouve enfermé dans un cercle du même genre lorsqu'il veut poursuivre son développement économique. Selon la définition du Professeur Samuelson: «La pauvreté engendre le besoin; le besoin détruit le sens de l'épargne; l'absence de formation de capital exclut le progrès; la limitation de la demande massive enlève tout attrait à la mise en route d'une production de masse; l'absence d'une production de masse engendre la pauvreté.» Paul A. Samuelson, *Economics: An Introductory Analysis* (New York: McGraw-Hill, 1955), p. 722.

formule simple à effet rapide, mais une chose est certaine: on peut espérer que tout progrès accompli dans une direction, si léger soit-il, sera suivi ailleurs de progrès analogues ou plus importants.

Nous en arrivons par là à la question du rôle que les juristes doivent jouer dans la vie politique de la nation. Ce rôle doit s'élargir. Lorsqu'un juriste «fait de la politique», ses confrères ont tendance à le considérer avec beaucoup de défaveur, et non sans raison, semble-t-il. En effet, l'histoire récente de la Corée nous a montré que lorsqu'un juriste entre dans le gouvernement, par exemple, il ne témoigne pas d'un plus grand respect pour la Primauté du Droit telle que nous la concevons que n'importe quel autre politicien. Nous ne pouvons évidemment pas attendre qu'un juriste entré dans la politique instaure à lui seul la Primauté du Droit dans son pays. Peut-être succombera-t-il sous le nombre d'autres politiciens incapables de mesurer l'importance de la Primauté du Droit. Si tel était le cas, il serait à souhaiter que le nombre des juristes participant activement à la vie politique de leur pays aille croissant. D'autre part, nous ne pouvons non plus formuler le souhait inverse pour la seule raison que le passé nous a déçus. Assurément, si les juristes profondément attachés à la Primauté du Droit devaient participer plus nombreux à la vie politique de la nation, la Primauté du Droit aurait certainement plus de chances de prendre pied solidement dans le pays.

Cette situation ne pourra cependant se réaliser si les membres des autres professions juridiques n'apportent pas leur collaboration. Il est plus facile de parler de liberté individuelle et de dignité de l'homme que de s'engager dans une action positive qui s'accompagnera parfois de sacrifices personnels et d'épreuves de toutes sortes. Juges, représentants du ministère public et avocats peuvent tous prendre leur part de cette oeuvre difficile. Les juges courageux et honnêtes pourront beaucoup contribuer à faire de la Primauté du Droit une réalité. Le ministère public doit jouer un rôle très utile lorsqu'il s'agit de guérir le peuple de son attitude soupçonneuse à l'égard de la loi. Ses membres sont même les mieux placés pour faire passer dans la réalité ces idées de liberté individuelle et de dignité de l'homme, qui ne sont trop souvent que des clichés pompeux et vides de sens. D'autre part, en leur qualité d'agents du gouvernement, ils tendent à n'être que les exécutants des directives gouvernementales. Lorsqu'ils se font les véritables gardiens de la liberté individuelle, la Primauté du Droit peut prendre une valeur accrue et les citoyens peuvent alors l'appeler de tous leurs vœux.

Pour les avocats, cependant, le problème est tel qu'un simple conseil ne saurait suffire à le résoudre. Les avocats coréens, comme ceux de tout autre pays, doivent attendre que les clients se présentent à leur cabinet. Sans doute peuvent-ils contribuer de diverses façons à consolider la Primauté du Droit dans des domaines qui ne sont pas directement rattachés à l'exercice de leur profession. Ils

peuvent par exemple jouer un rôle actif en tant que citoyens, ou participer à un service social, mais c'est en tant qu'avocats qu'ils peuvent apporter leur contribution la plus importante. Si des gens viennent leur exposer leurs difficultés ou les torts qu'ils ont subis, l'avocat peut les aider à résoudre ces difficultés et à trouver des voies de recours. Encore faudra-t-il que les gens aient le désir de venir consulter un avocat, ce qui est malheureusement rare en Corée. Cette attitude négative est due, pour une part, au peu d'empressement des avocats à établir avec le public des relations plus satisfaisantes et plus efficaces. Elle s'explique encore mieux par l'hostilité traditionnelle du peuple coréen à l'égard du droit et de tous ceux qui font du droit leur profession. Il faut amener les gens à venir solliciter les conseils et l'aide des avocats, à apprécier la valeur des services professionnels que les avocats peuvent leur fournir. Ce que les gens pensent du droit conditionne ce qu'ils pensent de l'avocat. Avant que celui-ci ne puisse contribuer efficacement à édifier la Primauté du Droit, il faut donc que la Primauté du Droit soit bien établie, de façon que le droit puisse être considéré comme un ensemble de règles qui existent dans l'intérêt du citoyen. Nous sommes donc à nouveau enfermés dans notre cercle. Comment le rompre? Comment amener les gens à faire confiance au droit et à ses serviteurs?

Il nous faut bien comprendre le problème avant de l'aborder. Nous ne pouvons espérer entamer l'hostilité des gens à l'égard du droit avant d'avoir exactement compris pourquoi et dans quelle mesure ils lui sont hostiles et à quelle question particulière s'étend leur hostilité. Leur faire accepter le droit et le recours aux services des avocats peut paraître un problème simple de publicité et de relations avec le public. Il faut toutefois disposer au préalable des résultats d'une sorte d'«étude du marché». Faute de bien comprendre jusqu'à quel point les gens hésitent à demander l'aide d'un avocat ainsi que les raisons qui les font hésiter, nous ne pouvons espérer les amener à faire confiance aux lois et à compter sur elles. A cet égard, une enquête bien menée sur l'opinion et sur l'attitude d'une population à l'égard du droit sera des plus utiles. Cette méthode *sociologique* rendra les plus grands services, en particulier dans les pays où la Primauté du Droit ne représente pas une tradition bien établie. Certes, ce type d'enquête est fort difficile à réaliser, mais s'il est parfaitement vrai que les attitudes ou les opinions échappent à toute mesure exacte, il doit cependant être possible de tirer de l'enquête certaines observations qui devraient puissamment nous aider à modifier l'attitude indifférente de la population à l'égard du droit.

III

Dans son effort pour fonder la Primauté du Droit, un pays d'Asie comme la Corée se trouve placé devant une tâche difficile:

rapprocher la loi du coeur du citoyen. Là où règnent une répugnance et une crainte profondes à l'égard de tout ce qui, de près ou de loin, touche au pouvoir et à l'autorité de l'Etat, il faut instaurer la confiance et inciter le peuple à voir dans la légalité le meilleur garant de sa liberté et de la dignité de chaque individu. Peut-être ne sera-t-il pas inutile, afin de donner à la notion de Primauté du Droit une signification plus directe pour le peuple coréen, d'élargir l'expression en lui ajoutant les mots «et de la justice» ou «véritablement démocratique», par exemple. Mais si nous voulons en faire autre chose qu'un slogan publicitaire, c'est l'attitude du citoyen à l'égard des lois que nous devons être prêts à modifier.

Une telle responsabilité pèse en premier lieu sur tous ceux qui exercent une activité professionnelle d'ordre juridique. Ils ont à charge de transformer la notion abstraite de Primauté du Droit en une réalité concrète et de bon augure, mais leur premier souci doit être de comprendre tout ce qui éloigne le peuple du droit. En étudiant à fond l'histoire du droit en Corée, ils apprécieront plus justement les valeurs et les concepts que le peuple s'est donnés à l'égard du droit. Mais il faut aussi déterminer jusqu'où va la véritable hostilité ou l'indifférence du peuple si l'on veut découvrir les meilleures méthodes permettant de les surmonter. Peut-être une enquête sur les attitudes et les opinions répandues serait-elle des plus utiles à ce propos.

NATIONS UNIES: PROJET DE CONVENTION INTERNATIONALE SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES D'INTOLÉRANCE RELIGIEUSE

ETUDE DU SECRÉTARIAT

En mars et avril 1965, la Commission des Droits de l'Homme a examiné un projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse, rédigée par sa sous-commission de la lutte contre la discrimination et de la protection des minorités. Ce texte très important venait s'ajouter à la série d'instruments internationaux que les Nations Unies ont consacrés à la mise en œuvre des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans le monde, et parmi lesquels on peut citer les projets de pactes relatifs aux droits civils et politiques; aux droits économiques, sociaux et culturels; les projets de Conventions sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et sur la liberté de l'information.

Le projet actuellement en cours de discussion vise à assurer la mise en œuvre de l'Article 18 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui reconnaît à toute personne le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Aux termes de la Déclaration Universelle, ce droit implique «la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seul ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites».

On se souviendra que des dispositions analogues ont été incorporées à la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme, adoptée à Bogota en 1948 par la neuvième Conférence internationale des Etats américains. A son tour, la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, a repris textuellement en son Article 9 la disposition figurant à l'Article 18 de la Déclaration Universelle, qui a enfin été incorporée à l'Article 18 du Projet de Pacte des Nations Unies relatif aux Droits civils et politiques.

Les Nations Unies s'occupent depuis de longues années de faire une réalité du principe de la liberté de religion. C'est sans doute en remplaçant le projet actuel dans la succession des textes qui l'ont précédé qu'on lui donnera sa véritable valeur.

Etudes et Travaux préparatoires

1. C'est en 1956 que la Sous-Commission de la lutte contre la discrimination et de la protection des minorités a entamé l'étude des questions touchant à la discrimination. Elle a désigné plusieurs rapporteurs dont M. Arcot Krishnaswami (Inde), Rapporteur spécial chargé de l'Etude des «mesures discriminatoires dans le domaine de la liberté de religion et des pratiques religieuses». Cette étude, fondée sur une importante documentation comprenant en particulier 86 monographies par pays, a été soumise en 1960 pour étude définitive à la Commission, qui l'a adoptée la même année.

Intolérance religieuse. Le Rapporteur spécial a signalé que l'on constatait dans le monde une reconnaissance croissante du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. D'une part, dans certaines régions, l'attitude à l'égard du droit d'être agnostique et athée s'est modifiée dans un sens favorable. D'autre part, l'attitude des fidèles de certaines religions à l'égard de ceux d'autres religions s'est également améliorée. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'existence d'un climat favorable dans l'ensemble permet d'espérer, et encourage ceux qui croient que le moment est venu de préciser les principes généraux de non-discrimination que renferme la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Néanmoins il incombe à la collectivité internationale de prendre des précautions appropriées pour empêcher un renversement soudain de cette évolution.

Dans la conclusion de son étude, M. Krishnaswami s'est efforcé de formuler des principes positifs et constructifs en vue de leur application pour l'élimination des mesures discriminatoires touchant la liberté de pensée, de conscience et de religion. La Sous-Commission les a adoptés dans leur ensemble, mais en leur apportant certaines modifications qui visent à les préciser. La Sous-Commission, puis la Commission des Droits de l'Homme ont examiné et élaboré ces projets de principes à leurs sessions ultérieures (voir 4, ci-dessous).

Les membres de la Commission des Droits de l'Homme ont unanimement exprimé à M. Krishnaswami leur gratitude pour son rapport. A leur avis le Rapporteur Spécial a accompli avec compétence et bonne foi une œuvre magistrale d'une grande importance intrinsèque, constructive, complète et impartiale. Son étude est non seulement éminemment scientifique et savante, mais encore concise et claire. La Commission a décidé de recommander l'impression de cette étude de façon à lui assurer la plus grande diffusion possible dans le monde¹.

¹ Nations Unies, No de Vente No 60 XIV.2. E/3335; E/CN.4/804, paras. 150-159; 161; Commission des Droits de l'Homme, Rapport sur la 16me Session, 1960, 29 février - 18 mars, Genève.

2. Les organisations non-gouvernementales qui s'emploient à éliminer les préjugés et la discrimination se sont réunies à l'Office européen des Nations Unies, à Genève, du 22 au 26 juin 1959. Parmi les résolutions qu'elles ont adoptées, il y a lieu de mentionner en particulier celles qui ont trait aux questions suivantes: intensification du programme de l'UNESCO visant à éliminer les préjugés et la discrimination; amélioration des moyens disponibles pour la recherche sur les causes des préjugés et de la discrimination et sur les méthodes à appliquer pour les éliminer; autres mesures à prendre par l'Organisation des Nations Unies pour lutter contre les préjugés et la discrimination.

Lors de l'examen des travaux de cette Conférence, les membres de la Commission des Droits de l'Homme ont fait observer qu'il y avait lieu d'examiner attentivement les opinions exprimées par les Organisations non-gouvernementales, lesquelles étaient souvent libres d'étudier certaines questions de façon plus approfondie, et de faire connaître leur avis plus franchement que les organes officiels. En outre, leur opinion était utile en ce qu'elle révélait les tendances de l'opinion publique mondiale ².

3. A sa 16^{me} Session, qui s'est tenue à Genève en mars 1960, la Commission des Droits de l'Homme a examiné et adopté une résolution sur les «manifestations d'anti-sémitisme et d'autres formes de haine entre races ou nationalités, ainsi que de préjugés religieux et raciaux de même nature». Ainsi que la Commission Internationale de Juristes en a rendu compte dans son bulletin numéro 11 ³, tous les représentants à la Commission des Droits de l'Homme ont unanimement condamné ces manifestations en tant que menace à la liberté de croyance et d'expression religieuse. Les représentants des pays communistes ont dénoncé les manifestations d'anti-sémitisme qui s'étaient produites en Allemagne de l'Ouest comme autant de preuves de la renaissance du Nazisme et de l'existence d'une politique d'agression. D'autres représentants ont constaté avec regret que ce genre de manifestation s'était produit dans de nombreux pays situés de part et d'autre de la frontière idéologique. A la suite d'un débat prolongé, la Commission a adopté à l'unanimité une résolution qui condamne fermement les manifestations d'anti-sémitisme, sans toutefois mentionner aucun pays particulier. La question a été de

² Commission des Droits de l'Homme, Rapport sur la 17^{me} Session, 1961, E/3456, E/CN.4/817, paras. 140-142; Commission des Droits de l'Homme, Rapport sur la 16^{me} Session, 1960, E/3335, E/CN.4/804; paras. 175-200.

³ No 11, Décembre 1960, pp. 55-60. On notera que la Commission internationale de Juristes, qui jouit du statut consultatif de la catégorie B auprès du Conseil économique et social, était représentée par des observateurs aux sessions de la Commission des Droits de l'Homme.

nouveau examinée lors de sessions ultérieures de la Commission, du Conseil et de l'Assemblée.

4. L'Assemblée Générale des Nations Unies, profondément inquiète des manifestations de discrimination fondées sur les distinctions de race et de religion, a adopté le 7 décembre 1962 une résolution dans laquelle elle demande à la Commission des droits de l'Homme de préparer:

- a) un projet de déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse et,
- b) un projet de Convention internationale sur la même question.

A sa 19^{me} Session, tenue à Genève en 1963, la Commission des Droits de l'Homme a examiné la Résolution 8 (XV) de sa Sous-Commission de la lutte contre la discrimination et de la protection des minorités. Dans cette résolution, la Sous-Commission exprimait l'avis que les projets de principes dont il a été question plus haut au para. 1, qu'elle avait soumis antérieurement et qui étaient en cours d'examen par la Commission des Droits de l'Homme, contenaient les éléments essentiels d'un projet de déclaration et que par conséquent la Commission devrait en terminer l'examen par priorité. La Commission, sans se ranger à l'avis de sa Sous-Commission, a prié celle-ci de rédiger et de lui soumettre un nouveau projet de déclaration et s'est bornée à un débat général sur les questions à l'examen.

Au cours de ce débat général, la Commission a rappelé avec insistance qu'il y aurait lieu de tenir compte, dans ce projet de déclaration, de la survivance de pratiques discriminatoires et de l'intolérance dans certains pays, où elles compromettent notamment la liberté de manifester sa religion ou sa conviction par l'enseignement, la pratique religieuse et le culte. Par exemple, dans certains endroits, une discrimination s'exerce contre des groupes particuliers à qui sont refusés les moyens nécessaires pour observer ou accomplir leurs rites, ou qui ne sont pas autorisés à s'associer à d'autres groupes partageant la même foi, soit dans leur pays soit à l'étranger. Dans certains cas on permet que des campagnes de presse soient dirigées contre des groupes religieux. En fait, la Commission devrait examiner tous les droits énoncés dans la Déclaration Universelle dans leurs rapports avec le projet de déclaration envisagé sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse.⁴

Le projet de déclaration demandé a été soumis par la Sous-Commission à la Commission des Droits de l'Homme à sa 20^{me}

⁴ Commission des Droits de l'Homme, Rapport sur la 19^{me} Session, 11 mars - 5 avril 1963, E/3743; E/CN.4/857, Paras. 146 à 156.

session⁵. Toutefois, faute de temps, la Commission n'a pas été en mesure d'adopter un projet de résolution et elle a transmis au Conseil Economique et Social tous les documents pertinents. Le Conseil, après en avoir discuté à sa 37^{me} session, a transmis à l'Assemblée Générale la question d'un projet de déclaration, sans avoir pu se prononcer définitivement à son sujet, avec la suggestion que l'Assemblée générale «se prononce à sa 19^{me} session sur les mesures ultérieures à prendre au sujet de cette question.»⁶

Au cours de sa 19^{me} session, qui fut mouvementée, l'Assemblée générale ne fut pas davantage en mesure d'examiner la question, ayant dû consacrer toute son attention aux divergences de vues qu'avait provoquées le financement des opérations pour le maintien de la paix.

Ainsi, le projet de déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse se trouvait happé dans l'engrenage sans merci de la procédure. A part la Sous-Commission de la lutte contre la discrimination et de la protection des minorités, composée d'experts, aucun autre organe des Nations Unies ne lui a consacré le temps et la réflexion sans lesquels il était impossible d'espérer des résultats satisfaisants. En revanche, on peut se réjouir en constatant que le projet de convention internationale sur le même sujet a connu un sort beaucoup plus heureux.

Rédaction de la Convention

Le projet de Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse a été préparé par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, lors de sa 17^{me} Session qui s'est tenue à Genève du 11 au 29 janvier 1965⁷. La Sous-Commission a consacré 20 de ses 26 séances plénières à ce point de son ordre du jour, et elle a rédigé un projet composé d'un préambule et de 13 articles, ainsi qu'un avant-projet exprimant les vues générales de la Sous-Commission sur des mesures de mise en œuvre complémentaires.

La Sous-Commission était saisie d'une note du Secrétaire Général résumant les commentaires soumis quant au fond par les Etats Membres au sujet du projet de convention proposé, du texte de l'Article 18 du projet de pacte sur les droits civils et politiques adopté par la 3^{me} Commission de l'Assemblée Générale, des paragraphes

⁵ Commission des Droits de l'Homme, Rapport sur la 20^{me} Session, E/3873, paras. 291 à 294.

⁶ Rapport du Conseil Economique et Social à l'Assemblée Générale pour l'année 1963-1964. GAOR, 19^{me} Session, Suppl. No 3.A/5803; paras.435-440.

⁷ Rapport de la 17^{me} Session de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à la Commission des Droits de l'Homme sur les travaux de sa 17^{me} Session, E/CN.4/882.

déjà adoptés par la Commission des Droits de l'Homme en vue d'être inclus dans les préambules des projets de principes proposés sur la liberté et la non-discrimination en matière de droit et de pratique religieuse, et enfin d'un rapport du groupe de travail institué par la Commission des Droits de l'Homme à sa 20^{me} session en vue de préparer un projet de déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse. Un observateur a pour sa part fait un exposé oral.

Trois projets ont été soumis à la Sous-Commission, respectivement par Ms. Calvocoressi (Royaume Uni), Abram (Etats Unis d'Amérique) et Krishnaswami (Inde). Six projets d'Articles ont été soumis par Ms. Nassinovsky (URSS) et deux autres par M. Ingles (Philippines).

