

# REVUE

DE LA  
COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

*Rédacteur en chef:* SEÁN MACBRIDE

ÉTÉ 1966

TOME VII, No. 1

---

JEAN PICTET LA XX<sup>e</sup> CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE  
LA CROIX ROUGE: RÉSULTATS DANS LE  
DOMAINE JURIDIQUE

PAULINE B. TAYLOR ET DEUX ASPECTS DE L'INSTRUCTION PÉNALE  
MICHAEL CSIZMAS EN EUROPE DE L'EST

THOMAS BUERGENTHAL UN NOUVEL EXAMEN DU STATUT JURIDI-  
QUE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DE  
SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME  
DANS LES PAYS PARTIES

EDOUARD ZELLWEGER LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE EN TANT  
QUE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL

LUCIAN G. WEERAMANTRY JURISPRUDENCE DE LA PRIMAUTÉ DU  
DROIT

---

## 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'Etudes politiques de l'Uni-  
versité de Paris;

ZELMAN COWEN, professeur de droit public et  
doyen de la Faculté de droit de l'Université  
de Melbourne;

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

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

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

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

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

---

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES • GENÈVE

PRIX:

6,75 Fr.S.

\$ 1.50 U.S.A.

£ 0.10.9 R.U.

**La Commission internationale de Juristes est une organisation non gouvernementale ayant statut consultatif auprès des Nations Unies et de l'UNESCO. La Commission a pour but de faire connaître et promouvoir le Principe de la Légalité et la notion de la Primauté du Droit. Les membres de la Commission sont les suivants:**

JOSEPH T. THORSON (Président honoraire)	Ancien président de la Cour de l'Echiquier du Canada,
VIVIAN BOSE (Président)	Ancien juge à la Cour suprême de l'Inde
A. J. M. VAN DAL (Vice-président)	Avocat à la Cour suprême des Pays-Bas
JOSE T. NABUCO (Vice-président)	Avocat au barreau de Rio de Janeiro, Brésil
SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA	Président ( <i>Chief Justice</i> ) de la Cour suprême du Nigeria,
ARTURO A. ALAFRIZ	Avocat au Barreau de Manille, ancien <i>Solicitor-General</i> des Philippines
GIUSEPPE BETTIOL	Député au Parlement italien, ancien ministre, professeur à la Faculté de droit de Padoue
DUDLEY B. BONSAI	Juge au tribunal fédéral de New-York (district sud), ancien président de l'Association du barreau de la ville de New York, Etats-Unis
PHILIPPE N. BOULOS	Vice-Président du Conseil des ministres du Liban
U CHAN HTOON	Ancien juge à la Cour suprême de l'Union Birmane
ELI WHITNEY DEBEVOISE	Avocat au barreau de New-York, Etats-Unis
MANUEL G. ESCOBEDO	Professeur à la Faculté de droit de Mexico, avocat, ancien président de l'Ordre du barreau du Mexique
PER T. FEDERSPIEL	Avocat au barreau de Copenhague, député au Parlement danois, ancien président de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe
T. S. FERNANDO	Juge à la Cour suprême de Ceylan, ancien <i>Attorney-General</i> et ancien <i>Solicitor-General</i> de Ceylan
ISAAC FORSTER	Juge à la Cour internationale de Justice, ancien premier président de la Cour suprême du Sénégal
FERNANDO FOURNIER	Avocat, ancien président de l'Ordre du barreau du Costa Rica, professeur à la Faculté de droit, ancien ambassadeur aux Etats-Unis et auprès de l'Organisation des Etats américains
OSVALDO ILLANES BENÍTEZ	Président de la Cour suprême du Chili
HANS-HEINRICH JESCHECK	Professeur à la Faculté de droit de Fribourg-en-Brisgau, directeur de l'Institut de droit pénal international et comparé, République fédérale d'Allemagne
RENÉ MAYER	Ancien Ministre de la Justice, ancien président du Conseil des Ministres, France
SIR LESLIE MUNRO	Ancien secrétaire général de la Commission internationale de Juristes, ancien président de l'Assemblée générale des Nations Unies, ancien ambassadeur de Nouvelle-Zélande aux Etats-Unis et auprès des Nations Unies
LUIS NEGRON-FERNANDEZ	Président de la Cour suprême de Porto Rico
PAUL MAURICE ORBAN	Professeur à la Faculté de droit de Gand, ancien sénateur, ancien ministre, Belgique
STEFAN OSUSKY	Ancien ministre de Tchécoslovaquie en Grande-Bretagne et en France, Washington D.C., Etats-Unis
MOHAMED A. ABU RANNAT	Président ( <i>Chief Justice</i> ) de la Cour suprême du Soudan
EDWARD ST. JOHN	Q.C., Avocat, Sydney, Australie
LORD SHAWCROSS	Ancien <i>Attorney-General</i> d'Angleterre
SEBASTIÁN SOLER	Avocat, Professeur à la Faculté de droit de Buenos Aires, ancien procureur général de la République Argentine
KENZO TAKAYANAGI	Président de la Commission d'études constitutionnelles, professeur honoraire à l'Université de Tokyo, Membre du Conseil législatif japonais
PURSHOTTAM TRIKAMDAS	Avocat à la Cour suprême de l'Inde, secrétaire de l'Association des avocats de l'Inde
H. B. TYABJI	Avocat au barreau de Karachi, ancien juge à la Haute Cour du Sind, Pakistan
TERJE WOLD	Président de la Cour suprême de Norvège

Secrétaire général: SEÁN MACBRIDE s.c.,  
Ancien ministre des Affaires étrangères de la  
République d'Irlande

Secrétaire exécutif: VLADIMIR M. KABES  
Docteur en Droit

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES,  
2, QUAI DU CHEVAL-BLANC,  
GENÈVE, SUISSE

# REVUE

DE LA

## COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES

*Rédacteur en chef:* SEÁN MACBRIDE

Été 1966

Tome VII, No. 1

---

JEAN PICTET	LA XX <sup>e</sup> CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX ROUGE: RÉSULTATS DANS LE DOMAINE JURIDIQUE	3
PAULINE B. TAYLOR ET MICHAEL CSIZMAS	DEUX ASPECTS DE L'INSTRUCTION PÉNALE EN EUROPE DE L'EST	19
THOMAS BUERGENTHAL	UN NOUVEL EXAMEN DU STATUT JURI- DIQUE DE LA CONVENTION EUROPÉEN- NE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME DANS LES PAYS PARTIES	57
EDOUARD ZELLWEGER	LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE EN TANT QUE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL	103
LUCIAN G. WEERAMANTRY	JURISPRUDENCE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT	133

# LA XXe CONFERENCE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGE: RESULTATS DANS LE DOMAINE JURIDIQUE

par

JEAN PICTET \*

## Note de l'éditeur

Les principes fondamentaux sur lesquels repose la protection des Droits de l'homme sont à présent incorporés dans une série de conventions et déclarations internationales: la Charte des Nations Unies, la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, le projet de Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Homme, la Convention sur la Génocide, les Conventions de l'O.I.T., la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et d'autres conventions internationales. Parmi ces Conventions il y en a certaines qui, bien qu'universellement acceptées, ne sont souvent pas associées dans l'esprit du public à la législation internationale existante sur les droits de l'homme: au nombre de celles-ci se trouvent les Conventions de Genève sur la Croix-Rouge.

Les antécédents de la Convention de la Haye de 1907 et de la Convention de Genève de 1949 remontent à 1864 quand, à Genève, sur l'initiative du Comité de la Croix-Rouge qui venait d'être créé, fut adoptée la première «Convention de Genève». Ce premier traité international en la matière établissait les grands principes fondamentaux pour la protection des combattants blessés et malades, ceux-ci demeurent intacts et sont maintenant universellement acceptés. Ils donnèrent l'élan à l'action de la Croix-Rouge dans le monde. La Conférence de 1868 tenta d'étendre ces règles à la guerre maritime, cependant cette extension ne s'opéra pas. Une recommandation de la première Conférence de Paix de La Haye en 1899 souleva la question des révisions ultérieures. La Conférence Diplomatique de la Croix-Rouge de 1906 établit un texte révisé qui refond et développe considérablement la Convention de 1864. En 1907, la Convention de La Haye adapta les principes de la Convention de Genève à la guerre maritime. Après la première guerre mondiale, la Conférence diplomatique de 1929 refondit les dispositions de la Convention de Genève à la lumière des expériences de la guerre, et adopta une Convention sur le traitement des prisonniers de guerre. L'expérience de la seconde guerre mondiale nécessita une nouvelle révision qui fut accomplie en 1949, il en résulta l'actuelle Convention de Genève de 1949.

La Convention de la Haye de 1907 contenait des dispositions qui exigeaient le respect de la vie de chacun, et prévoyaient la punition des actions d'autrui. La Convention de Genève de 1949 contient des dispositions

---

\* Directeur au Comité International de la Croix-Rouge.

détaillées exigeant que des personnes détenues en captivité soient humainement traitées et ne soient pas soumises à des traitements susceptibles de causer des préjudices ou d'entraîner la mort. La prise d'otages ou les représailles sont interdites. La première convention concerne l'attention aux blessés et malades, aux combattants sans défense; la seconde Convention étend les dispositions de la première convention à la guerre maritime; la troisième convention concerne les prisonniers de guerre et soumet tous les aspects de la captivité à des règlements humanitaires selon le droit international. La quatrième convention complète les Sections II et III de la quatrième convention de la Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre terrestre en ce qui concerne la population civile. Ces conventions ont été ratifiées par 109 pays (décembre 1965).

Depuis 1949 la Croix-Rouge a accordé une attention croissante à la protection de la population civile en temps de guerre, ainsi qu'en cas de guerre civile et lutte interne, qui est prévue par l'article 3 de chacune des conventions de 1949. Ceci se reflète dans les activités de la vingtième conférence internationale de la Croix-Rouge qui s'est tenue en octobre 1965; celles-ci sont analysées ci-dessous par un spécialiste éminent, le Directeur du Comité international de la Croix-Rouge. En publiant cet article important, la Commission internationale de Juristes souhaite contribuer à une meilleure compréhension des problèmes en cause, problèmes qui sont d'un intérêt immédiat non seulement pour chaque juriste, mais aussi pour toute l'humanité.

Dans son bulletin No. 21, (décembre 1964), la Commission Internationale de Juristes a attiré l'attention sur ce fait alarmant que dans de nombreux conflits armés qui ont eu lieu récemment dans différentes parties du monde, les droits fondamentaux des personnes détenues ou capturées par les forces adverses n'ont pas été reconnus. Des exemples d'exécution ou autres traitements inhumains de prisonniers ou civils, y compris la prise et l'exécution d'otages, ne sont que trop fréquents. La Commission veut croire que les principes humanitaires énoncés par la Croix-Rouge lieront toutes les Nations ou groupes de belligérants, et s'appliqueront à toutes les personnes placées sous leur contrôle. Ayant en vue ce but, il a été suggéré que, chaque fois qu'un conflit interne ou un soulèvement se produit dans quelque partie du monde que ce soit, le Secrétaire Général des Nations-Unies ou toute autre autorité des Nations-Unies, devrait spécifiquement et sans équivoque faire connaître aux belligérants les dispositions du «droit des gens» tel qu'élaborées par les conventions de Genève aussi bien que les dispositions de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Dans le cas où les belligérants reçoivent un soutien effectif d'Etats extérieurs, il devrait aussi être demandé à ces Etats de faire tous leurs efforts pour assurer l'application convenable de ces règles humanitaires minimales. Il devrait leur être rappelé que selon l'article 1er des Conventions de Genève, les Etats sont liés non seulement par l'obligation de respecter les Conventions elles-mêmes, mais aussi d'assurer leur respect en toutes circonstances. Il serait essentiel que ce mécanisme fonctionne automatiquement partout où un conflit interne est prévisible.

M. Jean Pictet, Directeur au Comité international de la Croix-Rouge, dans l'article suivant soulève des points d'une importance vitale pour l'humanité. Il est à espérer que les gouvernements et juristes de par le monde suivront sans équivoque les avis autorisés et raisonnés contenus dans son article.

## 1. Qu'est ce que la Conférence Internationale de la Croix-Rouge?

La Conférence est, au terme des statuts, «la plus haute autorité délibérante» de cette vaste association mondiale qui s'appelle la Croix-Rouge internationale. Elle groupe les délégués de toutes les Sociétés nationales reconnues, ainsi que des deux institutions internationales: le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) – organe fondateur et intermédiaire en temps de guerre – et la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge – leur fédération. Viennent s'y ajouter – et c'est un fait significatif à relever – les représentants des Etats parties aux Conventions de Genève – c'est-à-dire pratiquement tous les Etats – qui possèdent également voix délibérative. La Conférence internationale se réunit tous les quatre ans, sauf empêchement. Ainsi ne s'est-elle pas tenue entre 1938 et 1948. Chaque délégation dispose d'une voix.

Quels sont les pouvoirs de la Conférence? Ses décisions ne lient les organes de la Croix-Rouge que pour les questions de sa compétence exclusive, soit l'interprétation et la revision des statuts de la Croix-Rouge internationale, les contestations entre membres et les propositions relatives aux Conventions de Genève. Elle assure légalement «l'unité des efforts» de la Croix-Rouge. Elle peut attribuer des mandats au CICR et à la Ligue, mais ne saurait modifier leurs statuts. Pour toutes les autres matières, son autorité est purement morale: elle ne peut qu'émettre des vœux. C'est bien conforme à l'esprit de la Croix-Rouge internationale, dont la principale caractéristique est l'indépendance des divers éléments qui la composent.

Les Gouvernements, qui participent à la Conférence, sont-ils juridiquement engagés par ces décisions? Non. Pour cela il faudrait que la Conférence ait un caractère diplomatique ou qu'elle soit un organisme intergouvernemental officiel. Mais ses résolutions gardent toute leur valeur sur le plan moral.

A vrai dire, on ne doit pas s'exagérer la portée que revêt la présence des Gouvernements à la Conférence internationale. Ils y prennent parfois, en droit ou en fait, l'attitude d'observateurs. Mais ils sortent de cette réserve sitôt qu'on y traite un sujet présentant indirectement un aspect politique important, comme, en 1957, lorsque le CICR présenta son Projet de Règles pour la protection des populations civiles contre les dangers de la guerre indiscriminée. Les délégués des Etats agissent alors de tout leur poids, afin d'imposer leurs conceptions.

Est-ce à dire que la Croix-Rouge devrait renoncer à la participation des gouvernements à ses Conférences? Certainement pas. Car les avantages de leur présence passent, malgré tout, les inconvénients, tant l'action de la Croix-Rouge est intimement liée aux pouvoirs publics.

## 2. La session de Vienne

La XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge a tenu ses assises du 2 au 9 octobre 1965, dans les admirables locaux de la Hofburg à Vienne. Organisée par la Croix-Rouge autrichienne, avec le concours du personnel des institutions internationales de la Croix-Rouge, la Conférence fut présidée par M. Hans von Lauda, Président de la Société nationale. La Conférence a groupé les 580 représentants de 92 Sociétés nationales et de 84 Gouvernements.

Pour sa part le CICR avait établi une documentation de base qui ne comprenait pas moins de 24 rapports brochés, dont certains fort volumineux.

N'ayant pas siégée depuis huit ans, cette session de la Conférence prenait une importance toute particulière. Ses résultats n'ont pas déçu l'espoir que l'on avait placé en elle. Ce fut une démonstration de l'unité et de l'universalité de la Croix-Rouge. En effet, sur les nombreux points de l'ordre du jour, l'entente s'est bientôt faite et l'esprit de concorde qui présidait aux débats a permis que les résolutions soient adoptées à la quasi unanimité.