Au cours de la préparation du projet de convention, la Sous-Commission a institué un groupe de travail officieux chargé d'amalgamer les trois projets de convention en un seul texte commun qui servirait ensuite de base de discussion. Pendant que ce travail se poursuivait, un débat général a eu lieu sur les diverses propositions. A l'issue de ce débat le texte définitif a été préparé et adopté.

Au cours de la discussion générale devant la Sous-Commission plusieurs représentants ont dit qu'il était plus difficile de légiférer sur l'intolérance religieuse que sur la discrimination raciale, étant donné qu'une convention internationale sur la liberté de religion représentait un empiètement sur les sentiments les plus intimes de l'être humain. Historiquement, la répression et la persécution des religions et des convictions par l'Etat a été une longue tragédie et une source de souffrances, dans lesquelles les Etats, les individus, les groupes et même les institutions religieuses ont été coupables comme les victimes. De nos jours, le monde traverse une période de turbulence idéologique qui se caractérise par des querelles mais aussi par une compréhension croissante entre les grandes religions du monde et par la multiplication des occasions qu'ont le théisme et l'athéisme de s'affronter. Dans ces diverses activités de l'esprit, certains Etats ont choisi de jouer un rôle actif. D'autre part, on a constaté que l'atmosphère qui entoure la question de la liberté de pensée, de conscience et de religion s'est heureusement modifiée au cours des dernières années, en partie sous l'influence du sentiment de révolte qui s'est emparé du monde après des manifestations sporadiques d'antipathie contre la religion juive, et en partie grâce aux débats des divers organes des Nations Unies qui ont contribué à éclairer les questions fondamentales et à démontrer la nécessité d'une action internationale. La Sous-Commission a été d'avis qu'il n'est pas de loi ni de convention internationale qui puisse créer la situation idéale dans laquelle chacun accorderait à tous le degré nécessaire de respect, car seule la conscience individuelle peut accorder une telle garantie. Il n'en demeure pas moins que la loi peut être un

reflet de cette conscience, et peut empêcher l'Etat de porter atteinte à toutes les religions ou convictions, ou à certaines d'entre elles, d'instituer une discrimination à l'encontre de telles ou telles religions ou convictions, ou de pénaliser des êtres humains en raison de leur religion ou de leurs convictions. La loi peut créer un climat dans lequel il est possible de restreindre l'action des particuliers contre la liberté de pensée, de conscience et de religion; elle peut fixer des normes pour la collectivité et susciter une force morale capable de modifier d'anciennes attitudes et d'en créer de nouvelles.

Dans sa forme actuelle le *Projet de Convention* se compose de trois parties:

1. Le préambule et les quatre premiers articles adoptés par la Commission des Droits de l'Homme;
2. Dix autres articles adoptés par la Sous-Commission et que la Commission n'a pas eu le temps d'examiner à sa 21^{me} Session;
3. Enfin, les 17 articles de l'avant projet de mesures de mise en œuvre complémentaire présentés par la sous-Commission.

Tant à la Sous-Commission qu'à la Commission des Droits de l'Homme, les divers articles ont été définitivement adoptés, soit à l'unanimité soit avec un petit nombre d'abstentions seulement.

Au cours de sa 21^{me} Session, la Commission des Droits de l'Homme a consacré la plus grande partie de ses travaux, soit 21 séances plénières sur 36, au *Projet de Convention*. Elle a adopté le texte que lui avait soumis la Sous-Commission comme base de discussion. La rédaction du texte en séance plénière a pris beaucoup de temps. De nombreux amendements ont été soumis et ont fait l'objet de discussions prolongées. Les débats ainsi que les votes exprimés sur les amendements proposés ont cependant montré que le libellé adopté par la Sous-Commission, ou parfois un libellé différent mais exprimant exactement le but visé en premier lieu, avaient été retenus dans la plupart des cas.

Le Droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction est aujourd'hui reconnu dans presque toutes les régions du monde, comme M. Krishnaswami l'avait déclaré dans la conclusion de l'étude à laquelle il a été fait allusion ci-dessus. Mais même si cette liberté est proclamée elle n'a pas encore été pleinement appliquée dans tous les pays ni sur le plan international. L'objet de la Convention proposée est donc de lui assurer une reconnaissance universelle et de l'entourer de mesures de mise en œuvre aussi satisfaisantes que possible.

Les mesures de mise en œuvre proposées dans le *Projet de Convention* peuvent se grouper sous trois rubriques en ce qui concerne le fond de la question:

1. Liberté de professer une religion ou une conviction ou d'en changer;
2. Liberté de manifester sa religion ou sa conviction;
3. Les limitations imposées à ces droits.

Quant aux questions de procédure, elles se rangent sous les deux rubriques suivantes:

1. Recours offerts par la loi interne;
2. Recours offerts par le droit international (moyens de protection internationale).

Le préambule définit la place que doivent prendre la liberté de pensée, de conscience, de conviction et de religion parmi les droits et les libertés fondamentaux énumérés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ainsi que dans les conventions déjà adoptées par l'Organisation internationale du Travail en 1958 et par l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture en 1960 en matière de non-discrimination. Il le fait en rappelant que la religion ou la conviction constituent, pour ceux qui professent l'une ou l'autre, un élément fondamental de sa conception de la vie, et que la liberté de pratiquer une religion ainsi que de manifester une conviction doit être intégralement respectée et garantie.

Dans la Charte des Nations Unies, tous les Etats Membres se sont engagés à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation en vue de développer et d'encourager le respect universel et effectif des droits de l'Homme. Le Projet de Convention internationale sur la liberté religieuse peut être considéré comme une nouvelle étape dans la mise en œuvre de cet engagement, lequel est rappelé dans le préambule. La convention vise en effet, aux termes de ce préambule, à: «adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes d'intolérance religieuse, et de prévenir et combattre toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction».

Aussi bien le préambule que l'Article 5 du Projet de Convention reconnaissent l'importance capitale de l'éducation lorsqu'il s'agit de créer les conditions nécessaires au libre exercice d'une religion et au choix d'une conviction, sans lesquelles les dispositions de loi peuvent aussi bien demeurer sans effet. Ayant souligné le rôle indispensable de l'éducation, le Projet de Convention, en tant qu'instrument de Droit International, traite des dispositions législatives de droit interne et de droit international qui paraissent indispensables pour assurer la liberté de religion.

La liberté d'adhérer à toute religion ou conviction, ou de changer de religion ou de conviction, est assurée par l'Article III (a), qui garantit «la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à toute reli-

gion ou conviction et de changer de religion ou de conviction conformément à ce qu'exige la conscience». Il s'agit là d'une liberté absolue qui n'est soumise à aucune limitation, pas même à celles qui restreignent la liberté de manifester sa religion.

La liberté de manifester sa religion ou sa conviction est garantie par l'Article III (b) en termes généraux, ainsi que par les alinéas (c) à (h) pour ce qui est d'aspects précis, qui s'étendent aux manifestations les plus importantes de la religion ou de la conviction, qu'elles soient pratiquées seul ou en commun, telles que le culte, l'enseignement, l'entretien d'œuvres charitables et d'institutions, les rites et les pratiques diététiques, les pèlerinages, la protection des lieux de culte ou l'accomplissement des rites funéraires; le droit pour chacun de traduire dans sa vie publique ou ailleurs les préceptes de sa religion ou de sa conviction et le droit de ne pas être tenu de prêter un serment de caractère religieux. La liberté de s'associer à des fins religieuses comprend notamment, selon l'Article III (g), la liberté d'organiser et d'entretenir des associations locales, régionales et nationales et de participer à des associations internationales ayant trait à la religion ou à la conviction, de participer à l'activité de telles associations et de communiquer avec les coréligionnaires ou avec ceux qui partagent les mêmes convictions.

Les droits se rapportant aux manifestations extérieures de la religion ne sont soumis qu'au plus petit nombre possible de limitations, imposées par les Etats «en vue de protéger la sécurité et l'ordre public, la santé ou la morale ou les libertés et droits individuels d'autrui, ou le bien-être général dans une société démocratique» (article XII) disposition identique à celles que contiennent l'Article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et l'Article 18 (3) du projet de pacte sur les droits civils et politiques.

En examinant les dispositions relatives au droit de manifester publiquement la religion ou la conviction conjointement avec la disposition qui institue certaines limitations à ces droits, on constate que cette liberté doit jouir d'une application aussi étendue que possible. Toute limitation qui lui serait imposée doit avoir un caractère exceptionnel et aussi restreint que possible, et ne doit être prescrite par la loi qu'en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et des libertés d'autrui et de faire face aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique⁸.

On peut instituer deux sortes de sauvegardes juridiques de la liberté de religion et de conviction: ce sont les recours assurés par le droit interne et ceux qu'assure le droit international.

En droit interne, les Etats qui sont Parties à la Convention

⁸ Arcot Krishnaswami, op. cit., p. 66.

proposée, s'engagent «à promouvoir et à mettre en œuvre des politiques destinées à assurer la tolérance religieuse, à protéger la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction (Article 12),» «à prendre des mesures efficaces pour prévenir et éliminer la discrimination fondée sur la religion ou la conviction, notamment par la promulgation ou l'abrogation de lois s'il est nécessaire...» (Article VI), «à assurer l'égalité devant la loi, sans discrimination aucune dans l'exercice du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, ainsi qu'une égale protection de la loi contre toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction (Article VII). Quant aux mesures législatives ou autres adoptées par les Etats Parties en vue de donner effet aux obligations rappelées ci-dessus, ces Etats sont tenus de faire rapport périodiquement au Conseil Economique et Social dans les conditions énoncées à l'Article XIII.

L'Article X du Projet de Convention traite des recours ouverts en droit interne contre les atteintes possibles à la liberté religieuse. Ces recours comprennent notamment le droit de s'adresser aux autorités judiciaires ou administratives compétentes. On a souvent fait valoir devant diverses instances des Nations Unies que les Droits de l'Homme ne sont en fait assurés d'aucune protection lorsqu'il est impossible soit de s'adresser à un tribunal pour les défendre, ainsi que la constitution de l'Inde par exemple permet de le faire, soit de solliciter d'un juge dans un pays de *common law* un mandement particulier.

Lorsque toutes les voies de recours accessibles en droit interne ont été épuisées dans un cas donné et que la liberté de religion demeure menacée, l'avant-projet de mesures de mise en œuvre complémentaires vise à assurer des recours en droit international par l'intermédiaire d'un Comité de conciliation et de bons offices institué par l'Organisation des Nations Unies (Articles XIV à XXIX) ou encore en soumettant l'affaire à la Cour internationale de Justice (Article XXX). Le droit de pétition reconnu en vertu de l'article XXVI aux individus se plaignant d'être victimes d'une violation de la Convention par un Etat-Partie, ou à toute organisation non-gouvernementale jouissant d'un statut consultatif auprès du Conseil Economique et Social, porterait la protection internationale du droit à la liberté de religion au même niveau que celui qui lui est déjà reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Jusqu'à ce que des mesures efficaces de mise en œuvre soient adoptées, un Haut-Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'Homme pourrait surveiller dans une certaine mesure l'application du Projet de Convention. Le projet tendant à instituer un Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, dont le titulaire serait doté d'un statut et d'un pouvoir analogues à celui du

Haut-Commissaire pour les Réfugiés, est actuellement inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale.

Si on considère le Projet de Convention dans son ensemble, on voit que la Commission des Droits de l'Homme peut se dire satisfaite des travaux accomplis par sa Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités lors de la préparation de cet instrument. Il reste à espérer que la Commission sera en mesure lors de sa 22^{me} Session d'adopter les parties du projet encore en discussion. En outre, il serait extrêmement souhaitable que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse, ainsi qu'on l'appelle actuellement, soit adoptée par l'Assemblée Générale et signée par un grand nombre d'Etats avant que ne s'ouvre en 1968 l'année internationale des Droits de l'Homme⁹.

⁹ E/CN.4/886, paras. 93-99, et Recommandation VI (para. 99).

DOCUMENTS DES NATIONS UNIES

A. RÉSOLUTIONS ADOPTÉES PAR LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME ET PAR LE CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL¹**Projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse**1. *La Commission des Droits de l'Homme,*

Ayant pris note de la résolution 1781 (XVII) de l'Assemblée Générale, qui demande notamment que soit préparé un projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse,

Ayant pris note avec satisfaction de l'avant-projet de convention préparé par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités,

Ayant adopté à sa vingt et unième session un préambule et quatre articles, mais n'ayant pu, faute de temps, achever son travail sur le projet de convention,

1. *Décide* de donner la priorité absolue, à sa vingt-deuxième session à l'achèvement de la préparation d'un projet de convention sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse;

2. *Recommande* au Conseil économique et social d'adopter le projet de résolution ci-après:

Le projet de résolution, a été adopté le 28 juillet 1965, Résolution 1074 (XXXIX) B:

2. *Le Conseil économique et social,*

Ayant pris note de la résolution 1 (XXI) de la Commission des droits de l'homme relative au projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse,

Attire l'attention de l'Assemblée générale sur cette résolution.

B. TEXTE DES DISPOSITIONS DU PROJET DE CONVENTION:

Préambule

Les Etats parties à la présente Convention,

Considérant qu'un des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies est celui de la dignité et de l'égalité inhérentes à tous les êtres humains et que tous les Etats Membres se sont engagés à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation, en vue de développer et d'encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

¹ Conseil Economique et Social, procès-verbal: 39ème Session, supplément no 8. Commission des Droits de l'Homme, Rapport de la 21ème Session, E/CN/4/891.

Considérant que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame le principe de la non-discrimination et le droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction,

Considérant que le mépris et la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier du droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction sont à l'origine de grandes souffrances infligées à l'humanité,

Considérant que la religion ou la conviction constitue, pour celui qui la professe, un élément fondamental de sa conception de la vie et que la liberté de pratiquer une religion, ainsi que de manifester une conviction, doit être intégralement respectée et garantie,

Considérant qu'il est essentiel que les gouvernements, les organisations et les personnes privées s'emploient à favoriser par l'éducation, ainsi que par d'autres moyens, la compréhension, la tolérance et le respect en ce qui concerne la liberté de religion et de conviction,

Prenant acte avec satisfaction de l'entrée en vigueur de conventions relatives à la discrimination fondée, notamment, sur la religion, telles que la Convention de l'Organisation internationale du Travail sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée en 1958, la Convention de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, adoptée en 1960, et la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée en 1948,

Préoccupés par les manifestations d'intolérance qui se produisent encore en ces domaines dans certaines parties du monde,

Résolus à adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes et manifestations de cette intolérance et à prévenir et combattre toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction,

Sont convenus de ce qui suit:

Article I

Aux fins de la présente Convention:

a) L'expression «religion ou conviction» englobe les convictions théistes, non théistes et athéistes;

b) L'expression «discrimination fondée sur la religion ou la conviction» désigne toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la religion ou la conviction et dont le but ou l'effet est de supprimer ou de réduire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique;

c) L'expression «intolérance religieuse» désigne l'intolérance en matière de religion ou de conviction;

d) Ni l'établissement d'une religion ni la reconnaissance d'une religion ou d'une conviction par l'Etat, ni la séparation de l'Eglise et de l'Etat ne seront considérés, en soi, comme des manifestations d'intolérance religieuse ou des mesures de discrimination fondées sur la religion ou la conviction; toutefois, le présent alinéa ne sera pas interprété comme autorisant une violation des dispositions expressément prévues dans la présente Convention.

Article II

Les Etats parties reconnaissent que la religion ou la conviction de chaque individu relève de sa propre conscience et doit être respectée en conséquence. Ils condamnent toutes les formes d'intolérance religieuse et toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction et s'engagent à promouvoir et à mettre en œuvre des politiques destinées à protéger la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction, à assurer la tolérance religieuse et à éliminer toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction.

Article III

1. Les Etats parties s'engagent à assurer à toute personne relevant de leur juridiction le droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction. Ce droit implique:

a) La liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à toute religion ou conviction et de changer de religion ou de conviction, conformément à ce qu'exige sa conscience, sans être soumise ni à aucune des limitations mentionnées à l'article XII, ni à aucune contrainte de nature à porter atteinte à sa liberté de choix ou de décision en la matière, étant entendu que les dispositions du présent alinéa ne seront pas interprétées comme s'appliquant aux manifestations de la religion ou de la conviction;

b) La liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, sans être soumise à aucune discrimination fondée sur la religion ou la conviction;

c) La liberté d'exprimer son opinion sur des questions relatives à une religion ou une conviction.

2. Les Etats parties assureront, en particulier, à toute personne relevant de leur juridiction:

a) La liberté de pratiquer le culte, de tenir des réunions relatives à la religion ou à la conviction et de fonder et d'entretenir des maisons de culte ou de réunion à ces fins;

b) La liberté d'enseigner, de diffuser et d'étudier sa religion ou sa conviction et les langues rituelles ou les traditions de cette religion ou conviction, d'écrire, d'imprimer et de publier des livres et textes religieux et de former le personnel qui se destine à l'accomplissement des pratiques ou observances de cette religion ou conviction;

c) La liberté de pratiquer sa religion ou sa conviction en fondant et en entretenant des institutions charitables et des établissements d'enseignement et en traduisant dans la vie publique les préceptes de sa religion ou de sa conviction;

d) La liberté d'observer les rites et les pratiques diététiques ou autres de sa religion ou sa conviction et de produire ou, au besoin, d'importer les objets, aliments et autres articles et moyens généralement utilisés dans l'observance et la pratique de cette religion ou conviction;

e) La liberté de faire des pèlerinages et autres voyages ayant trait à sa religion ou sa conviction à l'intérieur de son pays ou à l'étranger;

f) La protection égale par la loi des lieux de culte ou de réunion, des rites, cérémonies et activités, ainsi que des lieux où il est procédé aux pratiques funéraires reconnues par sa religion ou sa conviction;

g) La liberté d'organiser et d'entretenir des associations locales, régionales, nationales et internationales ayant trait à sa religion ou à sa conviction,

de participer à leurs activités et de communiquer avec ses coreligionnaires ou ceux qui partagent la même conviction;

h) Le droit de ne pas être tenu de prêter un serment de caractère religieux.

Article ...

Les Etats parties assureront à toute personne la liberté de jouissance et d'exercice des droits politiques, civils, économiques, sociaux et culturels, sans aucune discrimination fondée sur la religion ou la conviction.

(Les articles suivants n'ont pas encore été adoptés par la Commission des Droits de l'Homme).

Article IV

1. Les Etats parties s'engagent à respecter le droit qu'ont par priorité les parents et, le cas échéant, les tuteurs légaux, de choisir la religion ou la conviction de leurs enfants.

2. Dans le cas d'un enfant qui a été privé de ses parents, les vœux exprimés ou présumés de ces derniers seront dûment pris en considération.

3. Dans le cas d'un enfant qui a atteint un degré suffisant de discernement, ses vœux seront pris en considération.

4. Dans les deux cas, le principe directeur sera l'intérêt de l'enfant, déterminé par les autorités compétentes.

Article V

Les Etats parties s'engagent à adopter immédiatement des mesures efficaces, par des méthodes adaptées aux circonstances et pratiques nationales, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation et de l'information, en vue de favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre les nations et entre les groupes religieux, ainsi que de faire connaître les buts et les principes de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et à combattre les préjugés qui conduisent à l'intolérance religieuse entre des personnes, des groupes et des institutions et à la discrimination fondée sur la religion ou la conviction.

Article VI

1. Les Etats parties prendront des mesures efficaces pour prévenir et éliminer la discrimination fondée sur la religion ou la conviction, notamment par la promulgation ou l'abrogation de lois s'il est nécessaire, pour interdire cette discrimination de la part de toute personne, de tout groupe ou de toute organisation.

2. Les Etats parties s'engagent en particulier à ne pas appliquer une politique ni à mettre ou maintenir en vigueur des règles ou règlements de nature à apporter des restrictions ou à faire obstacle à la liberté de religion et de conviction ou au libre et plein exercice de cette liberté, et à n'exercer contre aucune personne, aucun groupe ou aucune organisation une discrimination fondée sur l'appartenance ou l'adhésion à une religion ou à une conviction, ou sur la pratique d'une religion ou d'une conviction.

Article VII

Les Etats parties s'engagent à assurer à toute personne l'égalité devant la loi sans discrimination aucune dans l'exercice du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et une égale protection de la loi contre toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction.

Article VIII

Les Etats parties assureront une égale protection de la loi contre l'encouragement ou l'incitation à l'intolérance religieuse ou à la discrimination fondée sur la religion ou la conviction. Toute incitation à la haine ou à des actes de violence contre toute religion ou conviction ou contre ses adeptes sera considérée comme un délit réprimé par la loi, et toute propagande destinée à la fomenter sera condamnée.

Article IX

1. Les Etats parties s'engagent à ne faire aucune distinction entre les religions ou les convictions, leurs adeptes ou leurs institutions et à n'accorder aucune préférence à l'une d'elles ou à l'un d'eux dans l'octroi de subventions, d'exemptions fiscales ou d'aide à la conservation d'édifices religieux reconnus comme monuments présentant une valeur historique ou artistique.

2. Aucune distinction ou préférence prévue par la loi dans l'intérêt public à cet égard ne sera considérée comme discriminatoire au sens de la présente Convention.

Article X

Les Etats parties s'engagent à assurer un recours approprié devant leurs autorités judiciaires ou administratives compétentes contre toute violation des droits protégés par la présente Convention.

Article XI

Aucune disposition de la présente Convention ne sera interprétée comme donnant à une personne, un groupe ou une institution, le droit d'entreprendre des activités visant à porter atteinte à la sécurité nationale, à la souveraineté nationale ou aux relations amicales entre les nations.

Article XII

Aucune disposition de la présente Convention ne sera interprétée comme empêchant un Etat partie d'établir par la loi les limitations nécessaires à la protection de la sécurité, de la santé et de l'ordre publics ou de la morale, ou des libertés et droits individuels d'autrui ou du bien-être général dans une société démocratique.

Article XIII

1. Les Etats parties s'engagent à présenter un rapport sur les mesures d'ordre législatif ou autres qu'ils ont arrêtées et qui donnent effet aux dispositions de la présente Convention,

a) Dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la Convention pour chaque Etat intéressé en ce qui le concerne,

b) Par la suite, tous les deux ans et, en outre, chaque fois que le Conseil économique et social en fera la demande sur recommandation de la Commission des droits de l'homme et après consultation des Etats parties.

2. Tous les rapports seront adressés au Secrétaire général des Nations Unies pour examen par le Conseil économique et social qui pourra les renvoyer à la Commission des droits de l'homme ou à l'institution spécialisée intéressée pour information, pour étude et, le cas échéant, en vue de recommandations d'ordre général.

3. Les Etats parties directement intéressés pourront présenter au Conseil économique et social des observations sur toute recommandation d'ordre général faite conformément au paragraphe 2 du présent article.

(Texte de l'avant-projet présenté «comme l'expression des vues générales de la Sous-Commission sur les mesures de mise en œuvre complémentaires qui contribueront à rendre plus efficace le projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse» [E/CN.4/882 et Corr. 1, par. 329, résolution 2 (XVII) annexe] – texte contre lequel quelques experts de la Sous-Commission ont toutefois soulevé des objections).

Article XIV

Il est institué, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, un Comité de conciliation et de bons offices (ci-après dénommé «le Comité»), chargé de rechercher la solution amiable des différends entre Etats parties à la Convention portant sur l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention.

Article XV

1. Le Comité se compose de onze membres, qui doivent être des personnalités d'une haute moralité et d'une impartialité reconnue.

2. Les membres du Comité, qui siègent à titre individuel, sont élus par le Conseil économique et social, sur la recommandation du Secrétaire général des Nations Unies, compte dûment tenu d'une répartition géographique équitable et de la représentation des diverses formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques.

3. Le Comité ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même Etat.

Article XVI

Les membres du Comité sont élus pour cinq ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de six des membres élus lors de la première élection prendra fin au bout de deux ans; immédiatement après la première élection, les noms de ces six membres sont tirés au sort par le Président du Conseil économique et social.

Article XVII

Lorsqu'il élit les membres du Comité, le Conseil économique et social désigne aussi, sur la recommandation du Secrétaire général des Nations Unies, un suppléant pour chaque membre élu. Il n'est pas nécessaire que le

membre et son suppléant soient de la même nationalité, mais ils doivent être de la même zone ou région géographique.

Article XVIII

1. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, le Président du Comité en informe immédiatement le Secrétaire général des Nations Unies, qui déclare le siège vacant à partir de la date du décès ou de celle à laquelle la démission prend effet.

2. Si, de l'avis unanime des autres membres, un membre du Comité a cessé de remplir ses fonctions pour toute autre cause qu'une absence de caractère temporaire, ou se trouve dans l'incapacité de continuer à les exercer, le Président du Comité en informe le Secrétaire général des Nations Unies, qui déclare alors le siège vacant.

3. Dans chacun des cas prévus aux paragraphes 1 et 2 du présent article, le Secrétaire général des Nations Unies installe sans tarder le suppléant dans ses fonctions de membre du Comité pour la période du mandat restant à courir, et en informe chaque Etat partie à la présente Convention.

Article XIX

Les membres du Comité reçoivent, pour la période durant laquelle ils se consacrent aux travaux du Comité, des frais de voyage et des indemnités journalières prélevées sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies, dans les conditions fixées par l'Assemblée générale.

Article XX

1. Le Secrétaire général des Nations Unies convoquera la première session du Comité au Siège de l'Organisation des Nations Unies. Les autres sessions pourront se tenir soit au Siège, soit à l'Office européen des Nations Unies, selon ce qu'en décidera le Comité.

2. Le secrétariat du Comité est assuré par le Secrétaire général des Nations Unies.

Article XXI

1. Le Comité élit son président et son vice-président pour une période de deux ans. Ils sont rééligibles.

2. Le Comité établit son règlement intérieur. Avant de l'adopter, le Comité en transmet le texte, sous forme de projet, aux Etats parties à la Convention qui peuvent présenter, dans un délai de trois mois, toutes observations et suggestions qu'ils souhaitent formuler.

3. A la demande d'un Etat partie à la Convention, le Comité procédera à n'importe quel moment à un nouvel examen de son règlement intérieur.

Article XXII

1. Si un Etat partie à la présente Convention estime qu'un autre Etat, également partie à la Convention n'applique pas les dispositions de la Convention, il peut appeler, par communication écrite, l'attention de cet Etat sur la question. Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la communication, l'Etat destinataire fera tenir à l'Etat plaignant des explications

ou déclarations écrites qui devront comprendre, dans toute la mesure possible et utile, des indications sur ses règles de procédure et sur les moyens de recours soit déjà utilisés, soit en instance, soit encore ouverts.

2. Si, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la communication initiale a été reçue par l'Etat destinataire, la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats par voie de négociations bilatérales ou par toute autre voie qui leur serait ouverte, chacun d'eux aura le droit de la soumettre au Comité en adressant une notification au Secrétaire général des Nations Unies et à l'autre Etat intéressé.

Article XXIII

Le Comité ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise en vertu de l'article XXII qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus.

Article XXIV

Dans toute affaire qui lui est soumise, le Comité peut demander aux Etats en présence de lui fournir toute information pertinente.

Article XXV

1. Sous réserve des dispositions de l'article XXIII, le Comité, après avoir obtenu toutes les informations qu'il estime nécessaires, établit les faits et met ses bons offices à la disposition des Etats en présence, en vue de parvenir à une solution amiable de la question, fondée sur le respect de la Convention.

2. Le Comité doit, dans tous les cas, et au plus tard dans le délai de dix-huit mois à compter du jour où le Secrétaire général des Nations Unies a reçu la notification visée au paragraphe 2 de l'article XXII, dresser un rapport établi conformément aux dispositions du paragraphe 3 ci-dessous; ce rapport sera envoyé aux Etats en présence et communiqué ensuite au Secrétaire général des Nations Unies aux fins de publication. Quand un avis consultatif est demandé à la Cour internationale de Justice, conformément à l'article XXVII, les délais sont prorogés en conséquence.

3. Si une solution a été obtenue conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le Comité se borne, dans son rapport, à un bref exposé des faits et de la solution intervenue. Si tel n'est pas le cas, le Comité établit un rapport sur les faits et indique les recommandations qu'il a faites en vue de la conciliation. Si le rapport n'exprime pas, en tout ou partie, l'opinion unanime des membres du Comité, tout membre du Comité aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle. Au rapport sont jointes toutes observations écrites ou orales présentées par les parties en cause.

Article XXVI

1. Le Comité peut recevoir les pétitions adressées au Secrétaire général des Nations Unies par une personne ou un groupe de personnes se plaignant d'être victime d'une violation de la présente Convention par un Etat partie, ou par une organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif auprès du Conseil économique et social, alléguant qu'un Etat

partie n'applique pas la présente Convention, à condition que l'Etat partie contre lequel la plainte est formulée ait déclaré reconnaître la compétence du Comité à recevoir lesdites pétitions.

2. La déclaration d'un Etat partie mentionnée au paragraphe précédent peut être faite en termes généraux, ou pour une affaire particulière ou pour une période déterminée, et doit être déposée auprès du Secrétaire général qui en communique le texte aux autres Etats parties.

3. Dans l'examen des pétitions présentées en vertu du présent article, le Comité s'inspire dans toute la mesure du possible des principes énoncés et des procédures prévues aux articles XVII, XVIII et XIX de la présente Convention.

Article XXVII

Le Comité peut recommander au Conseil économique et social de demander à la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur toute question juridique se rattachant à une affaire dont le Comité est saisi.

Article XXVIII

Le Comité soumet chaque année au Conseil économique et social un rapport sur ses travaux, qui est transmis par le Secrétaire général des Nations Unies.

Article XXIX

Les Etats parties à la présente Convention conviennent que tout Etat défendeur ou plaignant partie à la Convention peut, si aucun règlement n'est intervenu conformément au paragraphe I de l'article XXV, porter l'affaire devant la Cour internationale de Justice, après que le rapport prévu au paragraphe 3 de l'article XXV a été établi.

Article XXX

Les dispositions de la présente Convention n'empêchent pas les Etats parties à la Convention de soumettre à la Cour internationale de Justice tout différend portant sur l'interprétation ou l'application de la Convention dans une affaire de la compétence du Comité, ni de recourir à d'autres procédures pour régler leur différend, conformément aux accords internationaux généraux ou spéciaux qui les lient.

JURISPRUDENCE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT

DÉCISIONS JUDICIAIRES DE DIFFÉRENTS PAYS

compilées et annotées

par

LUCIAN G. WEERAMANTRY *

Note de la rédaction: Ce Recueil de Jurisprudence, qui paraît pour la première fois dans la Revue de la Commission internationale de Juristes, en sera désormais une rubrique régulière. Nous invitons nos lecteurs à nous faire parvenir le texte de jugements intéressants rendus dans leurs pays et touchant à des questions qui mettent en cause le Principe de la Primauté du Droit. Leur collaboration ne pourra qu'élargir l'intérêt de cette rubrique dans les livraisons ultérieures de la Revue.

* B.A. (Londres); Avocat au Barreau de Ceylan; Membre de Gray's Inn; Juriste principal et Conseiller pour les affaires asiatiques, Commission internationale de Juristes.

TABLE DES MATIÈRES

CITOYENNETÉ

Droits des citoyens ayant acquis la nationalité par voie de naturalisation

<i>Schneider contre Rusk, Secrétaire d'Etat</i> (Cour suprême des Etats-Unis)	340
--	-----

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

Garantie constitutionnelle des droits fondamentaux

<i>L'Etat (Quinn) contre Ryan et Autres</i> (Cour suprême d'Irlande)	341
---	-----

Egalité de chances

<i>Abdul Latiff contre l'Etat de Bihar et Autres</i> (Cour d'Appel de Patna, Inde)	343
---	-----

Liberté de réunion

<i>Cox contre la Louisiane</i> (Cour suprême des Etats-Unis)	344
---	-----

Liberté d'expression

<i>Cox contre la Louisiane</i> (Cour suprême des Etats-Unis)	346
<i>Freedman contre Maryland</i> (Cour suprême des Etats-Unis)	346
<i>Jugement rendu par la Première Chambre</i> (Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne)	347

Liberté de déplacement

<i>Aseerwatham contre le Secrétaire permanent du Ministère de la Défense nationale et des affaires extérieures, et Autres</i> (Cour suprême de Ceylan)	349
<i>Gooneratne contre le Secrétaire permanent du Ministère de la Défense Nationale et des Affaires extérieures, et un autre</i> (Cour suprême de Ceylan)	350

Droits fondamentaux pendant une période d'exception

L'Affaire des règlements sur la Défense nationale de l'Inde

(Cour suprême de l'Inde) 351

Droits d'un employé

Municipalité de Petach Tiqva contre Avraham Friedman

(Cour suprême d'Israël) 352

Droit de recevoir des informations

Lamont Basic Pamphlets contre le Ministre des Postes

(Cour suprême des Etats-Unis) 353

Droit de propriété

Joseph Baruch contre le Directeur des Douanes

(Cour suprême d'Israël) 354

Province de Bulacan contre San Diego et Autres

(Cour suprême des Philippines) 355

Affaire du Conseil communal de Valjevo

(Cour constitutionnelle de Yougoslavië) 355

POUVOIR JUDICIAIRE**Indépendance de la magistrature**

L'Attorney-General contre Liyanage et Autres

(Cour suprême de Ceylan) 356

Droit du Juge d'exercer des fonctions judiciaires

*Jugement rendu par la deuxième chambre,
le 25 février 1964*

(Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne) 358

Pouvoir d'un Tribunal de déclarer recevable une requête contestant la légalité d'une condamnation pour outrage au Parlement prononcée par une Assemblée législative

Assemblée législative de l'Uttar Pradesh contre Cour d'Appel d'Allahabad

(Cour suprême de l'Inde) 360

Compétence d'un tribunal en cas d'exercice du privilège de la Couronne

Corbett contre le Commissaire à la Sécurité sociale et un Autre

(Cour d'Appel de Nouvelle-Zélande) 362

Cas où les tribunaux peuvent appliquer une loi anglaise non expressément incorporée au droit soudanais

- Les hoirs d'Iman Ibrahim contre El Amin Abdel Rahman*
(Cour d'Appel du Soudan) 364

LÉGISLATION

Loi rétroactive et discriminatoire

- L'Attorney-General contre Liyanage et Autres*
(Cour suprême de Ceylan) 365

Pouvoir de délivrer des ordonnances judiciaires: sa portée en Inde

- Appel au Civil No 62 de 1964*
(Cour suprême de l'Inde) 366

PROCÉDURE

Droit de se refuser à toute démarche de nature à compromettre pénalement son auteur

- Mallory contre Hogan*
(Cour suprême des Etats-Unis) 368

Droit de se refuser à toute démarche de nature à compromettre pénalement son auteur

- Griffin contre Etat de Californie*
(Cour suprême des Etats-Unis) 368

Recevabilité des aveux

- Jackson contre Denno*
(Cour suprême des Etats-Unis) 369

Droit à un défenseur: déclarations à charge faites en son absence

- Massiah contre Etats-Unis*
(Cour suprême des Etats-Unis) 371

Droit à être jugé publiquement et dans des conditions équitables

- Andreas Hjisavva et un autre (Appellants) contre Anna Georghiou Hjisavva (Intimée)*
(Cour suprême de Chypre) 371

Droit à être entendu

- Comeda contre Cajilog*
(Cour suprême des Philippines) 372

Droit d'interroger contradictoirement les témoins

- Pointer contre l'État du Texas*
(Cour suprême des États-Unis) 373
- Douglas contre l'État d'Alabama*
(Cour suprême des États-Unis) 374

Cour suprême des Etats-Unis

**DROITS DES CITOYENS AYANT ACQUIS LA NATIONALITÉ
PAR VOIE DE NATURALISATION****SCHNEIDER contre RUSK, SECRÉTAIRE D'ÉTAT**

(377 U.S. 163)

Caractère discriminatoire du paragraphe 352 (a) (1) de la Loi de 1952 sur l'immigration et la nationalité, aux termes duquel les citoyens devenus américains par naturalisation perdent leur citoyenneté s'ils résident sans interruption pendant trois ans dans leur pays d'origine. Cette disposition viole le droit à une procédure judiciaire équitable garantie par le Cinquième Amendement à la Constitution; il est inadmissible en droit de traiter les citoyens naturalisés comme s'ils appartenaint à une catégorie inférieure à celle des citoyens par droit de naissance.

La demanderesse, née en Allemagne, est arrivée aux Etats-Unis avec ses parents alors qu'elle n'était qu'une enfant. Elle acquit la nationalité américaine par filiation lorsque ses parents obtinrent leur naturalisation. Plus tard, elle épousa un ressortissant allemand et, à l'exception de deux séjours aux Etats-Unis, elle vit en Allemagne depuis huit ans.

En vertu du paragraphe 352 (a) (1) de la loi de 1952 sur l'immigration et la nationalité, un citoyen ayant acquis sa nationalité par voie de naturalisation perd sa citoyenneté s'il réside sans interruption pendant trois ans dans son pays d'origine. S'appuyant sur cette disposition, le Département d'Etat a refusé un passeport à la demanderesse, motif pris de ce qu'elle avait perdu la citoyenneté américaine. La Cour a juré que le paragraphe 352 (a) (1) avait un caractère discriminatoire et, par conséquent, violait le droit à une procédure judiciaire équitable garantie par le Cinquième Amendement à la Constitution, puisque les citoyens par droit de naissance ne sont assujettis à aucune restriction quant à la durée de leur résidence à l'étranger.

Pour citer les attendus de la Cour: «Cette loi se fonde sur l'hypothèse inadmissible que les citoyens par naturalisation, considérés comme formant une catégorie particulière, sont moins dignes de confiance que les citoyens par droit de naissance et que leur loyalisme est moins sûr. Il y a là une hypothèse que la Cour ne peut admettre. En outre, s'il est vrai que le Cinquième Amendement ne contient aucune disposition garantissant l'égalité de protection des lois, en revanche, il interdit toute discrimination «injustifiable au point de violer les droits à une procédure judiciaire équitable». . . Un citoyen par droit de naissance peut librement résider à l'étranger aussi longtemps qu'il lui plaît, sans s'exposer par là à perdre sa citoyenneté. La mesure discriminatoire visant les citoyens par naturalisation impose une limitation rigoureuse à leur droit de vivre et de travailler à l'étranger, sans faire de même à l'égard des autres citoyens. Elle a pour effet de créer des citoyens de seconde zone. Le fait de

résider à l'étranger, qu'il s'agisse d'un citoyen par naturalisation ou par droit de naissance, ne témoigne en aucune façon d'un manque de loyalisme et ne peut absolument pas être interprété comme une renonciation volontaire à la nationalité et au loyalisme envers la Patrie. Il peut en effet résulter de motifs parfaitement légitimes d'ordre familial ou professionnel».

Cour suprême d'Irlande

GARANTIE CONSTITUTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

L'ÉTAT (QUINN) contre RYAN ET AUTRES

(1963/118)

Il est impossible de faire échec à un droit fondamental garanti par la Constitution. Une loi qui permet des violations de ce droit est nulle et sans effet. Les tribunaux sont les gardiens des droits fondamentaux.

Par devant la Cour siégeant toutes chambres réunies

Jugement rendu par: MM. O'Daly (Président de la Cour suprême), Lavery, Kingsmill, Moore and Walsh, juges; M. le juge Haugh s'étant séparé de ses collègues.

Jugement rendu le 4 décembre 1964.