On avait craint que se reproduisent, comme lors des sessions précédentes de 1952 et 1957, des incidents relatifs à la représentation de certains pays. Ils furent réduits à leur minimum, et c'est fort heureux. La Croix-Rouge, institution philanthropique, n'a pas le droit de perdre son temps, donc son argent, en discussions sur des questions politiques ou diplomatiques qui lui sont étrangères. Autrement, qu'en penseraient les victimes qui attendent sa sollicitude?

La Croix-Rouge ne se prononce pas sur la légitimité des Etats ou des Gouvernements. En vertu de ses principes de neutralité et d'universalité, et dans l'intérêt supérieur des personnes à secourir, tout gouvernement exerçant en fait l'autorité sur un territoire est, de droit, membre de la Conférence.

## 3. Les principes de la Croix-Rouge

La XXe Conférence a adopté définitivement la charte fondamentale des principes qui régissent son mouvement. En voici le texte:

*Humanité* – Née du souci de porter secours sans discrimination aux blessés des champs de bataille, la Croix-Rouge, sous son aspect international et national, s'efforce de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les souffrances des hommes. Elle tend à protéger la vie et la santé ainsi qu'à faire respecter la personne humaine. Elle favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples.

*Impartialité* – Elle ne fait aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et d'appartenance politique. Elle s'applique seulement

à secourir les individus à la mesure de leur souffrance et de subvenir par priorité aux détreesses les plus urgentes.

*Neutralité* – Afin de garder la confiance de tous, elle s'abstient de prendre part aux hostilités, et, en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux et philosophique.

*Indépendance* – La Croix-Rouge est indépendante. Auxiliaires des pouvoirs publics dans leurs activités humanitaires et soumises aux lois qui régissent leurs pays respectifs, les Sociétés nationales doivent pourtant conserver une autonomie qui leur permette d'agir toujours selon les principes de la Croix-Rouge.

*Caractère bénévole* – La Croix-Rouge est une institution de secours volontaire et désintéressé.

*Unité* – Il ne peut y avoir qu'une seule Société de la Croix-Rouge dans un même pays. Elle doit être ouverte à tous et étendre son action humanitaire au territoire entier.

*Universalité* – La Croix-Rouge est une institution universelle, au sein de laquelle toutes les Sociétés ont des droits égaux et le devoir de s'entraider.

Pourquoi, se demandera-t-on, la Croix-Rouge a-t-elle attendu un siècle pour proclamer ses bases morales et comment a-t-elle pu le réaliser à une époque où les idéologies se heurtent avec fracas et prétendent tout entraîner dans leur orbe?

La raison est qu'autrefois les hommes, qui n'étaient sans doute pas meilleurs que ceux d'aujourd'hui, avaient un sens assez net du bien et du mal, ou du moins de ce qu'ils jugeaient tel. Aussi, certaines normes s'imposaient-elles d'elles-mêmes à la conscience, sans qu'il fût admis qu'on les discute et sans qu'il fût jugé nécessaire de les définir. De plus, la tradition avait parfois plus de force que la loi écrite.

Les convulsions de la première guerre mondiale ouvrirent une ère nouvelle dans l'histoire des relations humaines. Cette époque, dans laquelle nous vivons encore aujourd'hui, fut, dès son début, marquée par un véritable renversement des valeurs et une profonde confusion des idées. C'est alors que les peuples commencèrent à parler des langages différents et à ne plus accorder aux mots le même sens. Il était d'autant plus vital pour la Croix-Rouge de posséder une base doctrinale solide et précise. Elle devait désormais savoir clairement ce qu'elle était, où elle allait et à quoi elle croyait.

Il fallait établir une doctrine à laquelle les hommes de tous les horizons puissent souscrire, qu'ils soient idéalistes ou réalistes, croyants ou incroyants. Pour cela, il fallait parler un langage universel, il fallait rompre avec la pensée conformiste, les idées préconçues, la sensiblerie et cette phraséologie périmée qui se perpétue

parce que l'homme est prisonnier du petit monde dans lequel il s'agite et où il veut enclorre tout l'univers.

La déclaration de Vienne est le fruit de la pensée moderne, qui recommande au chercheur de se défier de lui-même et de la civilisation à laquelle il appartient, afin de proposer des solutions communes, valables pour le plus grand nombre parce que conformes à la nature humaine, et non des recettes disparates sans signification sous d'autres cieux.

#### 4. Les Conventions de Genève

C'est là un point que l'on retrouve traditionnellement à l'ordre du jour des Conférences internationales de la Croix-Rouge.

Depuis l'origine, le CICR est le promoteur de ces Conventions et il travaille sans relâche à leur développement et à leur diffusion. C'est ainsi qu'il a été le principal artisan de leur révision en 1949. Ce monument juridique de plus de 400 articles constitue la codification la plus récente et la plus complète des règles protégeant la personne humaine en cas de conflit armé. Les Conventions de Genève concrétisent l'idéal même de la Croix-Rouge et sont pour elle un magnifique instrument de travail; elles contribuent aussi à répandre l'esprit d'entraide et de paix parmi les peuples.

Presque tous les Etats du monde – soit exactement 109, une universalité rarement atteinte en droit international – ont aujourd'hui ratifié ces chartes fondamentales de l'humanité. Le CICR en a établi aussi le commentaire détaillé. Maintenant il porte son effort principal sur leur diffusion. Car les Conventions de Genève peuvent sauver des milliers, des millions de vies, mais elles ne les sauveront que si elles sont connues. On voit donc l'importance primordiale des intérêts en jeu.

En signant ces traités, les Etats se sont engagés à en diffuser le texte. Mais, il faut bien le dire, ils ont encore fait peu de chose dans ce domaine. Aussi, le CICR les pousse dans cette voie, en leur apportant son concours, notamment en établissant les publications appropriées.

La XXe Conférence a demandé aux Etats d'intensifier leurs efforts pour mettre en œuvre et faire connaître les Conventions.

Dans ce domaine, il est un point particulier que je voudrais souligner: c'est la nécessité d'assurer l'application des Conventions de Genève par les Forces militaires mises à la disposition des Nations Unies. Car, on peut penser qu'à l'avenir la collaboration des Nations Unies au maintien ou au rétablissement de la paix sera sollicitée de plus en plus et que leurs troupes pourront se trouver ainsi fréquemment engagées. Or l'Organisation des Nations Unies, comme telle, n'est pas partie aux Conventions de Genève.

En 1956 déjà, lors du conflit de Suez, le CICR avait fait part

de ces préoccupations à M. Hammarskjöld et il avait reçu des assurances apaisantes. Mais en 1960, lorsque les Nations Unies intervinrent au Congo, on dut constater que leurs forces n'avaient pas eu d'instructions suffisantes dans ce sens. Aussi le CICR revint-il à la charge. On lui répondit que l'ONU entendait respecter les «principes» des Conventions de Genève, qu'une telle mention avait été introduite dans le Règlement de service et que, dorénavant, les troupes bénéficieraient d'une instruction adéquate.

Après la fin du conflit congolais, le CICR a repris l'ensemble de la question avec M. Thant, Secrétaire Général des Nations Unies. Il s'agissait de savoir comment l'observance des Conventions pourrait être assurée dans leur intégralité, au delà de leurs seuls principes, et également comment seraient réprimées les infractions à ces Conventions. L'Organisation des Nations Unies ne pourrait-elle pas adhérer comme telle aux Conventions, ou du moins son Assemblée générale ne pourrait-elle faire dans ce sens une déclaration solennelle ? Il ne semble pas qu'il y ait de difficulté théorique. On reconnaît aujourd'hui que les Nations Unies peuvent devenir partie à n'importe quel traité. Mais les juristes des Nations Unies soulèvent des objections de procédure: l'ONU n'est pas un Etat et n'a pas d'armée propre; de plus elle ne peut substituer sa juridiction à celle des pays qui lui ont fourni des contingents.

Pour l'instant, nous avons obtenu l'assurance que le Secrétariat général de l'ONU insérera, dans chaque accord qu'il passera avec un pays mettant des troupes à sa disposition, une clause prévoyant l'application des Conventions de Genève par ces troupes. Ce système a fonctionné d'une manière satisfaisante pour les contingents de l'ONU envoyés à Chypre. La question est donc résolue partiellement, à savoir sur le plan pratique.

Parallèlement, le CICR a adressé un mémorandum directement à tous les Etats membres des Nations Unies, les rendant attentifs au fait qu'ils restent personnellement responsables de l'application des Conventions par les troupes qu'ils fournissent à la grande organisation internationale. Nous les avons priés de prendre, donc, chacun de leur côté, les mesures qui s'imposent.

L'ensemble de la question a été portée devant la XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge et celle-ci a pris, à cet égard, la résolution suivante:

La Conférence,

considérant que les Etats parties aux Conventions de Genève se sont engagés à les respecter et à les faire respecter en toutes circonstances,

considérant qu'il est nécessaire que les «forces d'urgence des Nations Unies» respectent ces Conventions et soient protégées par elles,

marque sa satisfaction des mesures déjà prises à cet effet par les Nations Unies sur le plan pratique et recommande:

1. que des accords appropriés soient conclus afin d'assurer que les forces armées mises à la disposition des Nations Unies observent les règles des Conventions de Genève et soient protégées par elles;
2. que les Gouvernements des pays qui fournissent des contingents aux Nations Unies veuillent bien, en raison de l'importance primordiale de la question, donner à leurs troupes, avant leur départ de leur pays d'origine, un enseignement adéquat sur les Conventions de Genève, ainsi que l'ordre de se conformer à ces Conventions;
3. que les Autorités responsables des contingents acceptent de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir et réprimer les infractions éventuelles aux dites Conventions.

## **5. La protection des populations civiles contre les dangers de la guerre indiscriminée**

Telle est certainement la question la plus importante que la Conférence de Vienne ait eue à traiter.

La IV<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949 ne protège les civils que contre les abus de pouvoir de l'autorité ennemie. Elle n'entre pas dans le domaine du droit de la guerre et de l'emploi des armes. Or les ravages accumulés par la seconde guerre mondiale laissèrent le monde stupéfait. Alors que le premier conflit avait fait 10 millions de morts, dont un demi-million de civils, la guerre de 1939 tua 50 millions d'êtres, soit 26 millions de militaires et 24 millions de civils. Sur ce nombre, un million-et-demi de civils trouvèrent la mort dans des attaques aériennes.

L'on assista, impuissant, à la prodigieuse accélération des destructions, à l'évolution irréversible des moyens de guerre vers une forme de plus en plus «totale», allant des bombardements classiques à la bombe atomique, en passant par les «tapis de bombes», les V2 et le napalm. Et, la conflagration terminée, la physique nucléaire poursuit ses effrayantes découvertes. Il suffirait aujourd'hui d'un seul projectile thermo-nucléaire pour anéantir une grande capitale et les grandes Puissances en possèdent assez pour éliminer toute vie de la surface du globe.

Ce qu'il y a de plus inquiétant encore, c'est que, si l'on a relevé les ruines des villes détruites, les Etats n'ont rien fait pour restaurer les règles de La Haye ensevelies sous les mêmes décombres. Ni le Gouvernement des Pays-Bas ni les Nations Unies n'ont voulu reprendre le flambeau. Aucun espoir à l'horizon de voir entreprise la revision des lois de la guerre.

Alors que la technique offensive a fait des progrès de géant, les règles que l'on peut invoquer dans ce domaine datent de 1907. C'est d'une flagrante absurdité.

Bien plus, la répétition des attaques destructrices, les progrès

de la technique ont créé une redoutable accoutumance. Le sentiment d'horreur s'estompe, à l'indignation succède résignation devant ce qu'on appelle la fatalité. Les méthodes nouvelles finissent par apparaître licites.

On doit s'insurger, avec la dernière énergie, contre cette manière de voir, contre cette abdication de la conscience devant l'essor de la néobarbarie qui déshonore notre siècle. Autant dire que l'homme devrait céder à ses propres créations au lieu d'en rester maître. En vérité, si les lois de la guerre, nées alors que l'aviation de bombardement n'existait pas, sont désuètes, parce qu'inadaptées, en revanche leurs principes demeurent, car ils sont l'expression d'une vérité éternelle.

On peut affirmer que les bombardements en masse de la dernière guerre n'étaient justifiés ni moralement, ni juridiquement, ni même pratiquement.

C'est alors que le CICR, devant l'importance cardinale des intérêts en jeu et puisque personne ne voulait s'en préoccuper, est sorti du cadre des Conventions de Genève. Mais ce faisant, il croit être demeuré à son devoir. Encore est-ce dans le cadre limité des bombardements aériens.

Dans cette entreprise ardue, il est parti de la constatation suivante: les bombardements massifs des villes, lors de la seconde guerre mondiale, n'ont pas «payé» du point de vue militaire, les experts ont dû le reconnaître après coup, et c'est là un aveu assez tragique. Et lorsque les états-majors ont voulu, pour des raisons tactiques ou politiques, épargner certains bâtiments, ils y sont parvenus avec une sûreté remarquable.

Et il y a eu une idée qui était peut-être la clef du problème. Il ne faut pas s'attaquer à une arme déterminée, comme la bombe atomique, mais à une certaine forme de guerre. En effet, les Etats qui possèdent cette arme ne consentiront pas à s'en priver. Et puis, cela ne servirait à rien; car, sitôt une arme interdite, on en inventera une plus redoutable encore. Les bombardements de Hambourg et de Dresde ont fait autant ou plus de morts que ceux d'Hiroshima et de Nagasaki. Et à Oradour, l'arme était une simple boîte d'allumettes!

Le principe est donc le suivant: quelles que soient les armes employées dans un conflit, on doit respecter la population civile ou du moins ne pas l'exposer à des risques hors de proportion avec le but militaire visé.

Le CICR a établi, avec le concours d'experts, un «Projet de règles» limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre, qui a reçu une timide approbation de principe à la XIXe Conférence internationale de la Croix Rouge, réunie à la Nouvelle Delhi en 1957.

Conformément à la décision de cette Conférence, le CICR a

transmis ce projet aux gouvernements, mais ceux-ci, à part quelques sympathiques exceptions, ont gardé un silence accablant. Les grandes Puissances, notamment, sont demeurées muettes, jugeant évidemment que le Projet s'opposait au système actuel de défense dans lequel elles croient trouver une sécurité plus ou moins illusoire.

Que fallait-il faire? La Croix-Rouge ne pouvait pas abandonner les populations civiles à leur triste sort.

Aussi, après avoir consulté des experts, le CICR en est-il venu à l'idée d'amener les Etats à reconnaître quelques principes élémentaires d'humanité s'appliquant, en tout état de cause, aux civils dans la conduite des opérations militaires.

La XXe Conférence l'a suivi dans cette voie, en prenant la résolution suivante:

#### La XXe Conférence,

dans ses efforts en vue de protéger la population civile, confirme la Résolution No. XVIII de la XVIIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Toronto 1952) qui, prenant en considération la Résolution No. XXIV de la XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Stockholm, 1948) exhorte les Gouvernements à se mettre d'accord, dans le cadre d'un désarmement général, sur un plan de contrôle international de l'énergie atomique qui assurerait l'interdiction des armes atomiques et l'emploi de l'énergie atomique à des fins exclusivement pacifiques,

remercie le Comité international de la Croix-Rouge de l'initiative qu'il a prise et du travail très complet qu'il a accompli pour préciser et développer le droit international humanitaire dans ce domaine,

constate que la guerre indiscriminée constitue un danger pour les populations civiles et pour l'avenir de la civilisation,

déclare solennellement que tout Gouvernement et toute autre Autorité ayant la responsabilité de mener des combats lors de conflits armés, devraient observer au moins les principes suivants:

- les parties engagées dans un conflit n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi;
- il est interdit de lancer des attaques contre la population civile comme telle;
- une distinction doit être faite en tout temps entre les personnes participant aux hostilités et la population civile, de telle sorte que cette dernière soit épargnée autant que possible;
- les principes généraux du droit de la guerre s'appliquent aux armes nucléaires et similaires;

invite expressément tous les Gouvernements qui ne l'ont pas encore fait à adhérer au Protocole de Genève de 1925, qui interdit l'utilisation de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, de tous liquides, matières ou procédés analogues, ainsi que celle des moyens de guerre bactériologiques,

demande instamment au CICR de poursuivre ses efforts en vue de dé-

velopper le droit international humanitaire, conformément à la Résolution No. XIII de XIXe Conférence internationale de la Croix-Rouge, en particulier en ce qui concerne la nécessité de protéger la population civile contre les souffrances causées par la guerre indiscriminée,

charge le CICR de prendre en considération tous les moyens possibles et d'utiliser toutes les voies appropriées, y compris la création d'un comité d'experts, pour arriver rapidement à une solution pratique de ce problème,

demande aux Sociétés nationales d'intervenir auprès de leurs Gouvernements pour obtenir leur collaboration afin d'arriver à une solution rapide de cette question et invite instamment tous les Gouvernements à soutenir les efforts de la Croix-Rouge internationale dans ce domaine,

demande à toutes les Sociétés nationales de persuader dans la mesure du possible leurs Gouvernements d'arriver à des accords fructueux dans le domaine du désarmement général.

Dans l'état de délabrement où se trouvent les lois de la guerre et dont la plupart sont vieilles de plus de cinquante ans, il n'est pas exagéré de considérer les quatre règles figurant au centre de la résolution comme les principes généraux de droit coutumier régissant aujourd'hui la matière. C'est le seul énoncé de ce genre proclamé par une assemblée où les Gouvernements sont représentés, depuis la seconde guerre mondiale.

Le premier de ces principes est repris du Règlement de la Haye de 1907; le second, et partiellement le troisième, de la Déclaration faite par la Société des Nations en 1938. Sans doute pourrait-on y ajouter quelques éléments, comme de dire que les bombardements doivent se limiter aux objectifs militaires et ne pas causer à l'adversaire des maux hors de proportion avec l'importance militaire de l'objectif visé; qu'il faut, dans l'attaque d'objectifs militaires, prendre toutes précautions pour ne pas atteindre les populations.

Le quatrième principe, qu'on lit dans le Manuel de droit militaire britannique, apparaît pour la première fois sur le plan international. Il a des implications importantes, car, si les mots ont un sens, il signifie que l'usage indiscriminé de l'énergie nucléaire n'est pas licite. La nouvelle arme ne peut être employée que dans le cadre des principes généraux du droit. Ces principes sont précisément ceux que nous venons de rappeler: ne pas attaquer la population civile comme telle, distinguer entre combattants et non-combattants, ne pas causer des maux disproportionnés.

Sur cette base déjà solide, le CICR, comme la résolution le lui demande, ne manquera pas de poursuivre ses efforts et l'on peut être sûr qu'il tirera le maximum d'effet des premiers résultats atteints. Son espoir est d'obtenir des Puissances une confirmation formelle de leurs engagements, sur la base des principes formulés à Vienne.

Un aspect particulier, immédiat, pratique, de la sauvegarde des populations civiles est celui du statut à accorder aux personnes qui s'efforcent d'assurer la survie des habitants par des moyens matériels. Ces services, dits de Protection civile, s'occupent des alertes, de l'obscurcissement, des abris, de l'extinction des incendies, de la recherche des blessés sous les décombres, des soins à leur apporter, des évacuations, etc.

Somme toute, il s'agirait d'établir une réglementation internationale accordant un statut d'immunité aux Services de Protection civile, analogue à celui que les Conventions de Genève assurent au personnel sanitaire de l'armée. Lorsqu'on a accordé, il y a cent ans, une sauvegarde internationale aux Services de santé militaires, ils se sont développés et ont sauvé des milliers de vies. Les Services de Protection civile, immunisés à leur tour, pourront peut-être se développer et sauver, eux aussi, des milliers de vies. Certes, le problème est complexe, car ces services contribuent aussi à la défense nationale, mais il n'est pas insoluble.

Pour être protégés, ces Services devraient conserver un caractère non-combattant, même s'ils assument le sauvetage dans des établissements considérés comme objectifs militaires. Ils ne pourraient participer à la sauvegarde des biens que s'ils ne sont pas principalement utilisés à des fins militaires. Dans l'exercice de ses fonctions, ce personnel porterait un signe distinctif uniforme, qui ne serait pas la croix rouge, sauf peut-être pour les services exclusivement sanitaires.

Une résolution de Vienne a reconnu la nécessité de renforcer la protection des organismes de Protection civile et a demandé au CICR de poursuivre ses travaux, avec le concours de spécialistes. Celui-ci va donc s'employer à élaborer une réglementation de cette nature.

## **6. L'assistance aux victimes de troubles intérieurs**

Les Conventions de Genève, malgré l'ampleur qu'elles ont prise en 1949, ne couvrent pas tout le champ de la souffrance humaine. Aussi le CICR s'efforce-t-il, comme il l'a toujours fait depuis un siècle, d'étendre les conquêtes du droit humanitaire. L'une de ses tâches principales dans ce domaine est d'obtenir un minimum de protection pour les victimes de troubles intérieurs.

Naguère encore, le droit international ne s'appliquait qu'aux guerres internationales. Les mouvements insurrectionnels étaient, à de rares exceptions, noyés dans le sang.

Il y avait là une béante lacune du droit humanitaire et une impérieuse nécessité d'étendre à ces situations au moins les principes essentiels des Conventions de Genève. Car les guerres civiles en-

gendrent proportionnellement plus de souffrances que les guerres internationales, à cause de leur caractère haineux et acharné. Pourquoi? Parce que l'on connaît ceux contre qui l'on combat et qu'on a des raisons personnelles de leur en vouloir.

C'est ainsi que le CICR en vint à l'idée d'introduire dans les Conventions de Genève une disposition audacieuse, paradoxale, qui tenterait de soumettre au droit international un phénomène national.

Après des mois de discussion, la Conférence diplomatique de 1949 a adopté le déjà fameux article commun 3, qui est, à lui seul, une «Convention en miniature». Il prévoit que, dans les conflits non internationaux, toutes les parties devront observer au moins quelques principes essentiels d'humanité: respect des personnes qui ne participent pas à la lutte, interdiction de la torture, des prises d'otages, des condamnations et exécutions irrégulières. Cet article a déjà permis au CICR d'intervenir dans plusieurs conflits armés.

Mais, malgré son prix et son caractère novateur, l'article 3 a une portée limitée et il présuppose l'existence d'un conflit armé.

Or, l'époque moderne est caractérisée par l'essor des idéologies politiques, qui prétendent tout subordonner à leurs fins. En contrepartie, se sont mis à proliférer les mouvements subversifs, qui tendent, en usant de la violence eux aussi, à changer le régime établi. Il en est résulté ces tensions extrêmes entre les Etats, que l'on appelle parfois la guerre froide, et, à l'intérieur des Etats, ces divisions entre factions qui se déchirent. Et bien souvent des citoyens sont, dans leur propre pays, l'objet de lois d'exception, privés de liberté pour simples délits d'opinion, livrés à l'arbitraire et, en fin de compte, moins bien traités que des soldats ennemis capturés les armes à la main.

Au cours de l'histoire, le droit s'est d'abord développé au sein des communautés humaines. On s'est efforcé ensuite d'en étendre quelques éléments à la guerre internationale, puis à la guerre civile. Par un étrange et surprenant renversement des choses, il faudrait maintenant que le droit de la guerre s'applique au temps de paix et au ménage intérieur des nations!

De la sorte, on en vient de plus en plus à considérer que le droit international a pour mission d'assurer un minimum de garanties et d'humanité à tous les hommes, que ce soit en temps de paix ou en temps de guerre, que l'individu soit en conflit avec un peuple étranger ou avec la société à laquelle il appartient. Cette évolution se poursuivra certainement, mais, sans doute, n'atteindra-t-elle son plein épanouissement que lorsque le droit sera sanctionné par des instances judiciaires et des organes de contrôle, eux-mêmes appuyés par une force internationale capable de faire respecter leurs décisions. Cela impliquera probablement une nouvelle organisation du monde.

Pour l'instant, il y a là un terrain que l'humanitarisme se devait

d'explorer, car il ne saurait y avoir de *no man's land* dans le champ de la souffrance. Cette tentative est particulièrement délicate: elle se heurte aux murailles formidables de la souveraineté nationale et de la sûreté d'Etat.

Comment le CICR a-t-il procédé jusqu'ici? Il a réuni des Commissions d'experts de notoriété mondiale. Ceux-ci ont proclamé les principes qui doivent régir le sort de telles victimes et soutenir en leur faveur l'action secourable. Ces déclarations ont déjà aidé le CICR à lui ouvrir certaines portes. Sans doute des mouvements comme celui des Droits de l'homme ou la Commission internationale de Juristes pourront-ils compléter l'action de la Croix-Rouge en allant précisément là où les compétences de celle-ci s'arrêtent. Car, pour des raisons pratiques, afin de ne pas compromettre son existence, la CICR s'est cantonné dans la sphère de la guerre et des situations qui y ressemblent. Pour l'instant, il n'a étendu son action qu'aux personnes détenues à la suite de violences, de troubles ou de tensions extrêmes. Là encore, une résolution de la XXe Conférence de la Croix-Rouge encourage le CICR à aller de l'avant.

## 7. La Croix-Rouge et la paix

La Croix-Rouge peut-elle contribuer au maintien de la paix et à la solution pacifique des conflits internationaux? Ce problème est discuté depuis longtemps.

Si l'on a aussitôt admis que la Croix-Rouge peut concourir à répandre l'esprit de paix entre les peuples et que toute son attitude, comme son action quotidienne, est une condamnation de la violence, on a également reconnu les limites que son caractère apolitique lui assigne dans le domaine de la prévention de la guerre.

En effet, si la paix est chère à tous les peuples, ils ne s'accordent pas souvent sur la façon de la créer ou de la maintenir, ni sur le caractère qu'elle doit avoir. Or, se prononcer sur les questions que pose l'organisation du monde, c'est, qu'on le veuille ou non, se placer sur le plan politique. Vouloir produire un effet direct dans cette sphère implique de descendre dans l'arène des nations et des partis. Il est bien certain qu'en se lançant ainsi dans une lutte pour laquelle elle n'est pas faite, la Croix-Rouge irait au devant d'une rapide destruction.

Cependant, il y a quelques années, le CICR s'est trouvé appelé à sortir du cadre de sa mission traditionnelle et à assumer des responsabilités dans un champ entièrement nouveau. C'était en automne 1962, lors de l'affaire de Cuba. Pendant quelques jours, la situation politique fut si grave qu'on put se croire menacé d'une guerre thermo-nucléaire. Le Secrétaire Général des Nations Unies se tourna alors vers le CICR comme vers le seul organe pouvant encore sauver la paix: il s'agissait de s'assurer que les navires se

rendant à Cuba n'y apporteraient pas des armes atomiques à longue portée.

Le CICR n'a pas cru devoir se dérober. Mais il mit à son concours toutes les conditions que dictaient la prudence et le souci de sa neutralité. Il a notamment – afin de dépolitiser la question – exigé l'accord exprès des pays intéressés. Cet accord fut recueilli, mais finalement, la détente intervint sans que le CICR eut à agir effectivement. On avait cependant créé un précédent intéressant.

Le problème de la paix a été, plus que jamais, discuté à Vienne. On se trouvait en face de dix projets différents. Finalement amalgamés, ils ont pris la forme que voici:

#### La Conférence

notant avec satisfaction la Résolution adoptée par le Conseil des Délégués à Genève en 1963 sous la dénomination «La Croix-Rouge, facteur de paix dans le monde»,

rappelant les Résolutions antérieures adoptées dans ce domaine, notamment par la XIXe Conférence internationale de la Croix-Rouge (La Nouvelle-Delhi, 1957),

salue les efforts déployés par différents Gouvernements pour éliminer le danger des conflits armés par la voie du désarmement et en particulier par la conclusion de l'accord de 1963 sur l'interdiction des essais d'armes nucléaires et la résolution de 1963 de l'Assemblée Générale des Nations Unies proscrivant le stationnement dans l'espace d'armes de destruction massive,

exprime sa profonde anxiété à l'égard des souffrances endurées par les populations d'un certain nombre de pays où sévissent des conflits armés,

exprime également sa vive inquiétude et déplore l'usage répété de la force qui menace l'indépendance ou le droit d'autodétermination des peuples,

invite d'un façon pressante tous les gouvernements à régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques dans l'esprit du droit international,

fait appel à tous les gouvernements pour les engager à poursuivre leurs efforts visant à la conclusion d'un accord sur l'interdiction de tous les essais d'armes atomiques et d'un accord sur le désarmement général et complet sous contrôle international efficace, de même qu'à envisager l'adoption de mesures partielles telles que la création de zones dénucléarisées et des accords sur la non prolifération des armes nucléaires,

encourage le Comité international de la Croix-Rouge à entreprendre, en liaison constante avec l'Organisation des Nations Unies et dans le cadre de sa mission humanitaire, tous les efforts susceptibles de contribuer à la prévention ou au règlement de conflits armés éventuels, ainsi qu'à s'associer, d'entente avec les Etats en cause, à toutes les mesures appropriées à cet effet,

invite instamment le CICR, la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge, les Sociétés nationales et les Gouvernements à redoubler leurs efforts en vue d'arriver, dans un esprit d'humanité, à une application universelle et scrupuleuse des Conventions de Genève dans tous les conflits armés,

exprime sa reconnaissance pour les efforts accomplis par le CICR, la Ligue, les Sociétés nationales et les Gouvernements pour le soulagement des souffrances et les encourage à poursuivre de tels efforts dans l'avenir.

On le voit, la Conférence de 1965 est demeurée digne de ses devancières. Elle a montré que la Croix-Rouge internationale est une institution bien vivante, partout à l'œuvre et toujours fidèle à son idéal. Elle a frayé la voie dans maints secteurs du droit international. On peut espérer qu'il en sortira finalement quelque chose d'utile à l'humanité.

# DEUX ASPECTS DE L'INSTRUCTION PÉNALE EN EUROPE DE L'EST

## I. LE RÔLE DU FONCTIONNAIRE CHARGÉ DE L'INSTRUCTION DANS LA PROCÉDURE PÉNALE SOVIÉTIQUE

par

PAULINE B. TAYLOR

Dans les procès pénaux, le droit soviétique a soustrait la phase préalable de l'instruction au contrôle ou à la surveillance des tribunaux. Nul ne peut actuellement faire appel devant un juge d'une mesure prise au cours de l'instruction. Quant au fonctionnaire chargé de l'instruction, il n'est pas magistrat de l'ordre judiciaire, mais appartient au personnel de la Prokuratura, du ministère de la police ou du Comité de sécurité de l'Etat, ou KGB. Bien qu'on ait plus ou moins assimilé ce fonctionnaire soviétique au juge d'instruction français<sup>1</sup>, il en est pourtant radicalement différent du fait qu'il n'appartient pas à la magistrature.