La Cour suprême était appelée en cette affaire à juger de la constitutionnalité de l'Article 29 de la Loi de 1851 (Petty Sessions (Ireland) Act, 1851), autorisant l'exécution en Irlande d'un mandat d'arrêt émis en Angleterre par l'arrestation et le transfert immédiats en Angleterre de la personne nommée dans le mandat. Le nommé Quinn, citoyen irlandais, ayant été arrêté en vertu d'un mandat sans valeur, puis remis en liberté par ordre de la Cour d'Appel, fut immédiatement arrêté de nouveau en vertu d'un nouveau mandat et aussitôt transféré par automobile sur le territoire de l'Irlande du Nord. Ses avocats, qui étaient convenus de le rejoindre au Tribunal, furent incapables de le trouver ou d'obtenir de la police des renseignements satisfaisants sur l'endroit où il pouvait se trouver. En conséquence, ils sollicitèrent de la Cour d'Appel un mandat d'*habeas corpus*. La Cour d'Appel ayant accepté les arguments des défenseurs faisant opposition à la délivrance d'un tel mandat, le demandeur fit appel à la Cour suprême.

La Cour suprême jugea que la police, tant irlandaise que britannique, avait préparé un plan visant à éloigner le demandeur du territoire soumis à la juridiction des tribunaux irlandais, aussitôt après son arrestation en vertu du nouveau mandat, et ce assez rapidement pour qu'il lui soit absolument impossible de contester la légalité du mandat d'arrêt. Il fut démontré, d'autre part, que l'avoué du demandeur s'était vu refuser des renseignements (et que,

sur un point particulier, il avait reçu de faux renseignements) quant à l'endroit où son client aurait pu se trouver pendant tout le temps qu'il était encore sur le territoire soumis à la juridiction des tribunaux irlandais, et que la police avait persisté dans son refus de l'informer jusqu'à ce que le demandeur eût quitté le territoire de l'Irlande du Nord... En fait, la police avait simplement en vue de rendre impossible toute intervention des tribunaux et de faire échec au Principe de la Légalité en tant que norme de conduite des pouvoirs publics.

La Cour jugea que l'Article 29 avait bien pour but de permettre qu'un individu soit instantanément éloigné, sans lui laisser la moindre chance d'en appeler aux tribunaux. Toutefois, une telle disposition, contenue comme elle l'était dans une loi votée par le Parlement britannique alors que l'Irlande faisait encore partie de la Grande-Bretagne, et antérieure à la Constitution de 1937, était incompatible avec les dispositions de l'Article 40 de la Constitution et était, par conséquent, sans valeur. Selon la déclaration du Président O'Daly, «Soutenir comme le font les défenseurs de la police qu'il est licite de s'assurer de la personne d'un citoyen et de l'emmener aussitôt hors du territoire soumis à la juridiction de nos tribunaux, sans même lui laisser la moindre chance d'évaluer ses droits, c'est nier le droit et commettre un déni de justice...

«La Constitution, en garantissant les droits fondamentaux du citoyen, n'a pas voulu que ces droits puissent être foulés aux pieds ou qu'il fût possible de leur faire échec. Elle a voulu, au contraire, que l'individu jouisse de droits réels et que les tribunaux en soient les gardiens».

Exprimant son accord avec le Président, M. le juge Walsh s'est exprimé en ces termes: «Il est tout à fait évident que le droit de s'adresser à la Cour d'Appel ou à l'un quelconque de ses juges appartient à toute personne qui désire contester la légalité de sa détention. Il s'ensuit nécessairement que toute loi qui permettrait de faire échec à ce droit ne peut être que caduque eu égard à ladite disposition de la Constitution... Toute loi autorisant le transfert d'un détenu hors du territoire soumis à la juridiction du tribunal doit pour demeurer compatible avec la Constitution, autoriser ces détenus à séjourner ou permettre qu'ils soient maintenus en détention sur le territoire soumis à la juridiction des tribunaux pendant tout le temps qui lui sera raisonnablement nécessaire pour pouvoir évaluer et, le cas échéant, exercer le droit que lui reconnaît la Constitution de s'adresser à la Cour d'Appel en vue de contester la légalité de sa détention».

La Cour suprême a ordonné qu'il fût signifié à quatre membres de la police déclarés responsables de l'arrestation et du transfert de Quinn hors du territoire soumis à sa juridiction qu'ils auraient à démontrer qu'ils ne s'étaient pas rendus coupables d'outrage au tribunal pour avoir privé le demandeur du droit fondamental, que lui reconnaissait la Constitution, de contester devant les tribunaux la légalité de son arrestation.

Lors d'une audience ultérieure, la Cour suprême a jugé que les défenseurs avaient l'intention de transporter immédiatement le demandeur hors du territoire soumis à sa juridiction, et ce afin d'éviter tout nouveau retard, et que «les actes des défenseurs ici présents avaient eu pour effet de porter atteinte à la compétence et à la juridiction conférées aux tribunaux, de par la Constitution, puisque le droit de s'adresser à ces tribunaux, dont l'usage était garanti à Philip Anthony Quinn, avait subi une atteinte et n'avait pu finalement produire ses effets». La Cour a, par conséquent, trouvé les défenseurs coupables d'outrages au tribunal mais, ayant reçu leurs excuses, ne leur a infligé aucune peine.

Cour d'Appel de Patna, Inde**ÉGALITÉ DE CHANCES****ABDULL LATIFF contre l'ÉTAT DE BIHAR ET AUTRES**

(A.I.R. 1964, Patna, 393)

L'égalité de chances que garantit l'Article 16 de la Constitution de l'Inde vaut pour toutes les personnes au service de l'Etat. Cette garantie n'est pas épuisée après la nomination initiale, et s'étend à la promotion à des postes remplis au choix. A l'intérieur d'un service, une catégorie ne peut bénéficier d'aucun régime de faveur particulier.

L'Article 16 de la Constitution de l'Inde dispose ce qui suit, en ses paragraphes 1 et 2:

- 1) Tous les citoyens peuvent concourir avec des chances égales à tout emploi ou à toute nomination à une fonction relevant de l'Etat.
- 2) Aucun citoyen ne peut être exclu d'un emploi ou d'un poste relevant de l'Etat, ou ne peut être l'objet d'une discrimination à l'occasion de sa nomination à cet emploi ou à ce poste, pour des motifs de race, de caste, de sexe, d'ascendance, de lieu de naissance ou de résidence, ou de l'un quelconque de ces motifs.

La Cour d'Appel a jugé que la notion d'égalité de chances que garantit l'Article 16 (1) résulte du fait que la Constitution reconnaît à toutes les personnes au service de l'Etat et possédant les mêmes titres une complète égalité de chances, en ce qui concerne non seulement la nomination initiale, mais aussi la promotion et les autres conditions de service. La garantie proclamée à l'Article 16 n'est pas épuisée après la nomination initiale dans une section particulière du service public, et doit s'étendre à la promotion à des postes remplis au choix. En d'autres termes, si l'avancement de fonctionnaires du même service est gêné ou ralenti par une règle qui est jugée injuste ou déraisonnable, dans la mesure où elle accorde des avantages particuliers à une catégorie donnée d'un autre service, la Cour d'Appel serait certainement fondée, par application de l'Article 16 à examiner cette règle et à s'interroger sur sa validité.

La Cour d'Appel a jugé que de telles règles pourraient être annulées, quelle qu'en soit la source, si elles s'avéraient discriminatoires au sens de l'Article 16.

Cour suprême des États-Unis

LIBERTÉ DE RÉUNION

COX contre l'État de LOUISIANE

(379 U.S. 536)

La possibilité de discuter librement de questions politiques doit être préservée comme un élément fondamental de la démocratie constitutionnelle – permettre que des personnes soient punies pour avoir «troublé la paix publique» alors qu'elles n'ont fait qu'exprimer des opinions impopulaires, en donnant de ces expressions une définition aussi large que vague, équivalant à agir au mépris de la Constitution et à porter atteinte à la liberté de parole et au droit de réunion. Il est manifestement inconstitutionnel de permettre qu'un fonctionnaire public faisant usage d'une loi qui lui confère un large pouvoir discrétionnaire en matière d'autorisation se livre à des pratiques discriminatoires désobligeantes à l'égard de personnes ou de groupes de personnes.

L'appelant était le chef d'une manifestation en faveur des droits civiques qui a eu lieu à Bâton Rouge, Louisiane. Le thème de cette manifestation était une marche qui s'est déroulée dans l'ordre jusqu'au Palais de Justice – où d'autres manifestants se trouvaient détenus. Parvenus à cet endroit, les manifestants se sont rassemblés sur le trottoir en face du Palais de justice et ont entonné des chansons. Puis l'appelant leur a adressé une allocution les exhortant à occuper pacifiquement des cafeterias dans le quartier des affaires. Le shérif a alors ordonné au groupe de se disperser et a assuré l'exécution de cet ordre en faisant usage de gaz lacrymogènes. L'appelant a été condamné pour avoir porté atteinte à la paix publique et avoir entravé la circulation. La Cour suprême de Louisiane avait à trancher deux questions.

1. Selon son interprétation, l'expression «troubler la paix publique», utilisée dans la loi en vertu de laquelle l'appelant avait été condamné, signifiait «provoquer de l'agitation, tirer de son calme, importuner, interpellé, entraver, tourmenter». La Cour a jugé qu'une telle définition était si vague qu'elle représentait en fait une violation inconstitutionnelle de la liberté de parole et du droit de réunion reconnus à l'appelant. Cette définition permettrait de punir des personnes qui se borneraient à exprimer paisiblement des opinions impopulaires... «Il y avait lieu de casser la condamnation prononcée en vertu de cette loi. En effet, le caractère inconstitutionnel de cette loi était prouvé par le fait qu'elle englobait dans son immense champ d'application des agissements que la Constitution protège, à savoir la liberté de parole et le droit de réunion. La possibilité de discuter librement de questions politiques devait être préservée comme un élément fondamental de notre démocratie constitutionnelle».

2. En théorie, la loi de Louisiane qui punit les entraves à la circulation interdit toutes réunions et défilés sur la voie publique; en pratique cependant, certaines réunions et certains défilés sont autorisés, alors même qu'ils ont pour effet de gêner la circulation, sous réserve d'avoir été préalablement autorisés. La Cour a statué dans les termes suivants: «Les divers éléments de preuve dont nous disposons montrent que les autorités de Bâton Rouge autorisent ou interdisent défilés ou réunions sur la voie publique à leur entière discrétion». La Cour a jugé en ses termes: «Il est manifestement contraire à la Constitution de permettre qu'un fonctionnaire public décide des opinions dont la manifestation sera autorisée ou interdite, ou ait le droit de faire usage de mesures discriminatoires désobligeantes à l'égard de personnes ou de groupes de personnes, en invoquant soit une loi qui lui confère de larges pouvoirs discrétionnaires en matière d'autorisation, soit, comme en la présente espèce, en faisant usage de pouvoirs analogues par l'application sélective qu'il donnerait à une loi d'interdiction libellée en termes extrêmement larges».

La Cour suprême a défini en ces termes les mesures de restriction admissibles:

«La liberté de parole et le droit de réunion ont sans doute une place de choix dans notre société démocratique. Ils n'autorisent cependant pas quiconque a des opinions ou des croyances à exprimer, à prendre la parole en tout endroit public et en tout temps. La garantie donnée à la liberté par la Constitution implique l'existence d'une société organisée capable de maintenir l'ordre public, sans lequel la liberté elle-même se perdrait dans les excès de l'anarchie. Le pouvoir de réglementer la circulation dans les rues offre un bon exemple de la responsabilité qui incombe à l'Etat en vue d'assurer cet indispensable bon ordre. Une réglementation restrictive dans ce domaine, visant à accroître la commodité du public dans l'intérêt général et ne pouvant donner lieu à aucune application discriminatoire abusive doit être respectée, même si elle vise à entraver l'exercice d'un droit civil qui, en d'autres circonstances, aurait le droit d'être protégé ... Personne, bien entendu, ne conteste que les responsables des affaires publiques aient le droit d'exercer leur faculté de discrétion quant à l'heure, le lieu et la durée des réunions publiques, et à l'usage qui sera fait de la voie publique, pourvu qu'ils le fassent à bon escient, sans excès de rigueur et en s'appuyant sur des lois ou des décrets irréprochables. Encore faut-il que cette discrétion limitée «s'exerce selon des critères uniformes prenant en considération les éléments de fait contenus dans chaque demande, rejetant toutes considérations infondées ou non pertinentes ... se refusant à toute discrimination injustifiée, et n'ayant en vue que de réserver au public, selon des critères constants et équitables, un usage aussi étendu que possible de la rue».

Les deux condamnations furent cassées pour avoir entraîné la violation du droit du demandeur à la liberté de parole et de réunion.

Cour suprême des Etats-Unis**LIBERTÉ D'EXPRESSION****COX contre l'État DE LOUISIANE**

(voir ci-dessus)

Cour suprême des Etats-Unis**LIBERTÉ D'EXPRESSION****FREEDMAN contre l'État de MARYLAND**

(380 U.S. 51)

Il n'est pas nécessairement inconstitutionnel de prescrire que les films doivent être soumis à un comité de censure avant leur projection. Il existe toutefois de fortes raisons de mettre en doute, au regard de la Constitution, la validité des restrictions préalables apportées à la liberté d'expression. L'absence de garanties suffisantes contre des entraves injustifiées à la liberté d'expression peut donner à l'obligation légale de soumettre des films à une censure préalable le caractère d'une restriction préalable inadmissible en droit.

En vertu d'une loi du Maryland, les films doivent recevoir l'approbation préalable du Comité de censure de l'Etat. La Cour était saisie d'un appel contre le refus d'approuver un film, mais la procédure se révéla d'une extrême lenteur, et la loi interdisait de projeter pendant toute sa durée un film auquel le visa avait été refusé.

La Cour a jugé que si l'obligation de soumettre un film à un comité de censure avant sa projection n'est pas nécessairement contraire à la Constitution, il y a cependant de fortes raisons de mettre en doute, au regard de la Constitution, la validité des restrictions préalables apportées à la liberté d'expression; l'absence de garanties suffisantes, dans la procédure du Maryland, contre des entraves injustifiées à la liberté d'expression protégée par la Constitution, a donné à l'obligation légale de soumettre les films à l'examen préalable de la censure le caractère d'une restriction préalable inadmissible en droit.

«Appliquant en l'espèce sa jurisprudence constante», dit le jugement, «la Cour suprême estime qu'en dehors d'une action pénale, l'obligation de soumettre un film à un organe de censure préalablement à sa projection n'échappe au reproche d'inconstitutionnalité que si elle est assortie de garanties de procédure capables de parer aux dangers inhérents à tout régime de censure. En premier lieu, c'est au censeur qu'il appartient de prouver que le film est un moyen d'expression non protégé par la Constitution. . . En second lieu, s'il est vrai que l'Etat est fondé à exiger que tous les films lui soient soumis préalablement à leur projection, de façon à pouvoir effectivement inter-

dire toute projection publique de films non protégés ainsi qu'il est dit ci dessus, cette exigence ne peut s'exercer d'une manière qui donnerait un caractère définitif à la décision du censeur, quelle qu'elle soit. L'expérience de la Cour suprême lui enseigne que seul un jugement contradictoire peut garantir que la liberté d'expression sera comprise et assurée avec une juste appréciation des circonstances particulières à chaque cas, et que pour cette raison, rien de moins qu'une procédure aboutissant obligatoirement à l'arrêt d'un tribunal ne peut imposer l'exécution d'une mesure de restriction définitive et fondée en droit. . . A cette fin, l'exploitant doit pouvoir tirer de la loi, ou d'une interprétation autorisée de la jurisprudence, l'assurance que le censeur, à l'issue d'une période spécifiée et nécessairement brève, autorisera la projection du film ou commandera à une instance judiciaire de l'interdire. De même, toute restriction anticipant le jugement définitif d'un tribunal sur le fond doit n'avoir qu'un caractère conservateur et n'être valable au maximum que pendant le temps qu'il faut à un tribunal pour parvenir à une décision réfléchie. En outre, la Cour n'ignore pas que, même lorsqu'une restriction temporaire cesse d'exercer ses effets, un refus de délivrer l'autorisation de projeter, qui n'aurait le caractère que d'une mesure administrative et qui exprimerait l'opinion du censeur selon lequel le film ne bénéficie pas de la protection de la Constitution, peut exercer un effet décourageant sur l'exploitant. . . La procédure doit donc être telle qu'elle garantisse une décision de justice définitive et promptement réduisant au minimum les conséquences paralysantes que ne manquerait pas de produire un refus de projeter provisoire et peut-être mal fondé.

«En l'absence de ces garanties, l'exploitant hésitera peut-être à entamer une difficile procédure de revision contre la décision du censeur . . . ».

Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne

LIBERTÉ D'EXPRESSION

JUGEMENT RENDU PAR LA PREMIÈRE CHAMBRE

le 25 JANVIER 1961

(Référence No 1 BvR 9/57)

Exprimer son opinion est l'un des droits les plus nobles dont l'homme jouisse au sein de la société. C'est aussi un droit fondamental, et un élément essentiel de l'ordre démocratique qui garantit la libre discussion des idées sans lesquelles la société ne saurait remplir son objet.

Source: Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, Vol. 12, page 113.

Le plaignant, Président d'une Cour d'Appel, avait été attaqué dans l'hebdomadaire «Der Spiegel». L'auteur de l'article incriminé soutenait notamment que le plaignant éprouvait de la sympathie pour le communisme et mettait en doute la sagesse de la décision qui l'avait appelé à de hautes fonctions dans l'ordre judiciaire. Le plaignant répliqua à cet article dans un autre journal où il émit des remarques désobligeantes à propos de l'article du «Der Spiegel» et du genre d'article dans lequel il le rangeait.

Se fondant sur le Code pénal, les éditeurs du «*Spiegel*» entamèrent une procédure pénale en diffamation contre le plaignant. Celui-ci fut finalement condamné à une peine d'amende, après être allé plusieurs fois en Appel. Il entama alors une action fondée sur une atteinte à la Constitution, soutenant que sa condamnation avait eu pour effet de limiter le droit d'exprimer librement son opinion que lui reconnaissait la Constitution.

L'Article 5 (1) de la Loi fondamentale allemande est libellé comme suit: «Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser son opinion par la parole, l'écriture et l'image, et d'obtenir sans restriction des informations auprès de sources à la disposition du public. La liberté de la presse et la liberté d'expression par la radiodiffusion et par le film sont garanties».

L'Article 5 (2) dispose que: «Les droits ci-dessus ne sont limités que par les dispositions des lois de caractère général, par celles des lois visant à protéger la jeunesse et par le droit de chacun à protéger son honneur personnel».

Le tribunal qui condamna le plaignant ne considérait son article que du point de vue de la défense de l'honneur personnel, cette expression devant s'entendre, au sens du Code pénal, comme une défense contre des propos injurieux. Ce tribunal estima que l'article du plaignant allait plus loin que ce qu'exigeait la protection de son honneur personnel et équivalait à une attaque infondée contre les éditeurs du «*Spiegel*».