C'est seulement peu à peu que le droit soviétique s'est écarté de la pratique normale du continent européen. Jusqu'en 1928, les fonctionnaires chargés de l'instruction demeuraient administrativement subordonnés aux magistrats et, bien qu'ils eussent à exécuter les directives de la Prokuratura, ils conservaient le droit de faire appel de certaines d'entre elles devant les tribunaux. En 1928, cependant, ces fonctionnaires cessèrent de dépendre de la magistrature et furent incorporés à la Prokuratura. Le Professeur Strogovich, spécialiste soviétique reconnu de la procédure pénale, a caractérisé ce transfert en ces termes: «... réforme dictée par la nécessité... de renforcer au maximum le personnel chargé de l'instruction au cours de la lutte contre la criminalité».<sup>2</sup> Les organes de la

---

<sup>1</sup> Berman, H. J., *Justice in the U.S.S.R.* (La justice en URSS), N.Y. 1963, Vintage Ed., p. 302.

<sup>2</sup> Strogovich, M. S., *Course in Soviet Criminal Process* (Cours de procédure pénale soviétique), Moscou, 1958, p. 127.

police politique habilités à mener une instruction continuent cependant à ne relever d'aucun contrôle extérieur <sup>3</sup>.

Un vestige des autorités de la magistrature survécut cependant, du moins sur le papier, jusqu'en 1960, année où fut promulgué le nouveau Code de procédure pénale. Dans sa dernière édition, qui date de 1957, l'ancien code prévoyait que les décisions de la Prokuratura pourraient être citées en appel, sur plainte portée par les parties lésées contre des mesures prises par les fonctionnaires chargés de l'instruction <sup>4</sup>. Le Code de 1960 a rompu ce dernier lien, d'ailleurs tombé en désuétude, entre ces fonctionnaires et les tribunaux. D'autre part, la législation récente est interprétée comme soumettant les fonctionnaires de la sécurité de l'Etat habilités à mener une instruction à l'autorité générale de la Prokuratura <sup>5</sup>. On ne saurait dire exactement dans quelle mesure il est fait un usage effectif de cette disposition. Bien que des critiques fréquentes s'élèvent maintenant contre les excès commis dans le passé par des agents de la sécurité de l'Etat <sup>6</sup>, on évoque rarement leurs activités présentes.

La compétence de ces fonctionnaires de la Sûreté d'Etat s'étend aux crimes politiques, qui comprennent notamment la trahison, l'espionnage, la propagande anti-soviétique, les atteintes à l'ordre public, voire la spéculation sur les changes. Pendant une brève période, de 1960 à 1963, c'est aux agents de la Prokuratura que fut confiée l'instruction de toutes les autres infractions criminelles, à l'exception de quelques délits sans importance qui continuèrent à être instruits selon une procédure policière sommaire. Ces dispositions imposèrent à la Prokuratura un fardeau insupportable: en effet, elles renversaient tout d'un coup la situation antérieure, dans laquelle la Prokuratura était chargée d'instruire des infractions criminelles graves, alors que les autres infractions n'étaient justiciables que d'une information sommaire confiée à la police. En fait, à la suite de cette réforme de 1960, c'est la police qui continua effectivement de traiter la grande majorité des affaires, alors que les fonctionnaires de la Prokuratura, ployant sous le faix, ne faisaient guère plus qu'entériner officiellement le travail de la police <sup>7</sup>. Afin de corriger

<sup>3</sup> Gsovski et Grzybowski, *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, N.Y., 1959, pp. 552-53; (Le Gouvernement, la loi et les tribunaux en Union soviétique et dans l'Europe de l'Est) R.S.F.S.R. Code of Criminal Procedure (1957), Moscou, art. 107, 108; (Code de procédure pénale de la RSFSR République socialiste fédérative de la Russie soviétique).

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 220.

<sup>5</sup> Zhogin et Fatkullin, *Preliminary Investigation* (l'instruction du premier degré), Moscou, 1965, p. 351.

<sup>6</sup> Voir Zhogin, N. V., «Déviations apportées par Vyshinsky à la théorie et à la pratique du droit soviétique», *Sovetskoye Gosudarstvo i Pravo* (ci-après désigné sous les initiales S.G.P.), No 3, 1965, p. 22.

<sup>7</sup> Chistyakova, V., «Les organes d'instruction du premier degré dans la procédure pénale soviétique», *Vestnik Moskovskogo Universiteta, Seriya X Pravo*, No 4, 1964, pp. 35 à 37.

une telle situation, que la loi n'avait pas prévue, un nouveau corps de fonctionnaires chargés de l'instruction fut créé en 1963 auprès des ministères de la police (ministères chargés de la protection de l'ordre public) en vue d'instruire les délits d'importance secondaire, à l'exception de ceux relevant de la simple routine policière<sup>8</sup>. Dans ce nouveau corps entrèrent en grand nombre, par voie de promotion, des agents de la police qui avaient l'expérience des enquêtes policières<sup>9</sup>. En même temps, on réduisit encore la liste des délits de moindre importance relevant d'une enquête sommaire de police. Ces délits ne comprennent plus maintenant que les injures, la diffamation verbale, les formes mineures de délinquance juvénile, les coups et blessures sans gravité et le braconnage, et on a d'autre part proposé en haut lieu que même ces délits de peu d'importance soient désormais réservés aux nouveaux agents de la police chargés de l'instruction<sup>10</sup>. En fait, les réformes de 1963 ont plus ou moins rétabli l'ancienne répartition des attributions entre la police et la Prokuratura, tout en uniformisant la procédure.

Les méthodes de travail prescrites au nouveau corps d'agents de la police chargés de l'instruction n'ont pas encore trouvé leur forme définitive et, en outre, nous avons déjà observé que nous étions fort mal renseignés sur les informations menées par les services de la sécurité de l'Etat. En conséquence, l'analyse ci-dessous du déroulement de l'instruction en URSS se fonde surtout sur l'activité des agents de la Prokuratura.

Bien que la procédure pénale puisse, dans certains cas, être engagée par un fonctionnaire chargé de l'instruction, elle doit, le plus souvent, être précédée d'une enquête de police préparatoire. En URSS, cette phase policière est plus longue et plus étendue qu'en Europe occidentale. Dans le Code français de procédure pénale de 1958, un officier de police judiciaire ne peut retenir une personne à sa disposition pendant plus de vingt-quatre heures, le Procureur de la République pouvant accorder l'autorisation de prolonger cette garde à vue, après avoir vu et entendu le suspect (CFPP, 77)<sup>11</sup>. En URSS, bien que le Procureur doive obligatoirement recevoir un rapport dans les vingt-quatre heures sur toute arrestation, il dispose d'un délai supplémentaire de quarante-huit heures pour décider de la remise en liberté ou pour ordonner la détention pré-

<sup>8</sup> Chistyakova, V., «De la compétence respective des organes d'instruction du premier degré», *Sotsialisticheskaya Zakonnost* (ci-après cité sous les initiales S.Z.), No 7, 1964, p. 11.

<sup>9</sup> Zhogin et Fatkullin, *op. cit.*, p. 51.

<sup>10</sup> Tikunov, V., «Autres améliorations à apporter à l'instruction du premier degré», *S.G.P.* No 6, 1965, pp. 3 à 10.

<sup>11</sup> Par les initiales CFPP, il faut entendre le Code français de procédure pénale, de 1958. Journal officiel de la République française, 31 Quai Voltaire Paris, 1959.

ventive (CPP, 122)<sup>12</sup>. Il n'est pas tenu d'interroger lui-même le suspect, sauf «en cas de nécessité»<sup>13</sup>. Au bout de dix jours de détention préventive, le suspect doit être soit inculpé, soit remis en liberté (CPP, 90). La police dispose d'un même délai de dix jours pour terminer son enquête préliminaire et transmettre l'affaire au fonctionnaire chargé de l'instruction. L'enquête de police qui se déroule pendant ce délai devra nécessairement s'étendre aux actes d'instruction les plus urgents, qui, outre l'arrestation du suspect, peuvent comporter la perquisition, la fouille, la saisie, l'examen, ainsi que l'interrogatoire des suspects, des victimes et des témoins (CPP, 119). La police doit toutefois transmettre l'affaire au fonctionnaire chargé de l'instruction dès qu'elle en a terminé avec les actes les plus urgents, et ce fonctionnaire peut, de sa propre initiative (CPP, 119, 127), se faire remettre le dossier avant même qu'il en soit ainsi. Dès qu'il a pris en charge le dossier, le rôle de la police se borne à exécuter les tâches qu'il peut lui déléguer, sauf à poursuivre les recherches lorsqu'il n'a pas encore été possible «de découvrir l'auteur du crime» (CPP, 119).

Le fonctionnaire chargé de l'instruction a le devoir de définir l'accusation qui pèse sur l'inculpé dès qu'il existe «des éléments de preuve suffisants pour fonder l'accusation» (CPP, 143). Cette accusation doit être définie dans un énoncé «motivé», où figureront en particulier les noms de l'accusé, la nature du crime, la loi applicable en l'espèce, ainsi que la date, l'endroit et les circonstances où le crime a été commis, «dans la mesure où les éléments matériels du dossier permettent de l'établir». (CPP, 143, 144). (Nous reviendrons plus tard sur la valeur de preuve généralement considérée comme suffisante pour fonder une accusation, lorsque nous examinerons dans son ensemble le rôle du fonctionnaire chargé de l'instruction).

Celui-ci doit notifier l'accusation à l'inculpé dans un délai de deux jours après que l'acte a été établi. Il doit alors lui exposer le chef d'accusation et l'informer des droits qui lui seront reconnus au cours de l'instruction, à savoir: fournir des explications, présenter les éléments de preuve, adresser des requêtes, récuser le fonctionnaire chargé de l'enquête pour cause de motif intéressé, et porter plainte contre des actes ou des décisions de ce fonctionnaire ou du Procureur. Dès la clôture de l'information, l'inculpé peut aussi disposer des éléments sur lesquels elle repose, et il a le droit d'être assisté par un conseil. Si toutefois, l'inculpé est mineur, ou incapable d'assurer sa défense, en raison d'une déficience mentale ou physique, il peut être assisté par un conseil, dès le moment où

<sup>12</sup> Par CPP, il faut entendre le Code de procédure pénale de 1960 de la R.S.F.S.R. (Moscou, 1964).

<sup>13</sup> Règlements sur la surveillance exercée par le Ministère public en URSS, art. 18.

l'accusation lui est notifiée. (CPP, 149). Le fonctionnaire chargé de l'instruction doit interroger l'inculpé aussitôt après lui avoir notifié l'accusation. (CPP, 150).

En URSS, la procédure d'accusation diffère essentiellement de celles des pays de l'Europe occidentale, qui, pour des raisons de simplification, seront ici représentées par le Code français de procédure pénale de 1958. Ainsi que nous l'avons déjà dit, en France, le magistrat instructeur appartient à l'ordre judiciaire. Il est nommé à ces fonctions pour une durée de trois ans et ne peut ouvrir une instruction qu'en vertu d'un réquisitoire du Procureur de la République (CFPP, 80). Lors de la première comparution, de juge d'instruction fait connaître à l'inculpé les faits qui lui sont imputés et il l'avertit qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Il lui donne avis de son droit de choisir un conseil ou de s'en faire désigner un d'office. (CFPP, 114). L'inculpé ne peut être interrogé lors de sa première comparution, sauf s'il existe des causes d'urgence motivant un interrogatoire ou une confrontation immédiate (CFPP, 115).

En France, l'inculpé peut communiquer librement avec son conseil « aussitôt après la première comparution » (CFPP, 116). Par la suite, il ne pourra être entendu ou confronté qu'en présence de son conseil dûment convoqué. En outre, la procédure doit être mise à la disposition du conseil de l'inculpé avant chaque interrogatoire (CFPP, 118).

Comme nous l'avons déjà fait observer, en URSS, un adulte ne souffrant d'aucune incapacité n'a pas droit à un conseil avant la fin de l'enquête et il ne peut disposer des éléments de l'information pendant le déroulement de l'instruction. L'inculpé est immédiatement interrogé par le fonctionnaire soviétique chargé de l'instruction, de façon qu'il ne puisse inventer un récit imaginaire des faits<sup>14</sup>. Il n'est pas averti qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Si, cependant, l'inculpé refuse de déposer sur-le-champ, le fonctionnaire chargé de l'instruction « devra lui expliquer que le refus de déposer entrave la réunion de preuves à décharge ou de circonstances atténuantes, et ne saurait faire obstacle à la poursuite de l'instruction ». Si l'inculpé persiste dans son refus, le fonctionnaire chargé de l'instruction en fera mention expresse au procès-verbal<sup>15</sup>.

En URSS, les témoins comparaissant au cours d'une enquête sont avertis qu'ils seront pénalement responsables de tout refus de témoigner ou de faux témoignage (CPP, 158). A cette fin, un suspect ne peut avoir la qualité de témoin, mais il faut noter que la définition du suspect, en droit soviétique, est très étroite: en effet, le suspect peut être soit une personne arrêtée parce qu'elle est soup-

<sup>14</sup> Zhogin et Fatkullin, *op. cit.*, pp. 227-28.

<sup>15</sup> Commentaire au Code de procédure pénale de 1960 de la R.S.F.S.R., Université de Léningrad, 1962 (cité ci-après sous l'abréviation de Commentaire de Léningrad), p. 152.

çonnée d'avoir commis un crime, soit une personne détenue ou soumise à d'autres mesures privatives de liberté, en attendant d'être l'objet d'une inculpation formelle (CPP, 52). Cette définition formaliste<sup>16</sup> ne connaît pas d'exceptions. De la sorte, la qualité de suspect, du moins telle que nous l'entendons, ne modifie en aucune façon l'obligation de déposer. Une telle règle de droit contraste très vivement avec la disposition du Code français de procédure pénale selon laquelle «Le juge d'instruction chargé d'une enquête... ne peut, à peine de nullité, ... entendre comme témoins des personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de culpabilité, lorsque cette audition aurait pour effet d'éluider les garanties de la défense». (CFPP, 105). De même, «toute personne nommément visée par une plainte, peut refuser d'être entendue comme témoin». (CFPP, 104). Au cas où la personne nommément désignée refuse de déposer, le juge d'instruction ne peut l'entendre que comme inculpé.

De même, les dispositions du Code français relatives à la détention préventive paraissent, par comparaison, peu sévères. Il est dit en effet à l'article 137, que «la détention préventive est une mesure exceptionnelle» (CFPP, 137). L'inculpé domicilié en France lorsque la peine encourue ne dépasse pas deux ans, ne peut être détenu plus de cinq jours, s'il n'a pas déjà été soit condamné pour un crime, soit frappé d'une peine d'emprisonnement de plus de trois mois (CFPP, 138). Dans tous les autres cas, la détention préventive ne peut excéder quatre mois; le juge d'instruction peut ordonner une prolongation de quatre mois au plus. L'inculpé peut interjeter appel devant la chambre d'accusation de l'ordonnance par laquelle le juge a prolongé la détention préventive. Il peut en tout temps demander sa mise en liberté sous caution et faire appel du refus qui lui est opposé (CFPP, 186). Le juge d'instruction a le droit de prescrire à l'inculpé détenu l'interdiction de communiquer pour une période de dix jours, renouvelable une fois seulement. Toutefois, cette interdiction ne peut en aucun cas s'appliquer au conseil de l'inculpé (CFPP, 116).

Dans la pratique de l'Union soviétique, la détention préventive n'est prononcée qu'en cas d'accusation pouvant entraîner une peine privative de liberté, aussi brève soit-elle (CPP, 96). La mise en liberté sous caution, bien qu'elle soit autorisée par le Code, n'est plus guère ordonnée<sup>17</sup>.

En un de ses articles, le Code de la RSFSR énumère ces éléments classiques que sont le risque d'évasion, l'altération des preuves ou la récidive, (CPP, 89) et qu'il y a lieu de retenir, compte tenu de l'âge de l'inculpé, de son état de santé et d'autres éléments de sa

<sup>16</sup> Zhogin et Fatkullin, *op. cit.*, p. 118.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 260, 263.

situation personnelle, lorsqu'il s'agit de décider s'il sera placé en détention provisoire ou s'il fera l'objet d'autres mesures de prévention (CPP, 91). Toutefois, lorsque l'inculpation porte tel ou tel des crimes les plus graves, ces indications classiques cessent d'être un critère valable et l'article 96 du Code devient applicable. Dans cet article sont énumérées une soixantaine d'infractions criminelles, dont la gravité intrinsèque est telle que la détention peut être prononcée à l'égard de toute personne accusée d'avoir commis l'une d'elles et simplement en raison de la gravité de cette infraction.

Le fonctionnaire chargé de l'instruction ne peut placer l'inculpé en détention préventive sans l'assentiment du Procureur. Il semble cependant que la détention soit trop facilement prononcée. Un Procureur de district de la région de Kursk a été critiqué pour avoir approuvé la mise en détention provisoire d'un kolkhosien soupçonné d'avoir dérobé cinq œufs.<sup>18</sup>

On peut mesurer l'incidence élevée des mesures de détention préventive en considérant le très grand nombre de lettres adressées à *Soviet Justice* sur la question irritante du recours à un avocat pour représenter un inculpé détenu. L'inculpé ne peut lui-même engager un avocat, étant au secret jusqu'à la clôture de l'instruction. Il arrive que ses proches s'efforcent d'organiser sa défense, mais ils sont eux aussi gênés par l'impossibilité où ils sont de communiquer avec l'inculpé qui, de son côté, ignore tout de leurs efforts. Ainsi, il arrive souvent en pareil cas que «les inculpés se méfient des avocats qui se présentent ainsi à eux, les soupçonnant d'avoir partie liée avec le fonctionnaire chargé de l'instruction, lequel aurait pu agir derrière le dos de l'accusé et contre son désir, en choisissant un défenseur qui lui soit acquis, puis en l'imposant plus ou moins aux proches de l'accusé».<sup>19</sup>

Le facteur temps joue aussi dans la représentation d'un inculpé détenu. La loi dispose que le défenseur doit se présenter dans les cinq jours qui suivent l'annonce de la clôture de l'instruction faite par le fonctionnaire qui en est chargé (CPP, 201). A moins que ce fonctionnaire ne tienne le défenseur au courant du progrès de l'instruction et de la date à laquelle elle sera probablement close, le défenseur pourra n'être pas en mesure de se libérer au jour où il devra se présenter.

Un correspondant de *Soviet Justice*, bâtonnier des avocats d'Orlov, proposa que le fonctionnaire chargé de l'instruction, lorsqu'il sait qu'un défenseur donné va être engagé pour représenter un in-

<sup>18</sup> Shubin, Yu, «Pour un niveau culturel plus élevé dans les travaux du Ministère public et les organes d'instruction», *S.Z.* No 4, 1965, pp. 19 à 21.

<sup>19</sup> Dubovik, A., «Sur la pratique qui consiste à communiquer à l'inculpé et à son conseil les éléments matériels d'une affaire criminelle, en vertu de l'article 201 du CPP, RSFSR», *Sovetskaya Yustitsiya* (désigné ci-après sous l'abréviation *S.Yu.*), No 23, p. 8.

culpé détenu, convoque ce défenseur au moment où l'inculpé dira s'il desire ou non bénéficier de l'assistance d'un avocat. La présence d'un avocat au moment de ce choix empêcherait le fonctionnaire chargé de l'instruction de transgresser les limites de ses attributions, en demandant par exemple à l'inculpé d'exprimer les raisons qui l'incitent à demander l'assistance d'un avocat<sup>20</sup>.

Dans une étude sur cette correspondance, la rédaction de la Revue a proposé l'adoption de règles qui permettraient à l'inculpé de communiquer, sous surveillance, avec les membres de sa famille à propos de l'engagement éventuel d'un avocat. La rédaction a en outre estimé qu'un avocat engagé avant la clôture de l'instruction devrait assister à la comparution au cours de laquelle l'accusé doit dire s'il accepte ou non son assistance, ceci afin d'empêcher que «certains fonctionnaires chargés de l'instruction» n'exercent une pression sur l'accusé pour l'amener à une décision négative<sup>21</sup>.

Ces questions épineuses posées par la représentation en justice de l'inculpé ne sont pas encore réglées. En effet, c'est seulement depuis 1958 que le défenseur peut être admis à une phase quelconque de l'instruction. Il est absolument essentiel que l'avocat puisse participer effectivement à la phase terminale de l'instruction, parce que c'est alors seulement qu'il aura l'occasion d'étudier le dossier et de réclamer un supplément d'information, en vue de compléter ou d'étoffer ses propres arguments.

La mise au secret d'un inculpé pendant sa détention et l'impossibilité pour lui d'avoir recours à un défenseur au cours de l'instruction contribuent également à rendre particulièrement pénible une détention prolongée. Le Code de la RSFSR prévoit que la durée normale de la détention préventive pourra s'élever à deux mois, pouvant être portée à un maximum de neuf mois, par des prolongations successives (CPP, 97). Ces prolongations doivent recevoir l'assentiment d'un échelon à chaque fois plus élevé de la Prokuratura, si bien qu'au-delà de six mois, un inculpé ne peut être maintenu en détention qu'avec l'autorisation du Procureur général de l'URSS. On assure, cependant, qu'il n'est pas rare de voir prolonger illégalement la détention préventive<sup>22</sup>, et le Presidium du Soviet suprême intervient parfois pour la prolonger au-delà de la limite maximum de neuf mois fixée par le Code.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Aleshin, N., «Comment empêcher que soient méconnus les droits de l'inculpé et de son conseil au cours de l'instruction du premier degré», *S.Yu.*, No 6, 1965, pp. 24 et 25.

<sup>21</sup> «Sur la pratique qui consiste à communiquer à l'inculpé et à son conseil les éléments matériels d'une affaire criminelle, en vertu de l'article 201 du CPP, RSFSR», *S.Yu.*, No 8, 1965, p. 22.

<sup>22</sup> Zhogin, N., «Comment faire progresser de manière décisive les travaux des instances d'instruction», No 7, 1965, pp. 2 et 3.

<sup>23</sup> Zhogin et Fatkullin, *op cit.*, p. 265.

Alors qu'en France, l'inculpé peut en appeler à la chambre d'accusation d'une ordonnance prolongeant sa détention, il n'en est pas de même en URSS, du moins pendant la phase préliminaire de l'instruction. L'inculpé peut adresser une plainte au Procureur chargé de surveiller le déroulement de son affaire, dont la décision peut faire l'objet d'un appel auprès de son supérieur immédiat (CPP, 220). Il ne semble pas que ce système de révision ait de rapport avec la décision du Procureur général, ou même des procureurs des Républiques fédérées, tendant à prolonger la détention. Il va sans dire que si la détention est illégalement prolongée par le fonctionnaire chargé de l'instruction sans que l'assentiment des autorités supérieures ait été obtenu, l'inculpé est en droit de se plaindre auprès du Procureur chargé de surveiller le déroulement de son affaire, pourvu toutefois qu'il ait bien connaissance du délai prescrit et qu'il sache faire valoir ses droits en l'absence d'un conseil.

Le fonctionnaire chargé de l'instruction est responsable de la conduite générale de l'instruction (CPP, 127). Toutefois, l'inculpé ou toute autre partie peut solliciter diverses extensions de l'instruction, et notamment l'opinion d'un expert sur des questions techniques ou l'audition de témoins supplémentaires. Il devra être fait droit à de telles requêtes, si elles peuvent produire des effets importants sur le déroulement de l'affaire (CPP, 131). Au cours de l'instruction, de telles requêtes ont toute chance d'être sans portée réelle, mais comme nous l'avons déjà dit, elles peuvent acquérir de l'importance dans les dernières phases, lorsque le dossier est mis pour la première fois à la disposition des parties. A ce moment, l'inculpé peut aussi se plaindre de toute mesure prise par le fonctionnaire chargé de l'instruction et qui a porté préjudice à sa défense (CPP, 202). Ces voies de recours de la onzième heure ont d'autant plus d'intérêt qu'elles se situent chronologiquement juste avant la rédaction de l'acte d'accusation.

C'est le fonctionnaire chargé de l'instruction qui prépare l'acte d'accusation. Cet acte, bien qu'il soit susceptible d'être révisé par le Ministère public et aussi par le tribunal siégeant en audience préliminaire, sera probablement le document de base sur lequel va reposer le procès. Le Ministère public chargé de la surveillance de l'instruction du premier degré est notoirement dépourvu du personnel qui lui serait nécessaire, et la surveillance de l'instruction est souvent taxée de faiblesse<sup>24</sup>. Nous aurons l'occasion de parler de la tendance des tribunaux à se reposer trop exclusivement sur l'instruction, lorsque nous essaierons de porter un jugement d'ensemble sur celle-ci.

La responsabilité dévolue au fonctionnaire chargé de l'ins-

<sup>24</sup> Zhogin, N., *op. cit.*, No 22; «Comment réglementer de manière plus satisfaisante les travaux des sections d'instruction», *S.Z.*, No 10, 1964, p. 41.

truction, qui doit à la fois définir les charges qui pèsent sur l'inculpé et rédiger l'acte d'accusation, lui confère un pouvoir sans équivalent dans l'orientation de toute l'affaire. Selon le Code français de procédure pénale de 1958, le juge d'instruction est saisi par une requête du Procureur de la République; en cas d'appel, l'acte d'accusation est rédigé par la chambre d'accusation de la Cour d'Appel, qui constitue une juridiction d'instruction du deuxième degré. Même parmi les pays d'Europe orientale, seules la Pologne et la Roumanie confèrent au fonctionnaire chargé de l'instruction la charge de rédiger l'acte d'accusation<sup>25</sup>.

Le double rôle du fonctionnaire soviétique chargé de l'instruction n'est pas exempt de contradictions – puisque ce fonctionnaire doit, en premier lieu, définir les charges, puis rédiger l'acte d'accusation. Ces contradictions ont été mises en lumière par la controverse qui s'est élevée sur la qualité des preuves nécessaires pour soutenir une accusation. Le Code est fort peu précis à cet égard. Il ne parle que de «témoignage suffisant pour constituer la base d'une accusation», ce qui a donné lieu à des interprétations très différentes. Actuellement, la théorie juridique exige des preuves d'une valeur incontestable et se rapproche beaucoup en cela du *Common Law* et de sa formule classique de la «preuve résistant au doute raisonnable». Il n'existe pas de libellé uniformément accepté pour la présentation de l'affaire par le juge. Pour les uns, le critère doit être «la preuve sûre et indiscutable qui ne laisse place à aucun doute».<sup>26</sup> En revanche, un procureur de Lvov et un professeur de droit et de procédure pénale de l'université de Lvov ont abouti ensemble à une autre formule, celle d'«une ferme conviction de culpabilité fondée sur l'examen objectif et complet de toutes les circonstances».<sup>27</sup> Les auteurs d'un Commentaire sur le Code publié par l'Université de Léningrad, demandent eux aussi la réunion de preuves qui ne laissent subsister aucun doute et qui soient suffisamment solides pour assurer que seuls les coupables soient traduits devant les tribunaux<sup>28</sup>.

La recherche d'un degré élevé de certitude dès les premières phases de l'affaire peut être plus nuisible qu'utile à l'inculpé. Le Professeur Strogovich a proposé une norme moins rigoureuse selon laquelle des «preuves de culpabilité solides et contrôlées» garantiraient efficacement l'impartialité de l'instruction, et il a posé à cet égard la question suivante: «Comment le fonctionnaire chargé de

<sup>25</sup> Grobovenko, Ya. V., *Eléments fondamentaux de la procédure criminelle dans les pays européens vivant sous un régime de démocratie populaire*, Moscou, 1964, p. 69.

<sup>26</sup> Paraskevich, V., «Les éléments contestables et incontestables dans la théorie du témoignage en justice», *S.Z.*, No 12, 1964, p. 41.

<sup>27</sup> Sadovsky et Tyrichev, «Questions théoriques et pratiques en matière de témoignage en justice», *S.Z.*, No 11, 1963, p. 39.

<sup>28</sup> Commentaire de Léningrad, p. 145.

l'instruction peut-il mettre au jour des circonstances de nature à exonérer l'inculpé, et comment celui-ci peut-il se justifier lors de l'instruction du premier degré, si ledit fonctionnaire, en définissant les charges qui pèsent sur l'inculpé, est déjà définitivement convaincu de la culpabilité de ce dernier? <sup>29</sup>

Dans la pratique, on se soustrait à cette exigence de certitude absolue dès les premières phases de l'instruction par un expédient, celui qui consiste à retarder l'inculpation formelle. Les spécialistes de l'instruction du premier degré déclarent que «La méthode représentable, qui consiste à repousser jusqu'à la clôture de l'instruction la formulation et la présentation de l'inculpation, est souvent utilisée dans la pratique de l'instruction». <sup>30</sup> On retrouve le même procédé dans les pays de l'Europe de l'Est où il appartient au fonctionnaire chargé de l'instruction de formuler aussi l'inculpation <sup>31</sup>.

Les théoriciens soviétiques qui exigent le respect de normes très élevées pour l'inculpation ne veulent reconnaître aucun lien entre de telles normes et les graves inconvénients causés par une inculpation tardive et une instruction menée par un fonctionnaire prévenu. Ils persistent à refuser toute autre norme, telle que «la supposition bien fondée», par exemple, qu'ils assimilent sans restriction aux théories maintenant discréditées de Vyshinsky.

Si, cependant, ces théoriciens attachent tant d'importance à la constatation de la culpabilité dès le début de l'instruction, c'est peut-être parce qu'une telle constatation est l'accompagnement nécessaire de la pratique qui consiste à conclure «une assez forte proportion d'affaires pénales» par des moyens extra-judiciaires, en les renvoyant par exemple devant des tribunaux de Camarades ou des Commission de mineurs <sup>32</sup>. Un autre moyen du même genre, la probation collective, consiste à remettre l'inculpé en liberté pour qu'il soit rééduqué sous la surveillance d'une collectivité de travailleurs. La probation collective considère la culpabilité comme assurée et ne se contente pas du réquisitoire du Procureur, mais exige que l'inculpé confesse sa faute. Certains fonctionnaires chargés de l'instruction ont fait luire aux yeux des inculpés la promesse d'une libération sous régime de probation, afin d'obtenir d'eux une confession mensongère, et même la mise en cause de soi-disant complices <sup>33</sup>. Quant au renvoi devant une Commission ordinaire, il peut être ordonné en l'absence d'aveux, bien qu'une telle procédure se fonde, elle aussi, sur l'hypothèse de la culpabilité et que la Commis-

<sup>29</sup> Strogovich, *op. cit.*, p. 300.

<sup>30</sup> Zhogin et Fatkullin, *op. cit.*, p. 192.

<sup>31</sup> Grobovenko, *op. cit.*, p. 66.