La Cour constitutionnelle fédérale n'a pas admis cette interprétation pour les raisons suivantes: elle portait atteinte aux droits du plaignant tels que les définit l'article 5; elle ne mesurait pas exactement l'importance attribuée par la Constitution à la formation de l'opinion publique; enfin, elle ne tenait aucun compte de l'influence que la liberté d'expression, l'un des droits fondamentaux, exerce par voie de conséquence sur l'interprétation et l'application des dispositions pénales qui protègent la réputation de la personne. En se demandant si l'article du plaignant rendait celui-ci coupable d'une infraction pénale, il fallait tenir compte non seulement de son droit de se défendre contre l'attaque dont il était l'objet, mais aussi du rôle joué par ledit article, considéré comme une réponse à une provocation, dans la formation et l'information de l'opinion publique:

«La Loi fondamentale a reconnu une valeur particulière à ce droit fondamental qu'est la liberté d'exprimer son opinion. . . La liberté d'opinion, en tant que moyen d'exprimer directement la personnalité, est l'un des plus nobles parmi les droits de l'homme vivant en société, et c'est la société qui, à elle seule, lui donne son importance particulière. En outre, ce droit fondamental apporte en lui-même sa contribution à la construction de l'ordre démocratique, parce qu'il offre un champ clos au choc et à la libre discussion des idées, ainsi qu'à la discussion des intérêts sans lesquels une société démocratique ne saurait vivre. Seule, la libre discussion en public de questions d'importance générale assure, à l'abri de toute contrainte, la formation de l'opinion publique, car celle-ci, dans une démocratie libre, ne peut se former que selon un mode plural, dans les discussions d'idées qui s'inspirent peut-être de sources différentes, mais qui, du moins, s'énoncent librement, surtout au moyen d'affirma-

tions et de réfutations. Le droit de chaque citoyen à participer à ces discussions publiques lui est garanti par l'article 5 (1) de la Loi fondamentale. Or, la presse, avec la radiodiffusion et la Télévision, est l'instrument le plus important de formation de l'opinion publique, aussi la liberté de la presse est-elle expressément protégée par le Constitution en son article 5 (1), deuxième phrase. Les limites reconnues à ce droit fondamental qu'est la liberté d'opinion exercent nécessairement une influence importante sur l'équilibre que l'article 193 du Code pénal fait obligation de maintenir entre le souci de l'honneur et la liberté d'opinion, dans les affaires où interviennent des éléments de formation de l'opinion publique».

La Cour dit encore, dans ses considérants, que, dans la mesure où l'article du plaignant a effectivement contribué à former l'opinion publique, le motif qui en avait inspiré la publication ne constituait pas l'élément décisif. Il était donc impossible de refuser à cet article la protection que lui valait son rôle dans la formation de l'opinion publique, en arguant du fait qu'il avait été publié uniquement ou surtout, en vue de protéger l'honneur de son auteur.

«L'article du plaignant, considéré objectivement, est à verser au dossier d'une question qui intéresse profondément le public et qui a trait à sa confiance dans son gouvernement et dans l'administration de la justice. Son caractère ne saurait être modifié par le fait que le plaignant défendait en même temps son honneur et sa situation. Parmi les intérêts qu'il protégeait en publiant son article figurait son droit de contribuer à la formation de l'opinion publique».

Le jugement de condamnation fut cassé et l'affaire renvoyée devant un tribunal de première instance pour être à nouveau jugée, en tenant compte des principes énoncés par la Cour constitutionnelle.

Cour suprême de Ceylan

LIBERTÉ DE DÉPLACEMENT

ASEERWATHAM contre le SECRÉTAIRE PERMANENT DU MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE ET DES AFFAIRES EXTÉRIEURES ET AUTRES

La liberté de déplacement ne doit subir aucune restriction déraisonnable. Une personne détenant un passeport valide, ainsi qu'un titre de transport aller et retour pour un voyage à l'étranger, a le droit de quitter son pays et d'y revenir sans entraves.

Demande de mandement (Writ of Mandamus) à adresser au Secrétaire permanent du Ministère de la Défense nationale et des Affaires extérieures; au Chef du Service des Changes; et à la Compagnie Air Ceylan, par J. D. Aseerwatham.

Par devant MM. les juges T. S. Fernando et Manicavasakar

M. Aseerwatham, en sa qualité de Secrétaire général de l'Association ceylanaise pour les Nations Unies, avait été invité à participer à un cycle d'étude qui devait se tenir à Kuala Lumpur. Le Secrétaire permanent du Ministère de la Défense nationale et des Affaires extérieures lui refusa l'autorisation de quitter le pays et le Chef du Service des changes lui refusa une attribution de devises.

Il détenait un passeport ceylanais valide, et la Fédération mondiale des Associations pour les Nations Unies l'avait informé qu'elle mettrait à sa disposition un titre de transport aller et retour de Colombo à Kuala Lumpur.

En octobre 1964, le demandeur s'adressa au premier des deux défendeurs pour obtenir un certificat d'autorisation de voyage, à délivrer sur le formulaire fourni par le Ministère de la Défense nationale et des Affaires extérieures. Ce défendeur lui fit alors savoir que cette autorisation ne pouvait lui être accordée; aucune raison ne lui fut donnée à l'appui.

Le demandeur sollicita alors un mandement de la Cour suprême, faisant valoir qu'en sa qualité de libre citoyen de Ceylan, il jouissait du droit de s'en aller et de revenir en toute liberté. Le premier défendeur avait, dans l'intention de nuire et pour des raisons qu'il n'avait pas exposées, refusé de lui accorder l'autorisation nécessaire, et le demandeur soutenait qu'il pouvait légitimement solliciter un mandement de la Cour ordonnant au premier ou au deuxième défendeur, ou à l'un et à l'autre ensemble, de lui délivrer sans tarder l'autorisation lui permettant d'obtenir son titre de transport aérien payé d'avance.

A l'audience, M. le juge T. S. Fernando fit valoir que la position du Ministère de la Défense nationale et des Affaires étrangères n'était ni défendable ni compréhensible, et il exprima en des termes très vifs la désapprobation que lui inspirait, à cet égard, l'attitude du premier défendeur. A son avis, ajouta-t-il, aucune restriction déraisonnable ne devait être imposée à la liberté de déplacement d'une personne. Il demanda instamment à l'avocat de la Couronne de veiller que l'autorisation nécessaire soit accordée au demandeur, sans autre retard ou empêchement.

Plus tard, au cours de la même audience, l'avocat de la Couronne informa la Cour que le premier défendeur était disposé à délivrer l'autorisation nécessaire.

Cour suprême de Ceylan

LIBERTÉ DE DÉPLACEMENT

GOONERATNE contre le SECRÉTAIRE PERMANENT du MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE ET DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, ET UN AUTRE

Cas analogue au précédent.

Demande de mandement (Writ of Mandamus) adressé au Secrétaire permanent du Ministère de la Défense nationale et des Affaires extérieures, ainsi qu'au Chef du Service des Changes.

A. C. Gooneratne, demandeur.

Par devant MM. les juges Sri Skanda Rajah, Sirimana et Manicavasakar

Le demandeur, avocat de sa profession, avait été invité à participer à un Congrès de juristes dans le Moyen-Orient, à l'occasion duquel le prix de son voyage avait été payé d'avance. Le Secrétaire permanent du Ministère de la Défense nationale et des Affaires extérieures ayant refusé de lui délivrer les autorisations qui lui auraient permis de se rendre à Istanbul, le demandeur sollicita de la Cour un mandement (writ of mandamus).

Au cours de l'audience, le représentant de la Couronne déclara que la loi ne faisait empêchement à personne de quitter l'île librement, si cette personne était en possession d'un passeport valable pour les pays où elle avait l'intention de se rendre, ainsi que des titres de transport aérien nécessaires.

M. le juge Manicavasakar fit observer que le Ministre des Affaires extérieures avait le devoir d'aider des personnes telles que le demandeur, et non de les gêner.

M. le juge Sri Skanda Rajah, Président de la Cour, déclara que si de telles incertitudes existaient dans les milieux officiels au sujet de ces questions, il devait en exister encore bien davantage dans l'esprit du public. Il y avait lieu, en conséquence, de donner une publicité suffisante au fait qu'aucune autorisation délivrée par le premier défendeur n'était requise pour pouvoir quitter l'île. C'était là, ajouta-t-il, le type même de l'affaire où la Couronne devait être condamnée aux dépens. Ceux-ci furent fixés à 210 roupies.

Cour suprême de l'Inde

DROITS FONDAMENTAUX PENDANT UNE PÉRIODE D'EXCEPTION

AFFAIRE DES RÈGLEMENTS SUR LA DÉFENSE NATIONALE DE L'INDE

En vertu des règlements sur la défense nationale de l'Inde, le Président de la République a le pouvoir d'interdire, pendant la durée d'un état d'exception, l'accès aux voies de recours destinées à assurer la protection des droits fondamentaux, sans toutefois pouvoir suspendre ces droits eux-mêmes, qui ne sont pas abrogés, et lorsque la fin de l'état d'urgence est proclamée, un individu lésé pourra réclamer des dommages au gouvernement pour avoir violé ses droits fondamentaux.

Dans l'affaire ci-dessus, la Cour suprême de l'Inde a jugé que le Président de la République indienne n'avait, pendant la durée de l'état d'exception, le pouvoir que d'interdire l'accès aux voies de recours destinées à assurer la protection des droits fondamentaux, sans toutefois pouvoir suspendre ces droits eux-mêmes. La Cour suprême a jugé que ces droits n'étaient pas abrogés, même pendant la durée de l'état d'exception, et que, par conséquent, un individu lésé pouvait réclamer des dommages au gouvernement pour avoir violé ses droits fondamentaux.

Cour suprême d'Israël

DROITS D'UN EMPLOYÉ

MUNICIPALITÉ DE PETACH TIQVA contre AVRAHAM FRIEDMAN

(C.A. 525/64)

C'est l'ensemble des conditions d'emploi qui crée le statut d'un employé. L'abrogation d'une condition substantielle sans justification porte gravement atteinte à ce statut. La privation arbitraire des droits à l'avancement pour un employé équivaut à une pratique discriminatoire.

Compte rendu dans 19 Piskei Din I 566.

L'intimé était employé depuis huit ans par l'appelant en qualité de dessinateur technique. A plusieurs reprises, il sollicita un avancement, mais toutes ses demandes furent rejetées sans explication et il se sentit l'objet de mesures discriminatoires, car tous ses collègues reçurent de l'avancement pendant cette période. Il démissionna alors et il demanda une indemnité pour perte d'emploi. En règle générale, seul l'employé qui a été congédié peut recevoir une indemnité, mais il est cependant des cas où la démission est considérée comme un congédiement, surtout lorsque les conditions d'emploi se dégradent.

La Cour avait à se prononcer sur la question de savoir si la démission pouvait être considérée comme un congédiement, eu égard à la dégradation des conditions d'emploi de l'intéressé.

La Cour a jugé que l'intimé avait droit à une indemnité.

Selon M. le juge Berinson: c'est l'ensemble des conditions d'emploi qui crée le statut d'un employé, et l'abrogation sans raison et sans justification d'une condition importante peut valablement amener à la conclusion que le statut de l'employé a subi une atteinte grave. Une perspective raisonnable d'avancement, lorsque l'employé est qualifié, est assurément une condition d'emploi importante. Enlever arbitrairement cette perspective à un employé, c'est le léser gravement. C'est faire preuve de discrimination à son égard, par comparaison avec le traitement accordé aux autres employés, qui reçoivent de temps à autre un avancement correspondant à l'amélioration de leurs résultats. La situation d'un employé ayant normalement des perspectives raisonnables d'avancement n'est pas la même que celle d'un employé dont le grade est fixé une fois pour toutes et qui n'a aucune possibilité d'avancer, lorsqu'il s'agit d'un emploi où l'employé reçoit ordinairement un avancement, à mesure que ses responsabilités s'accroissent et que son niveau professionnel s'élève.

Cour suprême des Etats-Unis

DROIT DE RECEVOIR DES INFORMATIONS

«LAMONT BASIC PAMPHLETS» contre LE MINISTRE DES POSTES

(381 U.S. p. 301)

Le destinataire d'un envoi postal a le droit de recevoir son courrier sans obstruction. La disposition d'une loi obligeant le Ministre des Postes à conserver par devers lui et à ne faire distribuer que sur demande écrite du destinataire des envois en provenance de l'étranger contenant de la «propagande politique communiste» est inconstitutionnelle, parce qu'elle impose au destinataire l'obligation d'en demander par écrit la distribution. Une telle disposition est une atteinte portée aux droits garantis au destinataire par le Premier Amendement.

En vertu de la Loi de 1962 sur les traitements et salaires des employés du Service des Postes et des employés fédéraux, le Ministre des Postes est tenu de conserver par devers lui, et de ne faire distribuer que sur demande écrite du destinataire, les envois non clos en provenance de l'étranger contenant de la «propagande politique communiste». La procédure d'application adoptée a consisté à faire adresser par le Ministère des Postes une carte au destinataire l'avisant de cet envoi et l'informant que, si ladite carte ne lui est pas retournée dans les vingt jours, ledit Ministère conclura que le destinataire ne désire pas recevoir la publication en question ou toute autre du même genre à l'avenir.

La Cour suprême a jugé que la disposition de la loi en question était inconstitutionnelle parce que le destinataire devait, pour recevoir son courrier, en demander par écrit la distribution.

Elle a formulé les observations suivantes à l'appui de son jugement:

De l'avis de la Cour, il y a là une atteinte portée aux droits garantis au destinataire par le Premier Amendement. Le destinataire est tenu d'affirmer sa volonté, alors que, au jugement de la Cour, le gouvernement ne peut lui imposer de le faire. Il est presque certain que cette obligation aura un effet de dissuasion, particulièrement sur ceux qui occupent des situations particulièrement exposées. Leurs moyens d'existence peuvent dépendre d'un avis favorable des Services de sécurité. Des fonctionnaires tels que des membres de l'enseignement, qui ne sont pas assurés de la stabilité de leur emploi, peuvent penser qu'ils s'exposent aux pires catastrophes s'ils lisent des publications qui, de l'avis du Gouvernement fédéral, contiennent des germes de trahison. D'autres encore éprouveront sans doute quelque appréhension en demandant à recevoir des publications dont des fonctionnaires fédéraux ont déclaré qu'elles contenaient de la «propagande politique communiste». Cette loi institue un régime incompatible avec le droit à la «discussion franche, solide et ouverte» que le Premier Amendement vise à assurer.

Cour suprême d'Israël

DROIT DE PROPRIÉTÉ

JOSEPH BARUCH contre le DIRECTEUR DES DOUANES

(H.C. 249/64)

L'expropriation, même contre indemnité, est une atteinte portée aux droits fondamentaux. Elle est impossible en l'absence d'une disposition de loi expresse, claire et dépourvue d'ambiguïté. Chaque fois qu'il sera possible d'interpréter une telle autorisation en faveur du citoyen et d'en limiter l'application, les tribunaux ne manqueront pas de le faire et l'interpréteront de façon restrictive.

Compte rendu dans 19 Piskei Din I 486.

Le requérant était importateur d'articles de porcelaine. L'intimé ayant déclaré que la valeur de ces articles, telle que le requérant l'avait déclarée, était à son avis «insuffisante», donna préavis de saisie de ces articles, contre paiement de la valeur déclarée majorée de 5 %, conformément aux dispositions de l'article 149 a) du Règlement des Douanes libellé comme suit:

Lorsque les droits de douane sont fixés ad valorem, le Directeur des Douanes, s'il a des raisons de croire que la valeur déclarée par l'importateur ou son agent est insuffisante, peut soit prélever en nature le montant des droits, soit saisir les marchandises moyennant préavis à l'importateur ou à son agent et paiement du montant de la valeur déclarée par l'importateur ou son agent, majorée de cinq pour cent.

Bien que la valeur eût été déclarée par le requérant conformément à des factures en règle et ne donnant lieu à aucune contestation, elle était très inférieure aux prix du marché. Le demandeur exposa qu'il s'agissait d'articles de second choix, qu'il ne revendrait qu'après leur avoir donné une décoration artistique.

Il sollicita de la Cour une ordonnance annulant ledit préavis de saisie. Cette ordonnance fut rendue sous forme irrévocable, avec les attendus suivants:

1. Lorsque la valeur déclarée des marchandises est conforme à des factures en règle, on ne saurait soutenir qu'elle est «insuffisante», car c'est la valeur portée sur les factures qui doit figurer dans la déclaration de l'importateur.

2. Selon M. le juge Cohn: «... L'expropriation des biens appartenant à un individu, même si elle est faite contre indemnisation, continue une atteinte aux droits fondamentaux qui est absolument inadmissible en l'absence d'une disposition de loi qui doit être expresse, claire et dépourvue d'ambiguïté. Là où il existe une possibilité raisonnable d'interpréter une telle disposition de loi en faveur du citoyen et d'en limiter l'application, les tribunaux saisiront cette possibilité et donneront de ladite disposition de loi une interprétation restrictive».

Cour suprême des Philippines**DROIT DE PROPRIÉTÉ****PROVINCE DE BULACAN contre SAN DIEGO et AUTRES**

(G.R. No L-15946)

La Constitution protège le propriétaire terrien contre l'expropriation aveugle et injustifiée. L'expropriation ne se justifie que pour une raison de caractère public et dans l'intérêt du public.

Jugement rendu le 28 février 1964.

En vertu de l'article 4, Titre XII, de la Constitution, le Gouvernement ne peut exproprier de biens fonciers que s'ils ont une vaste superficie et, en particulier, s'ils englobent la totalité ou une grande partie d'un bourg ou d'une ville importante; lorsqu'un bien foncier est morcelé et divisé en parcelles de superficie raisonnable, soit par ventes volontaires décidées par son ou ses propriétaires, soit par une première expropriation, l'Article 4, Titre XIII, de la Constitution s'oppose à ce que lesdites parcelles soient expropriées; la notification par le Gouvernement de son intention d'exproprier une parcelle de terre n'a pas en soi pour effet d'aliéner cette parcelle ou d'empêcher son propriétaire d'en disposer par la suite, soit en l'hypothéquant, soit en la vendant en un ou plusieurs lots; les conflits entre locataires et propriétaires, quel qu'en soit le responsable, ne sauraient en eux-mêmes justifier l'expropriation; la Constitution protège le propriétaire contre l'expropriation aveugle et injuste; l'expropriation ne se justifie que pour une raison de caractère public et dans l'intérêt du public; permettre aux tenanciers d'accéder à la propriété d'un bien foncier, même si ce sont leurs ancêtres qui l'ont défriché et si eux-mêmes l'ont cultivé pendant de nombreuses années pour le compte de leurs propriétaires, ne saurait en soi justifier, au regard de la Constitution, une expropriation qui priverait le propriétaire de son bien.

Cour constitutionnelle de Yougoslavie**DROIT DE PROPRIÉTÉ****AFFAIRE DU CONSEIL COMMUNAL DE VALJEVO**

(première session, 1964)

Un règlement faisant obligation aux propriétaires de locaux commerciaux situés dans des maisons appartenant à des particuliers de les louer à bail dans un délai de trente jours et, à défaut, autorisant les services officiels de logement à les louer à bail contre le gré des propriétaires, «afin de protéger l'intérêt commun», a été abrogé par la Cour constitutionnelle. Il ne peut être disposé de locaux commerciaux appartenant à des particuliers sans le consentement de leurs propriétaires.

Jugement rendu le 5 octobre 1964.

Une Cour constitutionnelle a été créée par l'effet du Titre XIII de la nouvelle Constitution yougoslave de 1963 – innovation unique dans les pays communistes. Dès la première session de cette instance, qui s'est ouverte le 5 octobre 1964, un jugement a été rendu dans une affaire qui soulevait la question des droits de propriété des particuliers. Le Conseil communal de Valjevo (Serbie) avait pris un règlement faisant obligation aux propriétaires de locaux commerciaux situés dans des maisons appartenant à des particuliers de les louer à bail dans un délai de trente jours. A défaut, et pour quelque raison que ce soit, ce règlement autorisait les services officiels de logement à les louer à bail contre le gré des propriétaires, «afin de protéger l'intérêt commun». La Cour constitutionnelle a jugé en faveur du demandeur, qui était un particulier, et le règlement a été abrogé. A l'avenir, personne ne pourra disposer de locaux commerciaux appartenant à des particuliers sans le consentement de ces derniers.

Cour suprême de Ceylan

INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE

L'ATTORNEY-GÉNÉRAL contre LIYANAGE ET AUTRES

(Premier procès du coup d'Etat)

La nomination des juges par le pouvoir exécutif, même si elle résulte d'une loi particulière, porte atteinte aux principes essentiels de l'indépendance de la magistrature. Les juges ainsi nommés sont sans compétence, en raison même de leur mode de nomination.

Par devant MM. S. Fernando, Président, de Silva et Sri Skanda Rajah, Juges.

Le 18 février 1962, le Parlement a adopté, avec effet rétroactif, une loi intitulée «Loi introduisant des dispositions particulières dans le Code pénal» (The Criminal Law (Special Provisions) Act). Cette loi avait pour objet d'introduire des dispositions particulières visant l'arrestation, la détention et le procès de certains membres des forces armées de la police, et aussi de quelques civils prévenus d'avoir été mêlés le 27 janvier 1962, à un complot visant à renverser le gouvernement.

Cette loi donnait au Ministre de la Justice, chef d'un département ministériel ayant des responsabilités politiques, le pouvoir de nommer trois juges choisis parmi les juges à la Cour suprême, afin de mener le procès des accusés. Elle disposait en outre que ni la composition ni la compétence du tribunal ainsi créé par le Ministre ne pourraient être attaquées devant aucune autre instance.

Vingt-quatre personnes furent accusées en vertu de cette loi. Leur procès commença le 1er juillet 1962, et il fallut plusieurs semaines pour équiser les conclusions préliminaires qui furent déposées.

La défense déposa d'abord une conclusion préliminaire dans laquelle elle contestait la compétence du Tribunal, notamment pour les raisons suivantes:

1. Les dispositions de la loi en question, qui conféraient au Ministre de la Justice de pouvoir de nommer ou de choisir les juges, ont donné lieu à un abus de pouvoir au regard de la Constitution, dans la mesure où elles

entravaient l'exercice de la fonction judiciaire et portaient atteinte aux pouvoirs de la Cour suprême, tels qu'ils sont définis par l'Ordre en Conseil créant la Constitution de Ceylan;

2. La nomination des juges a toujours été jusqu'ici le privilège exclusif du pouvoir judiciaire dans l'exercice normal de ses attributions, et ne peut être dévolue à quiconque hors de l'ordre judiciaire.

L'Attorney-General soutint que le pouvoir de nomination était purement administratif et pouvait être dévolu à une personne n'appartenant pas à l'ordre judiciaire. La défense, de son côté, plaida que la nomination des juges, encore qu'elle pût présenter l'aspect d'un acte administratif, était si inextricablement liée à l'exercice du pouvoir judiciaire proprement dit, ou participait de si près du pouvoir judiciaire, qu'elle en faisait effectivement partie.

Dans son jugement, rendu le 3 octobre 1962, la Cour a accepté la conclusion préliminaire de la défense, qui avait contesté sa compétence, et elle a formulé les observations suivantes relativement au pouvoir de nomination du Ministre:

Si ce pouvoir est dévolu à une autorité extérieure à la magistrature, cette autorité pourra légalement en faire usage, de manière à empêcher un ou des juges d'exercer telle ou telle partie des fonctions proprement judiciaires que la Constitution leur a confiées en leur qualité de juges à la Cour suprême. Une telle conséquence paraîtra encore plus absurde si, au lieu de considérer la situation d'un juge conseiller à la Cour, on considère celle du Président de la Cour lui-même. Il nous paraît possible dans le cadre de la loi que, par l'effet d'une disposition de loi de cette nature, le président de la Cour soit empêché de présider la Haute instance à la tête de laquelle la Constitution l'a placé. L'exercice du pouvoir de nomination peut donc aboutir, dans la pratique, à réduire à néant le pouvoir judiciaire d'un ou des juges qui tiennent ce pouvoir de la Constitution.

De plus, si le pouvoir de nommer ou de désigner des juges pouvait être confié au Ministre, sans être inconstitutionnel pour la raison qu'il ne s'agit là que d'un acte exclusivement administratif, nous ne voyons rien dans la loi qui empêcherait de conférer ce pouvoir à tout autre représentant de l'autorité, qu'il soit ou non partie intéressée à un procès. Or, qu'il soit possible de faire abus du pouvoir de nomination ainsi confié, au point qu'un juge inamovible puisse être déchu des fonctions auxquelles il a été nommé en vertu de l'article 52 de l'Ordre-en-Conseil ou que ses attributions subissent une limitation, est une considération qui a son importance lorsqu'il s'agit de juger si, en conférant en vertu de l'article 9 le pouvoir de nommer à une personne qui n'est pas juge à la Cour suprême, on commet ou non un excès de pouvoir au regard de la Constitution.

La Cour a encore déclaré que, même en estimant que le pouvoir de nomination était compatible avec la Constitution, on se retrouverait face au principe fondamental en matière d'administration de la justice – souvent énoncé par des magistrats – selon lequel il ne suffit pas que justice soit rendue, mais encore faut-il qu'elle le soit à la vue de tous. En appliquant ce principe à l'espèce, la Cour a formulé les observations particulièrement pertinentes qui suivent:

Un tribunal ne peut pas s'interroger sur les mobiles du législateur. Les circonstances exposées ci-dessus sont cependant telles qu'elles amènent la Cour à se demander si un citoyen ordinaire, un homme raisonnable, n'aurait pas l'impression que la Cour suprême elle-même peut être prévenue dans un sens ou dans l'autre. Quelle impression va sans doute créer, dans l'esprit de ce citoyen ordinaire, de cet homme raisonnable, cette modification brusquement apportée après coup, et sans doute à des fins intéressées, à la loi réglementant le choix des juges? N'aurait-il pas raison de se demander «pourquoi le Ministre, que l'on suppose avoir un intérêt dans le jugement qui sera prononcé, serait habilité à choisir des juges alors que la partie adverse ne pourrait participer à leur choix? Les normes de la justice et de l'équité n'ont-elles pas été violées? Va-t-il, de bonne foi mais à tort, éprouver l'impression que le cours de la justice a subi une atteinte inadmissible? Et n'en viendra-t-il pas alors à mettre en question l'impartialité du tribunal ainsi constitué?

... Se rapportant à ces critères et à ceux qu'elle a appliqués au jugement d'autres affaires qui lui ont été soumises, la Cour peut difficilement résister à la conclusion qu'en attribuant au Ministre le pouvoir de nommer les juges, on porte atteinte au principe fondamental auquel Lord Howart a donné sa nouvelle expression. Pour cette raison, même si la Cour en était arrivée à une autre conclusion quant à la validité de l'article 9 de la loi introduisant des dispositions particulières dans le Code pénal, la Cour aurait été contrainte de réaffirmer ce principe, qui est maintenant solidement enraciné dans l'administration de la justice de notre pays.

Note de la Rédaction

Le jugement ci-dessus apporte un appui capital au principe de l'indépendance de la magistrature. La Cour, bien qu'elle fût composée de juges nommés par le gouvernement, s'est déclarée incompétente en l'espèce, motif pris de sa composition même.

Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

DROIT DU JUGE D'EXERCER DES FONCTIONS JUDICIAIRES

JUGEMENT RENDU PAR LA DEUXIÈME CHAMBRE le 25 FÉVRIER 1964

(Référence 2 BvR 411/61)

Le Président d'un tribunal ne peut exclure aucun juge de l'exercice des fonctions judiciaires dans toute la mesure où il désire le faire. Une telle décision aboutit dans la pratique au même résultat que le licenciement ou la suspension temporaire, et équivaut à une infraction à l'article 97 (2) 1 de la Loi fondamentale.

Compte rendu dans Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, vol. 17, p. 252.

Le plaignant était juge d'un Tribunal de District pour les questions sociales. Depuis 1960, il se trouvait pratiquement exclu des attributions de sa charge, par l'effet d'un plan d'organisation des travaux du Tribunal qui ne lui réservait que le minimum possible de fonctions judiciaires. Le Président du tribunal ayant admis, au cours d'une correspondance antérieure à la procédure, que le Praesidium (organe judiciaire chargé de répartir le travail entre les juges au tribunal) avait bien eu l'intention de retirer, dans toute la mesure possible, toute activité judiciaire au plaignant.

Celui-ci intenta devant la Cour Constitutionnelle une action en atteinte à la Constitution. Il soutint que ses droits fondamentaux, garantis par les articles 1 (droit à la dignité de la personne) 2 (droit au libre développement de la personnalité) et 3 (égalité de tous devant la loi) de la Loi fondamentale, avaient subi une atteinte, et qu'en lui interdisant, en fait, d'exercer ses fonctions, la partie adverse avait enfreint l'article 97 (2) 1 de la Loi fondamentale, ainsi conçu: «Les juges de carrière nommés conformément à la loi ne peuvent être licenciés, temporairement ou définitivement suspendus, mutés à d'autres postes ou mis à la retraite contre leur gré, aussi longtemps qu'une décision judiciaire n'aura pas mis fin à leurs fonctions, et ce seulement pour des motifs et selon la procédure énoncés dans la loi».

La Cour constitutionnelle a jugé que la procédure adoptée par le tribunal portait atteinte aux droits reconnus au plaignant par les articles 1, 2 et 3 de la Loi fondamentale, ainsi qu'à la disposition de l'article 101 (1) 2, selon laquelle: «Nul ne peut être privé d'accès au juge que la loi a prévu pour lui».

La Cour a en outre interprété comme suit la garantie de l'indépendance personnelle assurée au plaignant par l'article 97 de la Loi fondamentale: «Il ne peut être suspendu de ses fonctions contre son gré que par une décision judiciaire marquant la conclusion d'un procès qui se sera déroulé selon la loi et qui aura été fondé sur des motifs énoncés par la loi. L'article 97 parle de licenciement, de suspension temporaire ou définitive, de mutation à un autre poste ou de mise à la retraite, faisant ainsi usage de concepts propres à la fonction publique. Toutefois, et considérant l'objet de cette disposition, celle-ci ne peut se borner à protéger des mesures formelles se traduisant par le licenciement, la suspension ou la mutation prononcés par ordre supérieur, et conformément au règlement de la fonction publique. Au contraire, toute mesure qui équivaut en substance à un licenciement, une suspension définitive ou temporaire ou une mise à la retraite, et qui dans la pratique aboutit au même résultat que l'une ou l'autre des mesures formelles énumérées ci-dessus, relève de l'article 97. S'il n'en était pas ainsi, l'indépendance personnelle des juges risquerait de se trouver vidée de sa substance et la protection que l'article 97 a voulu assurer disparaîtrait. En d'autres termes... l'article 97 interdit d'exclure un juge de ses fonctions judiciaires par tout autre moyen que ceux qu'il énumère. Il résulte également des considérations ci-dessus qu'il importe peu, lorsqu'il s'agit de déterminer si un juge bénéficiant de la protection de l'article 97 a été éloigné de ses fonctions contre son gré, de savoir s'il est toujours nommé dans le plan de travail du tribunal et s'il lui arrive encore, exceptionnellement et de temps à autre, de participer à des jugements. Il n'appartient pas au Praesidium d'un tribunal de dire qu'un juge nommé selon la loi à ce tribunal s'est rendu indésirable ou est complètement inapte à remplir ses fonctions, et de l'exclure pour ces motifs de toute participation à une activité judiciaire».

Cour suprême de l'Inde

**POUVOIRS D'UN TRIBUNAL DE DÉCLARER RECEVABLE
UNE REQUÊTE CONTESTANT LA LÉGALITÉ D'UNE
CONDAMNATION POUR OUTRAGE AU PARLEMENT
PRONONCÉE PAR UNE ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE**

**ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'UTTAR PRADESH contre
COUR D'APPEL D'ALLAHABAD**

(Cour suprême saisie en vertu des pouvoirs du Président de la Cour d'Appel)

Conflit de prérogatives entre le pouvoir Législatif et le pouvoir Judiciaire. Un Tribunal a compétence pour connaître d'une requête contestant la légalité d'une condamnation pour outrage au Parlement prononcée par une Assemblée législative. L'Assemblée ne peut pas demander d'explications aux juges qui ont eu à connaître de cette requête. L'Assemblée législative n'a pas compétence pour intenter une action contre ces juges.

Par-devant MM. Gajendragadkar, Président, Sarker, Subba Rao, Wanchoo, Hidayatullah, Shah et Rajagopala Ayyangar, Juges.

Le jugement majoritaire de la Cour suprême a été rendu par le premier Président, M. P. B. Gajendragadkar, le 30 septembre 1964. M. le juge A. K. Sarkar, s'est séparé de ses collègues et a émis une opinion dissidente.

Les faits qui sont à l'origine du conflit et du renvoi à la Cour suprême décidé par le Président de la Cour d'Appel, sont les suivants: le 14 mars, le Président de l'Assemblée législative de l'Uttar Pradesh adressa une réprimande à M. Keshav Singh, domicilié à Gorakhpur, pour s'être rendu coupable d'outrage au Parlement et avoir porté atteinte aux privilèges de M. Narsingh Narain Pandey, membre de l'Assemblée.

Plus tard, le même jour, le Président de l'Assemblée ordonna que M. Keshav Singh soit emprisonné pour avoir une nouvelle fois outragé l'Assemblée par sa conduite lorsqu'il fut cité devant le Président pour être réprimandé, et pour lui avoir écrit plus tôt une lettre irrespectueuse. Le 19 mars, Me B. Solomon, avocat, présenta une requête à la Cour d'Appel, au nom de M. Keshav Singh par application de l'article 491 du Code de procédure pénale et de l'article 226 de la Constitution.

Cette requête fut instruite par MM. les juges N. U. Bog et G. D. Sahgal, qui la déclarèrent recevable, ordonnèrent que notification soit faite aux intimés, savoir: le Président de la Chambre, le Premier Ministre d'Uttar Pradesh et le Directeur de la prison du district de Lucknow, et que M. Keshav Singh soit mis en liberté sous caution.

Le 21 mars, la Chambre déclara, dans une résolution, que les deux juges et l'avocat s'étaient rendus coupables d'outrages au Parlement. Ordre fut donné en conséquence de les faire comparaître devant la Chambre, en état d'arrestation, et de faire emprisonner et détenir M. Keshav Singh.

Les deux juges furent informés de cette situation par la presse écrite et la radiodiffusion, et ils entamèrent, chacun séparément, une action devant la Cour d'Appel d'Allahabad, en vertu de l'article 226 de la Constitution. Cette Cour d'Appel siégeant en Chambre plénière, composée de vingt-huit juges, déclara les actions recevables et ordonna qu'il soit fait sommation aux intimés d'interdire au Président de la Chambre de lancer le mandat d'arrêt. Me Solomon entama une action analogue qui fut, elle aussi, déclarée recevable.

Le 25 mars, la Chambre adopta une résolution explicative, à la suite de laquelle les mandats d'arrêt lancés contre les deux juges et Me Solomon furent annulés, mais les trois intéressés furent soumis à l'obligation de se présenter devant la Chambre pour y exposer les raisons pour lesquelles la Chambre devait s'abstenir de les poursuivre.

Lorsque la série d'incidents qui s'étaient succédés si rapidement du 19 au 25 mars en fut arrivée à ce point, le Président de la Cour d'Appel décida, le 26 mars, de faire usage du pouvoir qu'il possédait de saisir la Cour suprême en vertu de l'article 143 (1) de la Constitution.

Questions portées devant la Cour suprême

En accomplissant cette démarche en vertu de l'article 143 de la Constitution, le Président de la Cour d'Appel souleva les questions suivantes:

1. Etant donné les circonstances particulières de l'affaire, la Chambre de Lucknow de la Cour d'Appel d'Allahabad, composée de MM. les juges Bog et Sahgal, avait-elle compétence pour se saisir et connaître de la requête de M. Keshav Singh, contestant la légalité de la condamnation avec peine de prison qui lui avait été infligée par l'Assemblée législative de l'Uttar Pradesh pour outrage à ladite Assemblée et pour atteinte à ses privilèges, et pouvait-elle ordonner la mise en liberté sous caution de M. Keshav Singh jusqu'à l'issue de son procès?

2. M. Keshav Singh, en faisant présenter une requête en son nom à la Cour d'Appel d'Allahabad, Me Solomon en la présentant, et les deux juges en la déclarant recevable, en statuant à son sujet et en ordonnant la mise en liberté sous caution de M. Keshav Singh jusqu'à l'issue de son procès, se sont-ils rendus coupables d'outrage à l'Assemblée législative d'Uttar Pradesh?

3. L'Assemblée législative de l'Uttar Pradesh avait-elle compétence pour ordonner la comparution, en état d'arrestation, des deux juges et de Me Solomon et pour leur faire exposer les motifs de leur conduite?

4. La Cour d'Appel de l'Uttar Pradesh siégeant en Chambre plénière avait-elle compétence pour se saisir et connaître des requêtes des deux juges et de Me Solomon et pour interdire, avant faire droit, l'exécution de la sentence imposée par l'Assemblée législative?

5. Un juge de Cour d'Appel ayant à connaître d'une requête de cette nature se rend-il coupable d'outrage à l'Assemblée législative et celle-ci a-t-elle compétence pour diriger les poursuites contre ce juge dans l'exercice de ses pouvoirs, privilèges et immunités?

Dans son jugement majoritaire, la Cour suprême a répondu de la façon suivante aux cinq questions posées par le Président de la Cour d'Appel:

1. La Chambre de Lucknow de la Cour d'Appel de l'Uttar Pradesh avait compétence pour se saisir et connaître de la requête de M. Keshav Singh contestant la légalité de la condamnation à une peine de prison qui lui avait été infligée par l'Assemblée législative de l'Uttar Pradesh pour outrage à ladite Assemblée, et pouvait parfaitement ordonner la mise en liberté sous caution de M. Keshav Singh.

2. Ni M. Keshav Singh ni Me B. Solomon, son avocat, ni les deux juges ne s'étaient rendus coupables d'outrages à l'Assemblée législative de l'Uttar Pradesh.

3. L'Assemblée législative de l'Uttar Pradesh n'avait pas compétence pour ordonner la comparution, en état d'arrestation, des deux juges et de Me B. Solomon, ou pour leur faire expliquer les motifs de leur conduite.

4. La Cour d'Appel de l'Uttar Pradesh, siégeant en Chambre plénière, avait compétence pour se saisir et connaître des requêtes des deux juges et de Me B. Solomon et pour interdire, avant faire droit, au Président de l'Assemblée législative ou à d'autres, d'exécuter les instructions de l'Assemblée.

5. Un juge de Cour d'Appel qui déclare recevable et instruit une requête contestant l'ordre ou la décision par lesquels une Assemblée législative inflige une peine au requérant ou intente des poursuites contre celui-ci pour s'être rendu coupable d'outrage à son égard ou pour avoir porté atteinte à ses privilèges et immunités et qui rend un jugement en l'espèce, ne se rend pas coupable d'outrage à l'Assemblée législative. Celle-ci n'a pas compétence pour diriger des poursuites contre un tel juge dans l'exercice de ses pouvoirs, privilèges et immunités.

Les juges à la Cour suprême ont fait précéder leur réponse à la cinquième question de l'observation selon laquelle leur décision valait seulement pour des affaires d'outrage à l'Assemblée législative, dans lesquelles se trouve impliqué un citoyen qui n'est pas membre de ladite Assemblée et qui a agi en dehors de son enceinte.

Cour d'Appel de Nouvelle-Zélande

COMPÉTENCE D'UN TRIBUNAL EN CAS D'EXERCICE DU PRIVILÈGE DE LA COURONNE

CORBETT contre le COMMISSAIRE À LA SÉCURITÉ SOCIALE
ET UN AUTRE

(Cour d'Appel, 1962)

Les tribunaux de Nouvelle-Zélande peuvent passer outre au refus opposé par un ministre de produire des documents confidentiels, s'ils estiment juste de le faire.

Voir aussi New Zealand Law Reports, 1962, pages 878 à 920.

Par-devant MM. le Président Gresson et les juges North et Cleary.