<sup>32</sup> «Examen de certaines théories prêtant à controverse sur les témoignages en procédure criminelle», *S.Z.*, No 5, 1965, pp. 85 et 86.

<sup>33</sup> Koblikov, A. S., *Le droit de la défense au cours de l'instruction du premier degré*, Moscou, 1961, p. 64.

sion commence à prescrire des mesures correctives sans avoir procédé à un nouvel examen des preuves à charge <sup>34</sup>.

Les conséquences théoriques de ces renvois d'affaires criminelles devant des instances non judiciaires ont été examinées par l'Institut fédéral pour l'étude des causes de la criminalité et la mise au point des mesures de prévention. La Commission a conclu en ces termes: «Il est impossible d'affirmer que seul un tribunal statue en définitive sur la question de la culpabilité. En revanche, seul un tribunal décide en définitive de la culpabilité, en même temps qu'il fixe la sanction».<sup>35</sup>

Si l'instruction se poursuit sans interruption jusqu'à sa phase terminale, le fonctionnaire qui en est chargé doit décider s'il rédige un acte d'accusation ou s'il délivre une ordonnance de non-lieu. S'il estime en définitive que «les témoignages rassemblés suffisent à justifier un acte d'accusation» (CPP, 200), il le fait savoir aux parties. C'est à ce moment que l'inculpé, assisté de son conseil, peut examiner le dossier de l'instruction, s'il le désire, et présenter une requête en supplément d'information. Si la défense n'a aucun changement à proposer aux conclusions du fonctionnaire chargé de l'instruction, celui-ci procède alors à la rédaction de l'acte d'accusation. Selon le Professeur Strogovich, ce document exprime la conviction de culpabilité à laquelle est parvenu le fonctionnaire chargé de l'instruction au terme de son enquête. Une telle conviction, fondée en raison, répond à la norme et «le fonctionnaire chargé de l'instruction n'est pas autorisé à rédiger l'acte d'accusation aussi longtemps qu'il n'est pas absolument convaincu de la culpabilité de l'inculpé».<sup>36</sup>

Les exigences auxquelles doit satisfaire l'acte d'accusation ne donnent lieu à aucune controverse. Les discussions qui ont trait à cette phase de l'instruction concernent le non-lieu, ordonné «faute de pouvoir prouver la participation de l'inculpé à la perpétration d'un crime». (CPP, 208 (2)). Diverses pratiques ont vu le jour, dans un effort d'ailleurs mal récompensé pour distinguer entre ceux dont l'innocence a été démontrée par des preuves affirmatives et ceux dont la culpabilité n'a pu être prouvée par des moyens de procédure qui éviteraient de porter atteinte à la réputation de ces derniers <sup>37</sup>. Il en résulte une situation désespérément confuse, qui pourrait être éclaircie par l'adoption d'une suggestion visant à abolir

<sup>34</sup> Davidov et Mirsky, L'ordonnance de non-lieu dans les affaires criminelles, Moscou, 1963, p. 46; Savitsky, V. M., «Les garanties de procédure offertes à l'innocent dans les affaires criminelles», *S.G.P.*, No 9, 1965, pp. 48 à 54.

<sup>35</sup> «Examen de certaines théories prêtant à controverse sur les témoignages en procédure criminelle», *op. cit.*, No 32.

<sup>36</sup> Strogovich, *op. cit.*, p. 349.

<sup>37</sup> Commentaire de Léninegrad, p. 206; Davidov et Mirsky, *op. cit.*, pp. 63-64; Zhogin et Fatkullin, *op. cit.*, pp. 332-39.

totale­ment cette distinction. Un auteur qui a proposé cette idée a vu que les inculpés dont la culpabilité n'a pu être prouvée devraient être considérés comme innocents, si l'on voulait donner effet aux dispositions du Code qui font retomber la charge de la preuve sur les organes chargés de l'instruction.<sup>38</sup>

Le fonctionnaire chargé de l'instruction doit soumettre au Procureur à la fois l'acte d'accusation et l'ordonnance de non-lieu, mais le Procureur n'a pas à confirmer cette ordonnance, encore qu'il puisse l'annuler à tout moment avant l'expiration du délai de prescription. (CPP, 210). Le Procureur doit se prononcer dans les cinq jours au sujet de l'acte d'accusation, et il peut à son choix le confirmer, ordonner un supplément d'information, ordonner le non-lieu, renvoyer l'acte d'accusation pour être modifié, ou le modifier lui-même (CPP, 214).

A la différence des juges, les procureurs ne sont pas frappés d'incapacité pour avoir antérieurement participé à une affaire (CPP, 63). Il paraît donc probable qu'un procureur chargé de surveiller une instruction poursuivra souvent une affaire jusqu'au procès même, et s'appuiera dans ses réquisitoires sur la connaissance des faits qu'il aura acquise au cours de l'instruction.

Le respect dont les tribunaux témoignent à l'égard de l'instruction est probablement encore accentué par la profonde science juridique des procureurs et de leurs collaborateurs chargés de l'instruction. La plupart d'entre eux sont diplômés en droit et, en 1965, il était devenu difficile de trouver un attaché au Ministère public chargé de l'instruction qui ne soit pas pourvu d'un diplôme supérieur<sup>39</sup>. En outre, ces fonctionnaires entretiennent leur spécialisation en suivant des cours de perfectionnement et des cycles d'études techniques<sup>40</sup>.

Les tribunaux ont tendance à s'en rapporter passivement à l'instruction du premier degré, comme le prouvent le grand nombre d'affaires inutilement renvoyées au Parquet pour supplément d'information. Le Code autorise ces renvois lorsque l'instruction présente des insuffisances qui n'ont pas pu être comblées lors du procès (CPP, 232 (1)). C'est ainsi que la nécessité de soumettre une question technique à une expertise de longue durée justifierait la réouverture de l'instruction, mais si le tribunal peut juger l'affaire en convoquant un témoin supplémentaire ou en obtenant sans délai

<sup>38</sup> Changuli, G., «l'impossibilité de prouver la participation de l'inculpé à la perpétration d'un crime offre-t-elle un moyen de procédure permettant de prononcer le non-lieu pendant l'information du premier degré dans une affaire criminelle?», *S.Z.*, No. 3, 1965, pp. 58 et 59.

<sup>39</sup> Larin, A., «Pour un changement radical dans la formation professionnelle des fonctionnaires chargés de l'instruction», *S.Z.*, No 2, 1965, p. 41.

<sup>40</sup> Baranov, L., «Relever le niveau des qualifications, seul moyen d'améliorer l'instruction criminelle», *S.Z.*, No 7, 1964, p. 22.

l'opinion d'un expert, le procès doit se poursuivre. Il arrive souvent, cependant, que les tribunaux renvoient une affaire pour supplément d'information, pour la seule raison qu'ils désirent éviter d'appeler des témoins supplémentaires ou de devoir concilier des témoignages divergents, lorsque par exemple un témoin déposant à la barre s'écarte de la déposition qu'il a faite antérieurement devant le fonctionnaire chargé de l'instruction<sup>41</sup>. On a pu lire dans un éditorial de *Soviet Justice*, que de tels renvois s'expliquent «non par le fait que les tribunaux espèrent vraiment obtenir des données nouvelles, mais parce qu'ils désirent éviter de trancher une affaire difficile, et se décharger de la responsabilité à son sujet»<sup>42</sup>.

Le peu d'empressement à se mesurer avec les faits dont témoignent les tribunaux apparaît aussi dans des cas où des erreurs commises pendant l'instruction sont perpétuées par simple entêtement, et c'est seulement en arrivant devant la Cour suprême que des injustices flagrantes ont pu être réparées:

1. Peter Kizilov, arrêté arbitrairement en 1958, a été par deux fois convaincu de meurtre commis dans des circonstances aggravantes et par deux fois condamné à mort par un tribunal régional. A deux reprises, le tribunal suprême de la RSFSR a cassé la condamnation. Ce n'est que lors de la troisième instruction que les aveux qui lui avaient été arrachés ont été mis en doute, son innocence établie et les vrais coupables démasqués.<sup>43</sup>
2. K., appartenant à une équipe des Ponts et Chaussées, a jeté au loin une allumette qui a fait exploser un baril ayant contenu de l'essence. Ce geste a provoqué la mort d'un homme. Bien que K. eût ignoré le danger, qu'en fait il n'eût pas pu le connaître, et qu'il se fût trouvé lui-même à proximité immédiate de l'explosion, il fut condamné pour meurtre par imprudence. La Cour suprême de la RSFSR a jugé qu'il y avait eu mort accidentelle et a mis fin aux poursuites.<sup>44</sup>
3. Shirikov, accusé de prévarication, crime puni de huit à quinze ans d'emprisonnement, s'est vu refuser l'assistance d'un avocat de son choix, et le fonctionnaire chargé de l'enquête l'a obligé à accepter un défenseur dont il ne voulait pas. Le tribunal municipal de Moscou a rejeté la plainte en violation de ses droits portée à ce sujet par Shirikov et l'a condamné, mais la Cour suprême, passant outre à l'objection du Ministère public, a ordonné le renvoi de l'affaire pour supplément d'information et correction de l'erreur.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Vorobev et Goldberg, «Contre les renvois injustifiés pour supplément d'information», *S.Z.*, No 10, 1964, p. 39.

<sup>42</sup> «Il faut améliorer la valeur de l'instruction du premier degré», *S.Yu.*, No 19, 1964, p. 1 à 3.

<sup>43</sup> Koblikov, *op. cit.*, p. 12.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>45</sup> Bulletin de la Cour suprême de la RSFSR, No 3, 1965, p. 12.

Ce sont tout naturellement les juges à la Cour suprême qui ont le plus vivement conscience des insuffisances survenant aux instances inférieures. Le juge Gorkin, Président de la Cour suprême de l'URSS, a essayé d'y porter remède dans un article publié par *Izvestia*. Il a réaffirmé l'importance du procès criminel et appuyé vigoureusement la position prise par le Professeur Strogovich, pour qui aucun inculpé ne devrait être considéré comme coupable avant qu'un tribunal se soit prononcé à son sujet, quels que soient le poids et la valeur des preuves à charge. La théorie de Strogovich a été contestée par un procureur de région, qui a soutenu que les débats des tribunaux ne servaient qu'à vérifier le degré de culpabilité et la sévérité de la sanction.

Le juge Gorkin a vigoureusement critiqué les tribunaux qui s'abstiennent d'examiner de près les données recueillies au cours de l'instruction, alors qu'ils ont le devoir de le faire, et qui se bornent à «suivre l'acte d'accusation aveuglément, sans le moindre esprit critique et, en fait, l'entérinent purement et simplement»<sup>46</sup>. Il s'est efforcé de stimuler le sens critique des magistrats en remarquant que l'acquiescement ou le renvoi pour supplément d'information ne devraient pas toujours être considérés comme un blâme adressé à l'instruction du premier degré. Enfin, il a affirmé qu'il ne saurait être question de revenir aux errements de la période du «culte de la personnalité», alors que les organes chargés de l'instruction décidaient effectivement à eux seuls de la culpabilité des personnes accusées de crimes contre l'Etat.

Il est peu probable, cependant, que des exhortations suffisent à corriger le déséquilibre de la procédure pénale en Russie soviétique, aussi l'article de Gorkin a-t-il été suivi de propositions visant à modifier la procédure en vue de renforcer l'action des tribunaux<sup>47</sup>.

La concentration des pouvoirs et des attributions entre les mains des fonctionnaires soviétiques chargés de l'instruction est impressionnante: ils ont à établir et notifier l'inculpation, délivrer l'ordre de détention ou renvoyer devant des instances non judiciaires, rédiger l'acte d'accusation ou délivrer l'ordonnance de non-lieu. En outre, les tribunaux souffrent d'une gêne supplémentaire en ce qu'ils sont sans aucun pouvoir tout le temps que dure l'instruction. Depuis longtemps, le rôle des tribunaux s'amenuise, alors que celui des organes chargés de l'instruction ne cesse de grandir: ce processus ne peut être renversé sans que l'autorité des tribunaux ne soit dans une large mesure rétablie.

<sup>46</sup> Gorkin, A., «L'administration socialiste de la justice», *Izvestia*, 2 décembre 1964, p. 3.

<sup>47</sup> Rakhunov, R., «La légalité et l'administration de la justice», *Pravda*, 22 septembre 1965.

## II. LA DÉTENTION PRÉVENTIVE EN HONGRIE

par

DR. MICHAEL CSIZMÁS \*

L'évolution actuelle du droit hongrois est incontestablement caractérisée par une lutte acharnée, portant d'une part sur la controverse autour de l'héritage négatif d'un passé tout récent, et d'autre part sur le vif désir d'étendre les garanties juridiques susceptibles de prévenir la répétition des illégalités.

Dans cette évolution, directement liée à l'évolution politique, économique et sociale du pays, c'est le droit pénal qui se trouve au centre de l'intérêt général, et ceci ne doit rien au hasard. Au cours des vingt dernières années, la politique a complètement dominé la justice et la jurisprudence à deux reprises: après la répression de l'insurrection populaire de 1956, et à l'époque du culte de la personnalité. La procédure pénale était axée sur l'oppression, la contrainte, la violence, et de ce fait également sur des mesures répressives renforcées de toutes les manières possibles; déjà dans la procédure préliminaire, elle était une des plus périlleuses pour l'inculpé. C'est précisément au cours de l'instruction et de la détention préventive qu'ont été commis les abus les plus graves, caractéristiques de ces deux époques.

### 1. Violations de la loi commises de 1949 à 1953, et de 1956 à 1962

Le 16 août 1962, la décision du Comité Central du Parti Socialiste des Travailleurs de Hongrie (parti communiste) (PSTH) relative au «règlement de procès illégaux intentés aux membres du mouvement ouvrier à l'époque du culte de la personnalité», mit un terme à la première période de violations de la loi par la justice de la Démocratie populaire hongroise (1949-1953) <sup>1</sup>: Dans cette décision, on rappelait que des procès pénaux s'étaient

\* Collaborateur scientifique de l'Institut Suisse de l'Europe de l'Est, Berne.

<sup>1</sup> *Népszabadság* (Budapest) du 17 août 1962: «Résolution sur la conclusion de procès illégaux intentés aux membres du mouvement ouvrier à l'époque du culte de la personnalité». Cf. aussi: *Pártélet* (Budapest) no. 9/1962: Le comité central décida d'exclure du parti dix-sept personnes qui étaient responsables politiquement, ou en qualité d'accusateurs, juges et fonctionnaires de la sûreté de l'Etat, d'avoir usé de procédures illégales: Gyula Alapi (ancien procureur), Vilmos Olthy (ancien président du tribunal de Budapest et président des procédures engagées contre le cardinal Mindszenty et l'archevêque Grösz), István Timár (Vice-Président de la Cour Suprême de Justice), Ferenc Ledényi et six juges de la Cour Suprême, Ferenc Ando (Vice-Ministre de la Justice) etc. Voir aussi le *Bulletin de la Commission internationale de Juristes*, no. 15, avril 1963.

déroulés pendant la période considérée et avaient «violé la légalité socialiste». Le Comité Central a partiellement exclu du Parti les responsables de ces procès ainsi que leurs collaborateurs, ou les a tout au moins écartés des organes de contrôle du Parti, du Ministère de l'Intérieur, de la «Prokuratura»\*\* et de la justice, pour autant qu'aucune erreur excusable n'ait pu être établie.