Le plaignant sollicitait des ordonnances de *certiorari* * et de *mandamus* dirigées contre les trois commissaires à la Sécurité sociale, organe constitué en vertu de la Loi de 1938 sur la Sécurité sociale pour administrer ladite loi sous l'autorité et la direction générale du Ministre de la Sécurité sociale, lui aussi cité comme défendeur. Bien que les commissaires et le Ministre fissent ensemble l'objet de la requête en production de documents devant la Cour, le cas du Ministre fut disjoint par accord mutuel, et le premier défendeur seul fit l'objet de l'ordonnance, qui n'avait plus rencontré d'opposition. Alors qu'elle recevait un commencement d'exécution, le second défendeur, en sa qualité de Ministre de la Sécurité sociale, déclara qu'il avait personnellement examiné les documents. Il en était arrivé à l'opinion que certains d'entre eux appartenaient à une catégorie à laquelle il était nécessaire de conserver son caractère confidentiel, dans l'intérêt du bon fonctionnement de la fonction publique et afin d'assurer sans réserve la libre circulation des informations dans la fonction publique. En outre le fait de rendre publics les documents en cause serait contraire à l'intérêt général. Pour ces motifs il fit défense à la Commission et à tout membre de la fonction publique de les produire, sauf si la Cour suprême venait à juger que cette interdiction était contraire à la loi. Si l'avocat des défendeurs n'avait pas élevé d'objection à l'encontre de l'ordonnance de la Cour, lorsqu'elle visait les commissaires, il avait cependant réservé le caractère confidentiel de certains documents. Il fallait donc décider de la question de savoir si la Cour était habilitée à examiner elle-même les documents en cause ou si elle devait accepter comme définitive la déclaration du Ministre.

La Cour d'Appel a jugé (MM. les juges North et Cleary, le Président Gresson s'étant séparé de ses collègues) que les tribunaux de Nouvelle-Zélande possèdent toujours le pouvoir de passer outre au refus opposé par un Ministre de produire des documents au sujet desquels il invoque le privilège de la Couronne, si lesdits tribunaux estiment juste de le faire. Un tel pouvoir doit cependant être tenu en réserve et ne doit pas être exercé à la légère.

Selon M. le juge North: «Dans des cas de ce genre, la Cour a toujours détenu le pouvoir de s'informer de la nature du document dont le caractère confidentiel est affirmé, et de se faire préciser la nature du tort que l'Etat subirait du fait de la production dudit document. L'existence d'un tel pouvoir n'est nullement incompatible avec la raison d'être de la prérogative Royale, à condition qu'il ne soit exercé qu'avec la plus extrême discrétion et que son exercice ne lèse pas l'Etat, que la prérogative, là où elle peut être invoquée, a justement pour objet de protéger.»

* Procédures de cassation d'un jugement

Cour d'Appel du Soudan**CAS OU LES TRIBUNAUX PEUVENT APPLIQUER UNE
LOI ANGLAISE NON EXPRESSÉMENT INCORPORÉE
AU DROIT SOUDANAIS**

LES HERITIERS D'IMAM IBRAHIM contre EL AMIN ABDEL RAHMAN
(AC-REV-53-1963)

Les tribunaux du Soudan peuvent appliquer la substance d'une loi anglaise qui n'a pas été expressément incorporée au droit soudanais, lorsqu'elle s'accorde aux principes de l'Ordonnance sur la justice civile au Soudan. En pareil cas, ce n'est pas une loi anglaise qui est appliquée au Soudan: ce sont les principes de justice qui ont inspiré le pouvoir législatif en Angleterre. Toutefois, les tribunaux du Soudan ne peuvent emprunter à une loi étrangère des réserves apportées après coup à un principe général.

Voir aussi Sudan Law Journal and Reports, 1962, pages 228 à 237.

Par-devant. MM. le Président Abu Rahnat et le juge Awadalla J.

Extrait du jugement rendu le 16 mai 1963 par M. le juge Awadalla (le Président Abu Rannat acquiesçant):

L'Honorable juge à la Cour d'Appel a refusé d'accorder protection aux héritiers d'un locataire protégé par la loi au Soudan, estimant que, s'il acceptait de le faire, il obéirait aveuglément aux dispositions d'une loi anglaise. On peut se demander si son raisonnement est juste. Quelque respect que j'éprouve pour l'attitude de cet honorable magistrat, je dois dire, à mon grand regret, que la véritable question qui se posait à lui était de savoir si, en l'espèce, on se trouvait en présence d'une situation pénible qu'il eût été contraire à la justice, à l'équité et aux exigences de la conscience de laisser sans remède. Dès lors que la Cour estime hors de doute qu'une telle situation existe, j'estime qu'elle ne devrait pas se laisser détourner de son devoir d'appliquer les principes de l'article 9 de l'Ordonnance sur les tribunaux civils (Civil Justice Ordinance), pour la seule raison qu'il existe en Angleterre une disposition de loi visant à porter remède à une situation analogue. Ce que nous appliquons au Soudan n'est pas la disposition de loi anglaise en tant que telle, mais les principes généraux de justice qui ont amené le pouvoir législatif en Angleterre à remédier à la situation. Telle a toujours été l'attitude des tribunaux soudanais dans des affaires de ce genre, et je ne vois pas de raison pour qu'elle change dans l'affaire qui nous est soumise. Ce que les tribunaux soudanais ne peuvent pas faire, c'est emprunter à une loi étrangère des réserves apportées après coup à un principe général.

Note de la Rédaction:

La disposition des lois anglaises à laquelle la Cour fait allusion est contenue dans la Loi de 1920, limitant les augmentations de loyer et des taux d'intérêt hypothécaire (Increase of Rent and Mortgage Interest (Restrictions) Act, 1920) qui, en son article 12 (1) (g), traite des maisons d'habitation dans les termes suivants:

«... par «locataire», on entend la veuve d'un locataire qui partageait sa résidence à l'époque de la mort dudit locataire ou, dans le cas où un locataire décède intestat et sans laisser de veuve, ou est du sexe féminin, un membre de la famille du locataire résident comme il est dit ci-dessus et qui, faute d'être désigné par accord mutuel, pourra l'être par le tribunal de comté.»

Cour suprême de Ceylan**LOI RÉTROACTIVE ET DISCRIMINATOIRE****L'ATTORNEY-GÉNÉRAL contre LIYANAGE ET AUTRES**

(Troisième procès du coup d'Etat)

Les tribunaux répugnent à appliquer des lois à caractère rétroactif rendant illégaux et punissables des actes qui, lorsqu'ils furent commis, n'étaient pas qualifiés d'infractions. Leur attitude est la même à l'égard de lois ad hoc applicables à un cas particulier et dont le caractère discriminatoire ne fait aucun doute.

Par-devant: MM. le Président Sansoni, MM. les juges H. N. G. Fernando et de Silva.

A la suite du jugement antérieur de la Cour suprême, rendu en cette affaire en octobre 1962 et maintenant les objections préliminaires faites à la compétence de la Cour, le pouvoir législatif modifia la loi, de façon à attribuer au premier Président de la Cour suprême (Chief Justice), et non au Ministre de la Justice, le pouvoir de nommer les juges qui auraient à connaître de l'affaire. En conséquence, le Premier Président nomma trois autres juges à cet effet. Mais, ces juges, eux aussi, refusèrent de poursuivre les audiences lorsqu'il fut porté à leur connaissance que l'un d'entre eux, alors qu'il faisait fonction d'Attorney-General, avait eu connaissance d'un dossier qui n'était pas étranger à l'affaire.

Un autre tribunal fut alors constitué, composé des Juges mentionnés plus haut. A l'issue d'un très long procès, le jugement fut rendu le 6 avril 1965. Sur les vingt-sept personnes accusées en premier lieu, onze furent trouvées coupables et condamnées à des peines de prison assorties de la confiscation de biens. Les autres accusés furent acquittés, soit dans l'énoncé du jugement, soit au cours même du procès.

Traitant dans ses attendus de certaines objections préliminaires soule-

vées par le défendeur à l'égard du déroulement du procès, la Cour fit observer ce qui suit:

«La Cour partage l'aversion intense et presque universelle dont font l'objet les lois véritablement rétroactives, c'est-à-dire les lois qui rendent illégaux et punissables des actes qui, lorsqu'ils ont été commis, n'étaient pas qualifiés d'infractions. Nous ne pouvons nier qu'il nous est demandé ici d'appliquer une telle loi... Il ne nous appartient cependant pas d'en apprécier la nécessité...

Le troisième chef d'accusation, celui de complot visant à renverser le Gouvernement, a été énoncé en conformité de l'amendement rétroactif apporté à l'article 115 du Code pénal par la Loi No 1 de 1962, introduisant des dispositions spéciales dans le Droit pénal (Criminal Law (Special Provisions) Act No. 1 of 1962). En fait, cette circonstance n'a pas sérieusement joué au détriment du défendeur; la Cour estime en effet, que, dans tous les cas, les défendeurs quelle condamne sont coupables des autres chefs d'accusation demeurés hors de la portée de l'amendement. Il est vraisemblable aussi que le complot, une fois son existence démontrée, aurait été punissable en vertu d'autres articles du Code. La Cour doit cependant faire observer que la Loi de 1962 a modifié radicalement et *ex-post facto* les sanctions dont les défendeurs se sont rendus passibles. Cette Loi a en effet privé la Cour de son pouvoir d'infliger à sa discrétion une peine de dix ans de prison. Or, la Cour a décidé de frapper inégalement les organisateurs du complot et ceux qui furent incités à y participer. La Loi impose, d'autre part, la confiscation obligatoire des biens.

De tels amendements n'ont pas seulement été rétroactifs: ils ont eu aussi un caractère *ad hoc* et n'ont visé que le complot qui a motivé les inculpations des accusés au présent procès. La Cour n'arrive pas à comprendre les raisons de cette discrimination. Pour les tribunaux, qui doivent demeurer libres de tout parti-pris politique, les crimes de trahison sont tous également odieux, quelle que soit l'appartenance politique du gouvernement au pouvoir et quels que soient les coupables».

Note de la rédaction

On trouvera, aux pages 356-358 ci-dessus, sous la rubrique «Indépendance de la magistrature», le jugement antérieur rendu dans cette affaire.

Cour suprême de l'Inde

POUVOIR DE DÉLIVRER DES ORDONNANCES JUDICIAIRES: SA PORTÉE EN INDE

Appel au civil No 62 de 1964

Les Cours d'Appel de l'Inde disposent, en vertu de l'article 226 de la Constitution, de pouvoirs très étendus pour délivrer des ordonnances. Leurs pouvoirs sont sans commune mesure avec ceux des tribunaux anglais. Ledit article de la Constitution est libellé

en des termes assez larges pour permettre d'atteindre l'injustice partout où elle se manifeste. Le droit pour les tribunaux d'intervenir peut découler indirectement de la loi, même s'il n'y est pas énoncé en termes exprès.

L'article 226 de la Constitution de l'Inde est rédigé comme suit:

226 (1). Nonobstant toute disposition contraire à l'article 32, toute Cour d'Appel aura le pouvoir, sur toute l'étendue de sa juridiction, de délivrer à toute personne ou autorité, y compris dans les cas appropriés à tout Gouvernement, situées dans son ressort, des directives, ordres ou ordonnances, et notamment des ordonnances de même nature que les ordonnances d'*habeas corpus*, de *mandement*, de *défense de statuer*, de *quo warranto*, et de *certiorari*, ou telle et telle d'entre elles, pour assurer la protection d'un des droits conférés par le Titre III de la Constitution ou à toute autre fin.

2. Le pouvoir conféré à une Cour d'Appel par l'alinéa 1 ci-dessus ne fait pas dérogation au pouvoir conféré à la Cour suprême par l'alinéa 2) de l'article 32.

La Cour suprême a déclaré ce qui suit:

L'article 226 de la Constitution (des Cours d'Appel: pouvoirs de délivrer des ordonnances, etc.) est libellé en des termes très larges, et les Cours d'Appel peuvent trouver, dans son libellé même, des pouvoirs très étendus leur permettant d'atteindre l'injustice partout où elle se manifeste. C'est délibérément que la Constitution a choisi ces termes pour décrire la nature des pouvoirs, les fins auxquelles il peut en être fait usage et la personne ou l'autorité contre lesquelles ils peuvent être utilisés. Des ordonnances peuvent être délivrées analogues aux ordonnances privilégiées de la procédure anglaise, mais dont l'effet se trouve élargi par les mots «de même nature que» employés à l'article 226: il résulte en effet de ces mots que les ordonnances qui peuvent être délivrées en Inde sont sans commune mesure avec leurs homologues anglaises, et qu'il y a seulement analogie entre elles. Cette considération mise à part, les Cours d'Appel peuvent aussi délivrer des directives, des ordres ou des ordonnances autres que les ordonnances classiques qui lui sont reconnues. Ainsi, les Cours d'Appel sont en mesure d'appliquer très exactement leur action aux besoins particuliers et complexes du pays.

Toute tentative en vue d'établir une équivalence entre le pouvoir que l'Article 226 attribue à une Cour d'Appel de l'Inde et le pouvoir des tribunaux anglais de délivrer telles ordonnances spécifiques aurait pour effet d'introduire sans raison dans un immense pays à structure fédérale comme l'Inde les restrictions de procédure que les siècles ont apportées à l'administration de la justice de l'Angleterre, pays relativement peu étendu et à structure unitaire. Une telle interprétation ne ferait que vider l'article 226 de son contenu. Il ne s'ensuit pas que cet article autorise les Cours d'Appel à se comporter arbitrairement. Certaines limitations sont implicites dans l'article; d'autres pourraient en découler de manière à orienter de façon certaine ses applications.

La question de savoir si un acte est de nature judiciaire ou administrative se pose habituellement au cours des débats d'un tribunal admi-

nistratif ou d'une autorité ayant une compétence analogue. Aussi, le fait qu'un tribunal administratif ait délivré une ordonnance ou toute autre instruction écrite n'enlèverait rien au caractère quasi-judiciaire de cet instrument, si certaines exigences étaient respectées. Cette exigence est la suivante: autorité reconnue par la loi à l'entité constituée, de façon que celle-ci puisse trancher les questions de sa compétence et que ses décisions aient un caractère judiciaire.

Les dispositions d'une loi peuvent enjoindre à une entité administrative de donner un caractère soit administratif soit judiciaire à une décision. Si la loi impose expressément à l'entité administrative la deuxième alternative, le caractère judiciaire est patent. Il peut arriver aussi que le devoir de donner ce caractère judiciaire aux décisions ne soit pas conféré expressément et qu'il puisse simplement se déduire des dispositions de la loi et de l'effet global d'éléments tels que: la nature des droits en cause, le caractère des résolutions proposées, le critère objectif à adopter, le libellé utilisé, la nature des pouvoirs conférés ou le devoir imposé à l'autorité, enfin d'autres indices fournis par la loi. En un mot, le devoir d'agir selon des normes judiciaires peut se présenter dans des circonstances très différentes, et il n'est ni possible ni recommandable d'énoncer une règle absolument fixe ou une directive immuable."

Cour suprême des Etats-Unis

DROIT DE SE REFUSER À TOUTE DÉMARCHE DE NATURE À COMPROMETTRE PÉNALEMENT SON AUTEUR

MALLORY contre HOGAN

(378 U.S., 1)

Le droit de se refuser à toute démarche de nature à compromettre pénalement son auteur peut être invoqué par un témoin dans une enquête se déroulant conformément à la loi, aussi bien que par un défendeur dans un procès pénal.

Cour suprême des Etats-Unis

DROIT DE SE REFUSER À TOUTE DÉMARCHE DE NATURE À COMPROMETTRE PÉNALEMENT SON AUTEUR

GRIFFIN contre ÉTAT DE CALIFORNIE

(380 U.S. 609)

Remarques faites dans le résumé des débats, tendant à montrer qu'en se refusant à expliquer des faits connus de lui, le défendeur provoquait des déductions qui lui

étaient défavorables. Des remarques de ce genre concernant le refus du défendeur de témoigner ou d'expliquer certains faits, portent atteinte au droit de se refuser à toute démarche de nature à compromettre pénalement son auteur, garanti par le Cinquième Amendement.

Dans un procès pénal, le représentant du Ministère public et le juge, en résumant les débats, ont l'un et l'autre formulé des remarques tendant à montrer que le défendeur se refusait à témoigner, à nier ou à expliquer des faits qui étaient probablement connus de lui, et auraient donné à entendre que l'on pouvait légitimement tirer de cette attitude des déductions défavorables au défendeur.

La Cour suprême a jugé que de telles remarques sur le refus de témoigner du défendeur portaient atteinte au droit de se refuser à toute démarche de nature à compromettre pénalement son auteur, garanti par le Cinquième Amendement à la Constitution. «En effet, formuler des observations sur le refus de témoigner, c'est faire revivre le système inquisitorial de justice pénale banni par le Cinquième Amendement. C'est, pour un tribunal, sanctionner l'exercice d'un droit qui est reconnu par la Constitution. C'est réduire la valeur d'un droit en grevant lourdement son affirmation. On assure cependant que conclure à la culpabilité en partant d'un refus de déposer de l'accusé sur des faits qu'il connaît particulièrement bien est toujours une conclusion normale et inévitable, et qu'en présentant une observation sur ce refus, on ne transforme pas cette conclusion en une sanction frappant l'exercice d'un droit garanti par la Constitution. Ce que le jury peut en conclure, à lui seul et sans l'aide d'un tribunal, est une chose. Ce qu'il peut en déduire, lorsque le tribunal donne au silence de l'accusé le caractère solennel d'un témoignage à charge, est tout autre chose».

Cour suprême des Etats-Unis

RECEVABILITÉ DES AVEUX

JACKSON contre DENNO

(378 U.S. 368)

Il appartient au juge de décider en toute connaissance de cause si les aveux ont été volontaires avant d'en autoriser la présentation au jury. En autoriser la présentation, puis laisser le jury décider s'ils ont été volontaires et s'ils sont véridiques, c'est violer la disposition du Quatorzième Amendement qui garantit une procédure judiciaire équitable. Le jury doit être informé qu'il n'a pas à tenir compte d'aveux involontaires, même s'ils paraissent refléter la vérité.

Selon la procédure en usage dans l'état de New York, le juge de Première Instance doit s'assurer une première fois du caractère volontaire des aveux et ne tenir aucun compte de ceux-ci s'ils ne peuvent, en aucun

cas, passer pour volontaires. Si les faits de la cause permettent légitimement d'en douter, comme par exemple là où certains faits pertinents sont contestés, ou en d'autres cas où des hommes raisonnables pourraient tirer des déductions différentes de faits reconnus véridiques, le juge doit déclarer les aveux recevables et laisser au jury, après l'avoir dûment instruit sur ce point, le soin de décider de leur caractère volontaire ainsi que de leur véracité.

Dans l'affaire jugée en appel, il n'avait pas été fait objection à la recevabilité des aveux, mais la question de leur véracité avait été soulevée. Le juge donna pour instruction au jury de ne tenir aucun compte des aveux s'il concluait qu'ils n'avaient pas été volontaires, mais que, dans le cas contraire, il lui faudrait décider de leur véracité et de leur crédibilité, et les traiter en conséquence.

Selon la procédure en vigueur dans l'état de New York, le jury ne rend un verdict d'ensemble que sur la question finale de culpabilité, ou d'innocence, et il est impossible de découvrir s'il a conclu au caractère volontaire des aveux et en a pleinement tenu compte ou si au contraire, il ne les a pas tenus pour volontaires et semble n'en avoir tenu aucun compte.

La Cour suprême a jugé que cette procédure ne permettait pas d'affirmer de façon complète et sûre le caractère volontaire des aveux et ne protégeait pas suffisamment le droit de l'accusé à ne pas être condamné à la suite de l'utilisation d'aveux arrachés sous la contrainte.

En conséquence, cette procédure viole la clause du Quatorzième Amendement qui garantit une procédure judiciaire équitable. Celle-ci exige, en effet, que le caractère volontaire des aveux soit convenablement apprécié avant qu'ils puissent être présentés au jury appelé à se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence.

Le jury de New York se voit présenter, dès l'ouverture des débats, aussi bien les preuves du caractère volontaire des aveux que tous les témoignages à l'appui montrant que ces aveux sont véridiques et que le défendeur a bien commis le crime. Le jury est donc fondé à ajouter foi à ces aveux et peut croire que le défendeur a commis l'acte dont il est accusé. Il y a là un élément qui peut fortement influencer sur l'appréciation de la confiance à accorder à l'accusé, et sur l'évaluation des témoignages concernant les faits décisifs qui entourent ces aveux.

Dans les cas où, en dehors des aveux, les éléments de preuve sont insuffisants, le défendeur ne doit pas être condamné, si le jury ajoute foi aux aveux, mais conclut qu'ils n'ont pas été volontaires. Le jury peut, cependant, éprouver de la difficulté à admettre la doctrine qui interdit de donner créance à des aveux arrachés par la force, mais cependant véridiques... Le fait que des aveux dignes de foi doivent aussi être volontaires pour que l'on puisse en tenir compte engendre un désir, à la fois naturel et puissant, de conclure qu'ils ont bien été volontaires. Si tel n'a pas été le cas, le défendeur coupable retrouve sa liberté. Il devient difficile d'examiner objectivement les éléments de preuve contradictoires qui ont trait aux circonstances dans lesquelles les aveux ont été obtenus, et les conclusions qui en découlent indirectement deviennent suspectes.

Il se peut que des considérations ayant trait à la culpabilité du défendeur viennent influencer les conclusions de fait touchant le caractère volon-

taire des aveux auxquelles le jury est parvenu. Il y aurait alors là un danger assez grave pour que la Cour suprême n'accepte sans réserve de tenir compte d'aucune de ces considérations, qu'il existe ou non un assez grand nombre d'éléments de preuve pour étayer une conviction de culpabilité.

Cour suprême des Etats-Unis

**DROIT À UN DÉFENSEUR: DÉCLARATIONS À CHARGE
FAITES EN SON ABSENCE**

MASSIAH contre ÉTATS-UNIS

(377 U.S. 201)

Les déclarations à charge obtenues de l'accusé en l'absence de son défenseur, donc alors qu'il était privé de son droit à un défenseur, ne peuvent, en vertu de la Constitution, être retenues comme preuves à charge et présentées comme telles à son procès.

Le requérant avait été inculpé de violation des lois fédérales sur les stupéfiants, puis remis en liberté sous caution. Il s'était assuré les services d'un défenseur. Les agents du Gouvernement, poursuivant leur enquête, installèrent un appareil émetteur de radiophonie dans la voiture d'un soi-disant complice du requérant, avec le consentement de ce complice. Ils purent ainsi entendre des déclarations émanant du requérant, qui pouvaient lui être préjudiciables. En vertu du Sixième Amendement à la Constitution des Etats-Unis, «dans tout procès pénal, l'accusé a le droit... d'être assisté d'un défenseur.»

La Cour suprême a jugé que des déclarations de nature préjudiciable, que des agents fédéraux ont délibérément obtenues du requérant au moyen de tels procédés et en l'absence de son défenseur, privaient ledit requérant de son droit à un défenseur et qu'en vertu de la Constitution, elles ne pouvaient donc pas être utilisées comme preuves de sa culpabilité lors du procès.

Cour suprême de Chypre

**DROIT À ÊTRE JUGÉ PUBLIQUEMENT ET DANS DES
CONDITIONS ÉQUITABLES**

**ANDREAS HJISAVVA ET UN AUTRE (APPELANTS) contre
ANNA GEORGHIOU HJISAVVA (INTIMÉE)**

(Appel en matière civile No 4520)

L'article 30 de la Constitution de Chypre contient une disposition aux termes de laquelle tout individu a droit à être jugé publiquement et dans des conditions

équitables. Ce droit doit être l'objet de toute l'attention de ceux qui ont la charge du fonctionnement des tribunaux, et notamment de ceux qui sont investis du pouvoir judiciaire.

Par-devant MM. le Président Vassiliades et les juges Munir et Josephides

Jugement rendu le 4 juin 1965, par M. le juge Vassiliades qui, après avoir énoncé les faits, a poursuivi en ces termes:

Encore que les déclarations précitées suffisent à régler la présente instance, la Cour estime de son devoir de traiter aussi, dans une certaine mesure, du troisième moyen d'appel invoqué, savoir, que les audiences du procès en première instance se sont déroulées à huis clos. La Cour a déjà exprimé à maintes reprises son opinion sur ce point. Un procès ne peut se dérouler à huis clos que dans les cas où la loi ou la procédure ont prévu qu'il pouvait en être ainsi, et lorsque le juge décide que, pour des raisons énoncées dans ses attendus, il est nécessaire d'avoir recours à cette procédure exceptionnelle. Dans tous les autres cas, le procès doit être public. Un différend, on l'a déjà dit, concerne sans doute avant tout les parties; toutefois, l'application de la loi et l'administration de la justice sont des questions qui intéressent chaque citoyen *et qui exigent la plus grande publicité*. L'article 30 de la Constitution, qui se trouve sous les titres consacrés aux droits fondamentaux et aux libertés de la personne, dispose expressément que, par la détermination de ses droits et de ses obligations, tout individu a droit à un jugement équitable *et public*. Il importe que ce droit soit l'objet de toute l'attention de ceux qui ont la charge du fonctionnement des tribunaux, et notamment de ceux qui sont investis de pouvoirs judiciaires et qui doivent veiller au maintien et à l'application de la loi.

Cour suprême des Philippines

DROIT À ÊTRE ENTENDU

COMEDA contre CAJILOG

G.R. - No L-18258)

*Importance du droit à être entendu. Le tribunal doit exercer avec équité le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour déclarer que le requérant a fait défaut. Tout abus de ce pouvoir peut être corrigé par une ordonnance de certiorari.**

Jugement rendu le 27 avril 1963.

* Moyen d'annulation du jugement.

Le requérant avait été cité devant le juge de paix compétent en restitution d'une certaine somme d'argent. Il fut appelé à comparaître à la date fixée. Il comparut en effet à cette date et il sollicita des tribunaux une remise qui lui laissât le temps de présenter sa défense. En l'absence d'objections, cette remise lui fut accordée. A la date de la nouvelle audience, le requérant s'abstint de comparaître et le tribunal, à la demande du plaignant, constata le défaut, entendit les arguments du plaignant et, dans son jugement, donna raison à ce dernier. Toutefois, avant que le jugement ne soit rendu, le requérant se présenta et fournit ses arguments par écrit, demandant en même temps que la cause soit à nouveau entendue. Cette demande, et aussi une demande ultérieure de revision, ayant été rejetées, le requérant sollicita aussitôt une ordonnance de *certiorari*, en vue de faire annuler la constatation de défaut, ainsi que le jugement fondé sur cette constatation. L'intimé, qui était plaignant dans la première instance, demanda au tribunal de rejeter cette demande, alléguant que le requérant aurait dû choisir l'appel et non l'ordre de *certiorari* comme moyen de recours. Le tribunal de première instance donna raison à l'intimé, décision qui est à la base du présent appel.

La Cour a jugé en faveur du requérant. La justice de Paix avait fait un usage abusif de son pouvoir discrétionnaire, non seulement en déclarant que le requérant faisait défaut, puisque celui-ci s'était effectivement présenté à la date fixée en premier lieu pour l'audience, mais aussi parce qu'il s'était également présenté à la deuxième audience, encore qu'avec retard, et qu'il avait immédiatement sollicité la possibilité de présenter ses moyens de défense. Il est simplement équitable de faire droit à cette requête, étant donné que, lorsqu'elle fut présentée, le tribunal ne s'était pas encore prononcé sur le fond.

Cour suprême des Etats-Unis

DROIT D'INTERROGER CONTRADICTOIREMENT LES TÉMOINS

POINTER contre L'ÉTAT DU TEXAS

(380 U.S. 400)

Le droit d'interroger contradictoirement les témoins est d'une importance capitale dans tout procès équitable. Présenter la transcription de la déposition d'un témoin faite lors de l'instance précédente, alors que le défenseur de l'accusé n'avait pas interrogé contradictoirement ledit témoin, constitue un déni manifeste de ce droit.

Le requérant fut arrêté et présenté devant un juge d'Etat pour être entendu sur un chef d'accusation de vol. La victime supposée du vol déposa, mais le requérant, qui n'avait pas d'avocat, ne put l'interroger contradictoirement. Lors d'une audience ultérieure, il fut donné lecture de la transcription de la déposition du témoin, en dépit des objections présentées par le requérant, qui soutint que le droit de confrontation lui avait été refusé.

La Cour jugea que le droit, reconnu à tout accusé par le Sixième Amen-

dement, d'être confronté avec un témoin à charge, et notamment de l'interroger contradictoirement, est un droit fondamental d'une importance capitale dans tous procès équitable. Présenter la transcription de la déposition est un déni manifeste du droit de confrontation, puisque ladite déposition n'a pas été enregistrée à un moment et dans des conditions offrant au requérant la possibilité d'interroger contradictoirement le témoin, par l'intermédiaire de son conseil.

Cour suprême des Etats-Unis

DROIT D'INTERROGER CONTRADICTOIREMENT LES TÉMOINS

DOUGLAS contre L'ÉTAT D'ALABAMA

(380 U.S. 415)

Sous couleur d'interroger contradictoirement le complice en tant que témoin de l'accusation, et nonobstant le refus du complice de répondre à des questions de nature à le compromettre pénalement, le représentant du Ministère public a donné lecture, en présence du Jury, des aveux attribués au complice et mettant en cause l'accusé. L'accusé n'a pas été en mesure d'interroger contradictoirement le complice au sujet de ces aveux. Dénier le droit à l'interrogatoire contradictoire d'un témoin équivaut à violer la disposition du Sixième Amendement qui règle la confrontation.

Le requérant et un complice supposé furent jugés séparément du chef de violences avec l'intention de donner la mort. Le complice supposé fut convoqué en qualité de témoin à charge au cours du procès du requérant, mais il refusa, à plusieurs reprises, de répondre aux questions, de crainte de se compromettre pénalement, s'il acceptait de le faire. Sous couleur d'interroger contradictoirement le complice, en tant que témoin de l'accusation, le représentant du Ministère public, passant outre aux objections du requérant et en dépit du refus de répondre que le complice continuait à lui opposer, donna lecture, en présence du jury, des aveux attribués au complice et qui compromettaient le requérant. Preuve fut alors donnée de l'authenticité des aveux signés par le complice, encore que le document n'eût pas été cité comme élément de preuve. Le requérant fut condamné.

La Cour a jugé que le requérant n'avait pas été en mesure d'interroger contradictoirement son complice supposé au sujet des aveux qui lui étaient attribués; d'autre part, la lecture de ces aveux, faite par le représentant du Ministère public, a fort bien pu être considérée par le jury comme une preuve concluante et convaincante de culpabilité. Pour ces raisons, le droit d'interroger contradictoirement les témoins, garanti par la disposition du Sixième Amendement relative à la confrontation, a été dénié au requérant.

LIVRES À LIRE

Droits de l'Homme

- Protection of Human Rights under the Law*, by Gaius Ezejiakor (Butterworths, 1964).
- La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, par Karel Vasak. (P. Richou et R. Durand-Auzias, Paris, 1964).
- The European Convention on Human Rights: Based on papers given at a Lecture and Conference held under the auspices of the British Institute of International and Comparative Law in London in November 1964.* (ICLQ Supplementary Publication No. 11, Stevens & Sons, 1965, 17/6).
- Naissance et signification de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme*, par Albert Verdoodt, Préface de R. Cassin (Editions Nauwelaerts, Louvain-Paris).
- The Right of Privacy*, by Samuel H. Hofstadter and George Horowitz (New York, Central Book Company, 1964).
- Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte – Ein Kommentar zu den österreichischen Grundrechtsbestimmungen*, von Felix Ermacora (Wien 1963).
- Human Rights and the International Community – the Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights. 1948–1963*, by Egon Schwelb (Quadrangle Books, Chicago, 1964).
- Géographie de la Liberté*, par Louis de Villefosse (*Les Droits de l'Homme dans le Monde 1953/1964*) Ed. Robert Laffont, Paris, 1965.
- Protecao Internacional dos Direitos Humanos*, C. A. Dunshee de Abranches, Livreria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro 1964.
- Report on the Situation regarding Human Rights in Haiti*, Inter-American Commission on Human Rights (Pan-American Union, Washington D.C., 1963).
- Report on the Situation regarding political prisoners and their families in Cuba*, Inter-American Commission on Human Rights (Pan-American Union, Washington D.C., 1964).
- Report on the Situation regarding Human Rights in the Dominican Republic*, Inter-American Commission on Human Rights (Pan-American Union, Washington D.C., 1965).

Tribunaux et procédures

- Etudes sur le Recours de Pleine Juridiction*, par Dr. Pierre Sandevour (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964).
- The Supreme Court in the Political Process*, by Samuel Krislov Collier-MacMillan Ltd., London, 1965, paper-back).
- The Supreme Court Review 1964*, Chicago (University of Chicago Press, 1965).
- The Rationing of Justice: Constitutional Rights and the Criminal Process*, by Arnold S. Trebach New Brunswick, New Jersey; Rutgers University Press, 1964).
- Criminal Procedure in Uganda and Kenya: Law in Africa No. 13* (Sweet & Maxwell, African UP, London, 1965).
- Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, von Dr. Ekkehard Schumann (Duncker & Humblot, Berlin, 1963).
- A magyar büntető eljárási jog (Traité de procédure pénale hongroise)*, par Mihály Móra et Mihály Kocsis, Budapest, Tankönyvkiado, 1961.
- Justice in Moscow*, George Feiter (New York: Simon & Schuster, 1964).
- Natural Justice*, by H. H. Marshall, Q.C. (Sweet & Maxwell, London, 1959).

Droit constitutionnel

- The New Commonwealth and Its Constitutions*, by S. A. de Smith London, Stevens & Sons, 1964).
- The Constitution of Malaysia*, by Harry E. Groves (Singapore, Malaysia Publications Ltd., 1964).
- Nwabueze, B.O. Constitutional Law of the Nigerian Republic* (London, 1964, Butterworths, African Law Series, No. 12).
- Constitutional Developments in Nigeria: an Analytical Study of Nigeria's Constitution-Making Departments and the Historical and Political Factors that affected Constitutional Change*, by Kalu Ezera, rev. ed. (Cambridge University Press, 1965).
- Demokratische Staatsformen in Westafrika*, von Eugen Fehr (Europa Verlag, Zürich, 1965).

Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, par Maurice Duverger (Paris, Presses Universitaires de France, 1965).

Les Aspects Constitutionnels des Libertés Publiques aux Etats-Unis. Conférences données à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Paris. Février 1964, par Ernest Angell (Librairie Dalloz, Paris, 1964).

Tunisia since Independence – the Dynamics of One-Party Government, by Clement Henry Moore, with a Foreword by Roger le Tourneau (University of California Press, 1965, 211 pp. plus Appendix, Bibliographical Essay and Index).

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Constitutional Review in the World Today), Carl Heymanns Verlag KG. Max-Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1962.

Divers

The Ombudsman: Citizen's Defender, edited by Donald Rowalt (Allen & Unwin, London).

L'Union Soviétique face à l'intégration Européenne, par Bernard Dutoit, Préface de Henri Chambre (Lausanne, 1964).

Le marché commun communiste, Principe et pratique du COMECON, par István Agoston (Librairie Droz, Genève, 1964).

Private International Law in the European People's Democracies, by István Szászy, Publishing House of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 1964.

Legal Curbs on Racial Incitement – A survey of international measures and domestic legislation (World Jewish Congress: London, May 1965).

Der Schwedische Justitieombudsman, von Walter Haller (Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1964).

Not in the Public Interest (The Problem of Security in Democracy), by David Williams (Hutchinson of London, 1965).

Report of the Ombudsman for the Year ended 31 March 1965, Presented to the House of Representatives Pursuant to Section 25 of the Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act 1962. (by Authority: R. E. Owen, Government Printer, Wellington, New Zealand, 1965).

PUBLICATIONS RÉCENTES DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

Revue de la Commission internationale de Juristes

Tome VI, no. 2 (été 1965): Les droits civils aux Etats-Unis et la loi de 1964; Les grandes lignes du nouveau droit pénal soviétique; Des lois à effet rétroactif promulguées à Ceylan; L'évolution de la justice populaire en Chine depuis l'adoption de la Constitution; Le projet de Convention centraméricaine des Droits de l'Homme; Textes comparés de Conventions régionales des Droits de l'Homme: convention européenne, projet de convention panaméricaine et projet de convention centraméricaine.

Bulletins de la Commission internationale de Juristes

Numéro 23 (août 1965): Divers aspects de la Légalité Afghanistan, Chili, Espagne, Roumanie, Tanzanie, Union soviétique; Nouvelles de la Commission internationale de Juristes.

Numéro 24 (décembre 1965): Une Campagne Mondiale pour les Droits de l'Homme; Divers aspects de la Légalité: Afrique méridionale, Cour européenne des droits de l'homme, Europe de l'Est, Ghana, Mexique; Nouvelles de la Commission internationale de Juristes.

ÉTUDES SPÉCIALES

Le Principe de la Légalité dans une société libre (juillet 1960): Rapport sur les travaux du Congrès international de Juristes tenu à New Delhi (1959). Travaux préliminaires. Liste des participants et observateurs. Débats.

Congrès africain sur la Primauté du Droit (juin 1961): Rapport sur les travaux du Congrès tenu à Lagos (Nigéria) du 3 au 7 janvier 1961. Première conférence africaine sur la Primauté du Droit.

Le Mur de Berlin, un défi aux droits de l'homme (avril 1962): Le plébiscite par l'exode. Mesures prises par la République démocratique allemande pour empêcher la fuite de la population. L'évolution constitutionnelle du Grand-Berlin. L'isolement de Berlin-Est.

Chronique de l'Afrique du Sud: l'affaire Ganyile (juin 1962)

L'Espagne et la Primauté du Droit (décembre 1962): Les bases historiques et doctrinales du régime. Le parti unique. La communauté nationale-syndicaliste. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Les libertés publiques. La défense du régime. La poursuite pénale des délits politiques. Neuf annexes.

Cuba et la Primauté du Droit (novembre 1962): Chronologie sommaire de l'histoire de Cuba. Le pays, l'économie et la population. La législation constitutionnelle. Le droit pénal et la procédure pénale. Dépôts de témoins.

Rapport sur les événements survenus à Panama du 9 au 12 janvier 1964

Rapport rédigé par le comité d'enquête nommé par la Commission internationale de Juristes.

L'action de l'Exécutif et la Primauté du Droit: Rapport sur les travaux et les conclusions du Congrès international de juristes tenu à Rio-de-Janeiro (Brésil) en décembre 1962. (En anglais seulement).

La Primauté du Droit, idée-force du Progrès (1965): Rapport complet sur les travaux et les conclusions du Congrès des juristes du Sud-Est Asiatique et du Pacifique, tenu à Bangkok (Thaïlande) du 15 au 19 février 1965.

Les problèmes raciaux dans les services publics: Rapport d'enquête en Guyane britannique (en anglais seulement).

Les articles signés expriment les opinions personnelles de leurs auteurs. Leur publication dans la *Revue* signifie que la Commission internationale de Juristes les considère comme présentant un intérêt général. Elle n'entend pas pour autant faire nécessairement siennes les vues et conclusions de leurs auteurs. Sauf indication contraire les articles non signés sont préparés par le Secrétariat de la Commission.

Les manuscrits d'articles ayant trait à la primauté du droit et à ses aspects particuliers seront examinés en vue de leur publication éventuelle. Ils devront être dactylographiés et adressés en double exemplaire au Secrétaire général de la Commission à Genève.

La Revue, publiée deux fois l'an en
français, anglais, allemand et espagnol,
est éditée et distribuée par la

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES
2 QUAI DU CHEVAL-BLANC
GENÈVE, SUISSE

PRIX:

Fr. S. 6.75

U.S. \$ 1.50

NF. 7.50

U.K. £ 0.10.9

IMPRIMERIE TRIO S.A. - LA HAYE - PAYS-BAS