Dans une décision appelée à faire jurisprudence, la Cour Suprême de Justice a constaté que: «Avant 1953, de nombreuses affaires pénales portées devant la justice à titre d'infraction à la loi étaient fondées, d'une part sur une procédure menée unilatéralement au cours de la première phase de l'instruction, et d'autre part, sur le peu d'intérêt, voire le manque d'intérêt total, manifesté à l'égard des faits que l'inculpé avait allégués pour sa défense».<sup>2</sup>

Un éminent juriste hongrois, le Professeur Tibor Király, estime que la pratique des organes d'instruction avant 1956 a été caractérisée, comme chacun le sait, par des efforts déployés en vue de tenir le défenseur séparé du détenu. A son avis, ces conceptions eurent finalement pour conséquence de limiter les droits de la défense, ou même de dissuader par la crainte les défenseurs de représenter leurs clients. Des effets défavorables en résultèrent, à la fois pour la situation des défenseurs et pour celle des inculpés, et finalement cet état de choses causa de graves préjudices à la justice et à la société.<sup>3</sup>

Il est difficile de s'exprimer plus sévèrement sur cette époque du culte de la personnalité dans la justice hongroise que ne le fit le ministre de la Justice alors en fonction, M. Erik Molnár: «La loi mettait autrefois à notre disposition des règles de procédure dont l'application rigoureuse eût empêché les illégalités. Cependant, quelques unes de ces dispositions ne furent pas respectées, souvent en raison de directives confidentielles. Ainsi, par exemple, la disposition du code de procédure pénale relative à la protection de la liberté individuelle ne fut pas rigoureusement appliquée, et dans l'ensemble de la Justice, le droit à la défense ne fut souvent qu'une simple formalité».<sup>4</sup>

Le gouvernement d'Imre Nagy tenta, pendant son bref passage au pouvoir, de rétablir la sécurité juridique et de garantir le respect de la légalité. Il fit la déclaration suivante le 4 juillet 1953 dans son programme gouvernemental: «L'ordre juridique de la démocratie populaire est incompatible avec la justice policière qui réunit en une seule personne les fonctions d'organe de poursuite et de juge.

\*\* Le Ministère Public dans les régimes communistes.

<sup>2</sup> Cf. *A büntető perrendtartás* (Le code de procédure pénale), Budapest, 1957, p. 27.

<sup>3</sup> Király, Tibor: *A védelem és a védő a büntető ügyekben* (La défense et le défenseur en matière pénale), Budapest, 1962, p. 6.

<sup>4</sup> *Szabad Nép* (Budapest) du 26 juin 1956.

Le grand nombre des procédures judiciaires et les méthodes administratives dont on a fait un large usage ont, à côté d'autres injustices, porté atteinte au sentiment du droit dans la population et ébranlé sa confiance dans les lois. Sans aucun doute, le fait que nous n'ayons pas respecté en tous points la constitution a également joué un rôle. Nous savons en outre que certaines personnes ont été trompées, quelles se sont trouvées en conflit avec les lois pour avoir commis une infraction plus ou moins grave, et qu'elles ont été victimes d'une injustice ou traitées injustement parce que nos autorités n'ont pas toujours gardé présents à l'esprit les principes de la constitution qui garantissent les droits, la liberté individuelle et la sécurité du citoyen». <sup>5</sup> Le président du Conseil des ministres, M. Nagy, ordonna notamment la fermeture des camps d'internement, en outre, il proposa la création d'une «Prokuratura suprême» destinée à protéger l'ordre juridique et les droits constitutionnels.

La seconde période pendant laquelle la justice pénale hongroise fut entachée d'illégalités est marquée par les peines sévères infligées à ceux qui prirent part à la révolution de 1956. Il n'est pas encore possible de préciser exactement dans quelle mesure les organes de poursuite pénale ont agi arbitrairement. Les rapports officiels permettent cependant de déduire que, à cette époque comme à celle du culte de la personnalité, les illégalités les plus marquantes se situent dans la phase de l'instruction et de la détention préventive. De nombreux articles du Journal interne du Ministère de l'Intérieur, *Magyar Rendör* (Policier hongrois), mentionnèrent les violations du code de procédure pénale commises par les organes d'instruction au détriment du détenu. <sup>6</sup> Selon ces rapports, la «Prokuratura» perdit

<sup>5</sup> *Loc. cit.* du 5 juillet 1953.

<sup>6</sup> *Magyar Rendör* (Budapest) du 6 juillet 1957: «En vertu du principe selon lequel la fin justifie les moyens, on considère l'observation de la légalité comme une chose secondaire, voire une entrave. Zoltán Tamás, premier lieutenant de police, a déclaré par exemple plus d'une fois qu'il faut considérer le libellé des décisions prescrites dans le CPP uniquement comme une nécessité bureaucratique, et l'exigence de la «Prokuratura» d'observer la légalité comme la manifestation d'un esprit chicanier. Cf: *Magyar Rendör* (Budapest) du 16 mars 1957: «Le lieutenant Földes, sous-chef de département de la police criminelle à Dorog, s'est plaint qu'on ait souvent jeté huit à dix dossiers sur sa table. Il n'existe pas ou peu de données qui prouvent la culpabilité, mais les intéressés sont déjà incarcérés... On empêche sur tous les droits sous prétexte de «légalité révolutionnaire». On arrête des personnes qui devraient être laissées en liberté et on ne recule pas devant un mode d'action brutal... Si l'on se réfère à des expériences personnelles, les procédés employés dans la comparaison constituent une suite ininterrompue d'atteintes à l'honneur». Cf. aussi. *Magyar Rendör* (Budapest) du 30 mars 1957: «Dans certains endroits, les organes de la police ont interdit au procureur exerçant officiellement sa fonction de pénétrer dans les locaux de détention préventive. La «Prokuratura» trouva dans les dits locaux du comitat (unité administrative) de Borsod le 24.1.1957, 32 personnes qui avaient été incarcérées illégalement. Une situation semblable se présenta à la police du comitat de Veszprém».

à cette époque l'autorité qu'elle exerçait sur la procédure pénale et sur le respect de la légalité. Les organes exécutifs du service de sûreté de l'Etat et les commandos spéciaux d'officiers de l'armée auraient même refusé de respecter les prescriptions les plus élémentaires du Code de Procédure Pénale. Une déclaration du chef de la police du Comitat de Veszprém est révélatrice de cette période. Lorsque la «Prokuratura» lui fit remarquer que les prescriptions du CPP n'étaient pas respectées, il répondit brutalement: «Aujourd'hui règne la légalité révolutionnaire et la nécessité».<sup>7</sup>

Le Procureur Général Géza Szénási reconnut lui-même le 30 mars au cours d'un interview les illégalités commises lors de l'instruction: «Depuis quelques mois, de nombreux exemples prouvent que la nécessité d'une défense formelle et matérielle pendant l'instruction n'est pas suffisamment mise en valeur. L'opinion selon laquelle seuls les aveux de l'inculpé constituent une preuve décisive est insoutenable, car il en résulte que le magistrat instructeur n'hésite pas à recourir même à des moyens illicites pour obtenir des aveux. Les bons rapports avec le peuple sont également gênés, parce que, dans bien des cas, les garanties juridiques dont notre CPP exige un respect absolu ont été violées en cours d'instruction. Que la plupart des procédures pénales commencent par l'arrestation constitue de nos jours un phénomène étonnant».<sup>8</sup>

Pour en terminer avec l'étude de cette époque, rappelons les dispositions prises par le gouvernement hongrois pour accroître les garanties offertes par la Justice en réformant la législation pénale, la procédure pénale et la «Prokuratura».<sup>9</sup> Enfin, le président du Conseil des ministres, M. János Kádár, promulgua le 21 mars 1963 un décret d'amnistie qui concernait aussi bien ceux qui avaient participé à la Révolution de 1956 que ceux qui avaient abusé de leur pouvoir pendant le stalinisme et violé la «légalité socialiste».<sup>10</sup>

## 2. La détention préventive selon le droit en vigueur

L'art. 3, al. 2 du code de procédure hongrois – décret-loi no. 8/1962<sup>11</sup> – garantit que «nul ne peut être privé de sa liberté individuelle, sauf dans les cas et seulement dans les conditions prévus

<sup>7</sup> *Magyar Rendör* (Budapest) du 30 mars 1957.

<sup>8</sup> Cf. remarque 7.

<sup>9</sup> Cf. loi V de 1961 sur le code pénal de la République populaire hongroise: *Code pénal de la République populaire hongroise*, Budapest 1963; ordonnance du Praesidium de la République populaire no. 8/1962 sur le code de procédure pénale; *Magyar Közlöny* (Budapest) no. 33/1962. En outre le CPP: ordonnance du Praesidium no. 9/1959 relative à la «Prokuratura» de la République populaire hongroise, *Magyar Közlöny* (Budapest) du 28 mars 1959.

<sup>10</sup> *Népszabadság* (Budapest) du 22 mars 1963.

<sup>11</sup> Cf. remarque 9.

par la loi». Les citoyens ne peuvent être privés de leur liberté individuelle que par un jugement ayant force de loi. Le CPP autorise à titre exceptionnel la limitation de la liberté individuelle avant que ne soit prononcé le jugement définitif du tribunal. Dans ce cas, la loi définit les conditions préalables qui régissent la privation de liberté de l'inculpé; en outre, l'assentiment du procureur est indispensable pour procéder à l'arrestation provisoire pendant l'instruction. La détention préventive ne peut être ordonnée que si le contrevenant est soupçonné d'une infraction punissable d'une peine privative de liberté. La loi justifie l'arrestation soit en présence de faits déjà constatés, soit s'il existe les soupçons fondés.

La détention préventive peut être ordonnée dans les cas suivants:

- (a) lorsqu'il est impossible d'établir l'identité de l'inculpé pris sur le fait;
- (b) lorsqu'il y a danger de fuite, ou lorsque l'inculpé est en fuite;
- (c) lorsqu'il y a danger d'intervention dans les éléments de preuve;
- (d) lorsque l'inculpé commet une nouvelle infraction pendant l'instruction, ou lorsqu'il est à craindre qu'il ne commette le délit tenté ou préparé par lui ou un nouveau délit s'il est laissé en liberté;
- (e) lorsque la liberté de l'inculpé risque de troubler l'ordre public en raison de la nature de l'infraction commise.

Jusqu'au dépôt de l'acte d'accusation, la détention préventive est décidée ou annulée par le procureur ou, avec son assentiment, par l'autorité d'instruction qui lui est subordonnée; en revanche, après le dépôt de l'acte d'accusation, c'est le tribunal qui en est chargé (art. 121, al. 1 à 3). Cette décision doit faire l'objet d'un document écrit exposant les motifs. Si l'inculpé est un fonctionnaire de l'Etat, l'autorité dont il dépend doit être informée d'office de l'ouverture de la procédure d'instruction (art. 115, al. 5). De même, la famille du détenu doit être avisée sans retard (art. 121, al. 4). La durée de la détention préventive est en règle générale d'un mois, et elle peut être prolongée de deux mois par le substitut du procureur général compétent (art. 123, al. 1). Seul le procureur général peut ordonner une prolongation dépassant cette durée (art. 123, al. 2). Si l'inculpé se trouve en détention préventive quand l'acte d'accusation est déposé, le tribunal doit, lors de sa séance préparatoire, statuer dans les 15 jours sur la prolongation de cette détention (art. 124, al. 1).

Le substitut du procureur général István Kovács notait, à l'occasion d'une conférence de l'Association des Juristes hongrois<sup>12</sup>, que la réglementation actuelle de la durée de la détention préventive établie par la loi entraîne en pratique certaines difficultés. Par exemple, dans les affaires pénales où l'arrestation est immédiate, l'auto-

<sup>12</sup> *Magyar Jog* (Budapest), 1964, no. 5, p. 233.

rité chargée de l'instruction n'a pratiquement pas le temps d'enquêter. Selon l'art 123, al. 1, la détention préventive peut être maintenue jusqu'à la séance préparatoire du tribunal, mais ne doit pas dépasser un mois: 15 jours sont réservés au procureur (art. 165, al. 2), et 15 jours au tribunal (art. 124, al. 1). C'est pourquoi non seulement dans les affaires particulièrement complexes, mais pratiquement dans tous les cas, la prolongation de la détention préventive doit être demandée. Cette possibilité, qui ne fut tout d'abord prévue que comme un cas exceptionnel de limitation des droits des citoyens, est passée en fait dans la pratique courante.

La protection légale contre d'éventuels sévices, interrogatoires forcés ou détention illégale est garantie par les art. 145 à 147 du code pénal<sup>13</sup>. Le paiement des dommages prévu en cas de détention préventive subie à tort est réglementé par les art. 293 à 295 du CPP. Aux termes de ces articles, la partie lésée peut dans certaines conditions exiger une indemnisation appropriée. Une réparation intégrale n'est possible que si la détention était illégale et s'il résulte des faits qu'elle engageait entièrement la responsabilité de l'Etat. Dans ce cas, le droit au dédommagement est prévu par l'art 349 du Code Civil<sup>14</sup>. Il ne peut y avoir dédommagement en cas de détention préventive subie à tort que si cette détention a été ordonnée par un organe d'instruction, par la «Prokuratura» ou par un tribunal. Il en va de même si le détenu se soustrait à la procédure par la fuite, la fait échouer par tout autre moyen, ou s'il est soupçonné par sa propre faute. En cas de détention préventive, la demande de dédommagement doit être introduite auprès du tribunal du «Comitat» (unité administrative, il y en a 19 en Hongrie), dans le ressort duquel se trouve l'autorité d'instruction ou la «Prokuratura» qui avait ouvert la procédure pénale. Le ministre de la Justice statue irrévocablement en matière de dédommagement<sup>15</sup>.

En Hongrie, de 40 à 70.000 personnes sont arrêtées chaque année. Mais par la suite, la détention ne se justifie que dans 30 à 60.000 cas. De 5 à 13.000 personnes sont privées de liberté sans qu'un jugement ultérieur vienne le sanctionner. Le nombre des acquittements comparé à celui des condamnations dans l'ensemble des affaires pénales est encore plus frappant. Sur 100 inculpés, seuls 40 à 60 sont condamnés. Les statistiques qui suivent démontrent que la dénonciation sans fondement et la fausse accusation sont encore relativement fréquentes<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Cf. remarque 9.

<sup>14</sup> Loi IV de 1959 sur le code civil de la République populaire hongroise, *Magyar Közlöny* (Budapest) no. 82/1959.

<sup>15</sup> Brunner, Georg: *Die Staatshaftung in Ungarn* (La responsabilité de l'Etat en Hongrie), Cologne 1965, p. 22.

<sup>16</sup> *Statistikai Evkönyvek* (Annales), Budapest, 1960, p. 357; 1962, p. 247; 1963, p. 379.

*Nombre des personnes qui, dans des procédures judiciaires parvenues à leur terme, ont été condamnées sur la base d'une inculpation*

	1958	1959	1960	1961	1962	1963
Inculpations	73,144	72,953	55,700	56,652	59,787	37,915
Non-lieux, Acquittements	13,319	13,988	9,097	8,501	9,232	4,294
Condamnations	59,825	58,965	46,603	48,151	50,555	33,621
Pourcentage des condamnés par rapport au nombre d'inculpés	80,2%	80,1%	82,4%	85,0%	84,6%	88,7%

*Pourcentage des condamnés par rapport au nombre total des inculpés*

1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963
60,3	56,1	56,5	53,9	43,2	51,0	51,0	48,5	46,9	48,7	41,9

### *La défense matérielle et formelle pendant la détention préventive*

Selon les dispositions de l'art. 40, al. 2 de la constitution<sup>17</sup>, et de l'art. 7, al. 2 de la loi II/1954 sur l'organisation de la justice<sup>18</sup>, l'inculpé a le droit d'être défendu au cours de la procédure judiciaire. D'une part, l'inculpé peut, à chaque phase de la procédure, se défendre comme le prévoit la loi, ou requérir l'assistance d'un défenseur (défense formelle); d'autre part, les autorités judiciaires sont tenues tout au long de la procédure d'enquêter non seulement sur les circonstances aggravantes, mais aussi sur les circonstances atténuantes, et de les examiner les unes par rapport aux autres (défense matérielle).. L'art 5 du CPP prescrit expressément que les autorités chargées d'affaires pénales sont tenues à chaque étape de la procédure de tirer au clair et de considérer aussi bien les circonstances à charge et à décharge que les circonstances aggravantes et atténuantes. Pendant l'enquête, les organes d'instruction doivent agir conformément à ces prescriptions. L'art 117, al. 2 du CPP prescrit également que: «L'inculpé sera interrogé de manière approfondie et aura la possibilité de faire sa déposition dans le cadre de sa défense».

Une enquête récemment menée par l'Institut national de criminologie a établi que, pour assurer comme elles en sont tenues la «défense matérielle» stipulée par la loi, les autorités d'instruction agissaient comme suit<sup>19</sup>: au cours de la procédure pénale, les données que l'inculpé avait produites pour sa défense n'ont pas été examinées dans 20 % des cas en raison de fausses accusations por-

<sup>17</sup> *La Constitution de la République populaire hongroise*, Budapest 1949, p. 15.

<sup>18</sup> Loi II de 1954 sur l'organisation judiciaire de la République populaire hongroise; *Hatályos jogszabályok gyűjteménye* (Recueil de dispositions juridiques en vigueur), Vol. I, 1945 - 1958, Budapest, 1960, p. 25.

<sup>19</sup> Cf. Balog, János: *Az igazság a büntető eljárásban* (La vérité dans la procédure pénale), *Jogtudományi Közlöny* (Budapest), 1965, no. 6, p. 265.

tées lors de l'interrogatoire. De même, les contradictions entre les dires de l'inculpé et d'autres déclarations n'ont pas été tirées au clair.

L'enquête ci-dessus a fait ressortir la même situation en ce qui concerne la découverte de fausses dépositions. Dans cette catégorie de délits, la défense de l'inculpé n'a été ni examinée ni vérifiée dans un tiers des cas. Le rapport d'enquête de l'Institut affirme que: «s'il en est ainsi, c'est que d'une part on n'attache aucune importance aux moyens de défense de l'inculpé, et que d'autre part on ajoute tout simplement foi à ces moyens de défense sans les examiner».

De telles erreurs sont d'autant plus lourdes de conséquences que, dans cette catégorie de délits, l'instruction est assurée par des magistrats ayant reçu une formation universitaire et qui sont capables d'interpréter plus exactement les normes juridiques que les fonctionnaires d'enquête de la police dont la formation est beaucoup moins poussée. D'après les constatations de l'Institut de criminologie, on peut s'attendre à un pourcentage d'erreurs plus élevé de la part de la police. Cela signifie en pratique que la «défense matérielle» n'est pas respectée dans un plus grand nombre de cas. Ainsi que le rapport l'indique, cette pratique des organes d'instruction met en question non seulement l'objectivité de l'instruction – puisque seuls les facteurs de culpabilité sont présentés – mais elle recule aussi considérablement la clôture de la procédure.

La violation des prescriptions légales par les organes d'enquête entraîne fréquemment la nécessité de compléter ultérieurement l'instruction. L'Institut a constaté que dans 75 % des cas où l'instruction est ainsi complétée, le fait que la défense de l'inculpé n'ait pas tenu compte de certaines questions parfaitement pertinentes joue un certain rôle. De même, de nouvelles mesures nécessitées par un complément d'information ont une très grande influence sur l'ajournement des débats judiciaires. Au cours du deuxième semestre de 1962 et du premier semestre de 1963, 13,8 % des débats ont dû être ajournés pour complément d'instruction.

Pour le professeur Tibor Király, la notion dite de défense matérielle devrait être abandonnée<sup>20</sup>: «Elle date de l'époque où les fonctions de la procédure n'étaient pas encore délimitées. Aujourd'hui, cette notion ne sert plus qu'à rappeler aux autorités leur devoir d'impartialité, de vérité et de légalité. C'est une fonction essentiellement didactique et pédagogique. Si les autorités ne peuvent se souvenir de leurs devoirs ni en être instruits sans l'aide de cette notion, l'appellation de défense matérielle peut alors subsister».

<sup>20</sup> Cf. remarque 3, p. 35.

En vertu du CPP, la défense «formelle» de l'inculpé est assurée par l'inculpé, seul ou assisté d'un défenseur. Peuvent exercer les fonctions de défenseur: les collègues d'avocats, les avocats à titre individuel, de même que les personnes majeures remplissant les conditions énoncées à l'art. 114 du code pénal, pour autant que l'accusé ait à répondre de ses actes devant un tribunal de première instance et qu'il encoure une peine privative de liberté de cinq ans au plus; enfin peuvent également faire office de défenseurs les personnes qui y sont habilitées par la loi.

Le défenseur est tenu de mettre l'inculpé au courant des moyens légaux de défense et des droits que la loi lui reconnaît. Il doit exposer devant l'autorité chargée de l'instruction comme devant les tribunaux les circonstances qui sont à la décharge de l'inculpé et peuvent atténuer sa responsabilité; il est en outre tenu de faire usage sans délai de tous les moyens et méthodes de défense légaux dans l'intérêt de l'inculpé.

En matière pénale civile et militaire, et quand la raison d'Etat l'exige, un accusé ne peut être représenté – aux termes du décret-loi no. 34/1957<sup>21</sup> – que par un avocat figurant sur une liste établie à cet effet par le ministre de la Justice. Il existe une autre liste de défenseurs autorisés à se présenter devant les tribunaux militaires.

Le défenseur est en droit d'intervenir par écrit ou verbalement en faveur des inculpés à chaque phase de la procédure. Il ne peut consulter le dossier qu'après clôture de l'instruction, et n'est autorisé à le faire auparavant que si cet examen ne compromet pas la bonne marche de l'instruction (art. 41, al. 1 du CPP). L'application de ces mesures légales a été réglementée en détail par l'Ordonnance no. 7/1963 du procureur général, relative aux droits du défenseur pendant l'instruction et au cours de la détention préventive<sup>22</sup>. Aux termes de cette Ordonnance, la désignation d'un défenseur doit être sollicitée en cours d'instruction si, au sens de l'art. 38, al. 1, (a) à (f), du CPP, le défenseur doit également prendre part aux débats. La participation d'un défenseur aux débats est obligatoire dans les cas suivants:

- (a) lorsque la loi prévoit une peine privative de liberté de plus de cinq ans, ou que l'inculpé se trouve en détention préventive;
- (b) lorsque l'inculpé ne possède pas la langue hongroise;
- (c) lorsque l'internement de l'accusé dans un établissement médical peut être envisagé;
- (d) lorsque le tribunal, au sens de l'art. 198, al. 4, du CPP, tient ses débats en l'absence de l'inculpé;
- (e) lorsque le procureur représente l'accusation lors des débats.

<sup>21</sup> *A büntető eljárás* (La procédure pénale), Budapest, 1962, p. 210.

<sup>22</sup> *Ügyvédi Közlöny* (Budapest), 1964, no. 1, p. 9.

Le point 69, al. 4 de l'Ordonnance du procureur général<sup>23</sup> ne précise pas expressément que, au cours de la procédure préparatoire, un défenseur doit être désigné dans chacun de ces cas; mais il prescrit que dans de tels cas, la désignation d'un défenseur est laissée à l'appréciation de l'organe chargé de l'instruction. En pareil cas, le chef de cet organe doit examiner si les raisons qui, au sens de l'art. 38, al. 1, exigent la participation d'un défenseur aux débats, ont assez d'importance pour nécessiter la désignation d'un défenseur pendant l'instruction aussi.

La désignation d'un défenseur n'est indispensable que si les conditions stipulées à l'art. 38, al. 3 du CPP, (maladie mentale, etc.) sont remplies. Quand l'inculpé, après avoir été interrogé en tant que suspect ou après s'être déclaré coupable, fait savoir, en réponse à une indication en ce sens de l'autorité chargée de l'instruction, qu'il veut être assisté d'un défenseur ou qu'il demande la désignation d'un défenseur, l'autorité d'instruction doit, sur le désir de l'inculpé incarcéré, en aviser immédiatement le défenseur qu'il a choisi ou le collègue d'avocats. Dans ce cas, l'inculpé doit avoir la faculté d'exposer son cas à son défenseur ou de rédiger l'acte par lequel il confie sa défense. Quand l'inculpé réclame qu'un défenseur lui soit attribué, la police doit, dans les 24 heures, transmettre au procureur compétent le double du dossier de l'instruction.

En ce qui concerne la désignation d'un défenseur, le procureur doit adresser dans les trois jours une demande en ce sens au président du tribunal de première instance compétent et lui soumettre le dossier de l'instruction. Ference Kratochwill voit une lacune du droit dans les prescriptions qui règlent la faculté de désigner un défenseur pendant l'instruction<sup>24</sup>: «On peut déduire de la comparaison entre les deux dispositions (celle du CPP et celle de l'Ordonnance du procureur général) qu'il n'y a pas obligation de demander la désignation d'un défenseur chaque fois que l'inculpé l'exige, pas même quand la participation du défenseur aux débats est obligatoire». Selon lui, il faut, pour que la légalité soit satisfaite, que l'application des prescriptions garanties soulève aussi rarement que possible des objections: «Il serait plus opportun de choisir la solution selon laquelle, au cas où les conditions citées à l'art. 38, al. 1, (a) à (e), sont remplies, la désignation d'un défenseur sur requête de l'inculpé ou de sa famille est déjà obligatoire pendant l'instruction; d'autre part, l'autorité judiciaire ne devrait se saisir des objections que si l'inculpé ne réclame pas de défenseur».

A ce sujet, il faut également prendre en considération la déclaration suivante de M. Károly Csendes, Substitut du procureur

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Magyar Jog* (Budapest), 1964 no. 1, p. 9.

général<sup>25</sup>: «Nous ne pouvons affirmer que la conception – selon laquelle le défenseur, que nous sommes contraints d'accepter dans la procédure pénale, est un mal nécessaire – appartient déjà toute entière au passé. Cette conception dangereuse montre que ses partisans doutent de l'utilité et du succès de l'activité déployée par les défenseurs pendant la procédure».

### *Les rapports personnels avec l'inculpé placé en détention préventive*

Conformément au droit en vigueur, le détenu a le droit de communiquer librement avec son défenseur, aussi bien pendant la détention préventive que pendant les débats judiciaires. Ceci ne soulève aucune difficulté quand l'inculpé se trouve en liberté pendant l'instruction. Mais quand il est en détention préventive, s'il est en principe autorisé à communiquer avec son défenseur, il peut aussi subir certaines restrictions.<sup>26</sup>

En ce qui concerne les relations de l'inculpé en détention préventive avec l'extérieur, il faut tenir compte des dispositions de l'art. 125, al. 3 du CPP, aux termes desquelles la correspondance et les contacts des détenus avec d'autres personnes doivent être surveillés. Ces relations sont autorisées par le procureur compétent ou, si l'inculpé se trouve sous le régime de la garde à vue, par le chef de la police.

Conformément à l'Ordonnance du procureur général, le chef de la police ou le procureur compétent doit se demander, au moment où il statue sur l'autorisation, si des relations avec l'extérieur compromettraient ou non la bonne marche de la procédure. Selon l'Ordonnance, la bonne marche de la procédure peut être compromise quand les éléments constitutifs de l'affaire n'ont pas encore été élucidés et qu'il est nécessaire de rassembler encore d'autres preuves au sujet de l'inculpé. Dans ce cas, le détenu ne peut communiquer avec son défenseur que sous surveillance, en présence d'un fonctionnaire connaissant les éléments constitutifs de l'affaire.

Ce n'est qu'une fois décidée la clôture de l'instruction que le détenu peut librement entrer en contact avec son défenseur.

La nature réelle des rapports du défenseur avec son client a fait l'objet d'un exposé du secrétaire-général du Barreau de Budapest, M. László Kárpáti<sup>27</sup>: «A vrai dire, nous nous heurtons assez fréquemment à une réserve qui nous paraît excessive. On devrait

<sup>25</sup> Cf. Csendes, Károly: *A büntető jogalkalmazás jogpolitikai elvei* (Les principes politico-juridiques d'application du droit pénal) *Magyar Jog* (Budapest), no. 10, p. 433.

<sup>26</sup> Cf remarque 22.

<sup>27</sup> *I. Országos Ügyvédkongresszus* (Ier Congrès national des Avocats), Budapest, 1963, p. 68.

revoir la pratique qui consiste à refuser tout renseignement et à interdire en général tout rapport avec l'inculpé incarcéré au nom de l'intérêt de l'instruction. Il faut également mentionner que, même lorsque l'instruction est close et que l'acte d'accusation est rédigé, les relations avec le détenu sont soumises à des restrictions importantes et contraires aux buts de la défense. Sont placés en détention préventive les individus inculpés d'une infraction grave. Or c'est précisément dans ces affaires pénales graves, qui imposent des exigences accrues à la défense, que l'activité préliminaire de celle-ci devient pour ainsi dire théorique en raison du caractère illusoire de la communication avec l'inculpé. Les possibilités actuelles de communication entre le défenseur et son client – 10 à 15 minutes tous les huit jours – ne permettent pas au défenseur de connaître avant les débats, au moyen d'entretiens avec son client, l'indispensable relation des faits, ou la situation personnelle de l'inculpé, ou encore les raisons qui l'ont amené à commettre une infraction, le tout avec la précision sans laquelle le défenseur ne pourra agir efficacement au cours des débats ni se hausser à la hauteur des circonstances. L'interprétation de la norme juridique, qui fait des entretiens sans surveillance avec le détenu la règle et des entretiens surveillés l'exception, ne doit pas être inversée dans la pratique. Il ne faut pas que les entretiens surveillés deviennent la règle et que les entretiens non surveillés soient totalement interdits. Les autorités elles aussi devraient obéir à la loi; cela fait également partie de la légalité socialiste».

Selon la conception de M. András Seres<sup>28</sup>, Substitut du procureur général, la justice pénale est suffisamment prémunie et possède assez d'expérience pour que, si le détenu est réellement coupable, la visite de son défenseur ne rende possible aucune manoeuvre louche, et qu'il ne puisse par conséquent pas se soustraire à sa responsabilité. C'est pourquoi il ne faut pas tellement craindre de voir le succès de la procédure compromis par la communication du défenseur avec son client. Dès cette phase de la procédure, l'activité du défenseur accroîtrait considérablement, selon Seres, l'efficacité de la défense. Il remarque notamment à ce sujet: «Ainsi, il serait au moins possible d'éviter que le défenseur désigné n'ait jamais rencontré son client avant les débats judiciaires».

#### *La présence du défenseur lors des actes de la procédure*

La présence du défenseur lors des premiers actes de la procédure lui permet de connaître directement les éléments constitutifs

<sup>28</sup> Seres, András: *Az előzetes letartóztatások fogatosításának törvényessége* (La légalité de l'exécution des arrestations provisoires), *Jogtudományi Közlöny* (Budapest) 1964, no. 3, p. 159.

de la cause. C'est pourquoi la possibilité d'être présent lors de ces actes a pour lui autant d'importance que la possibilité même d'exercer sa mission. L'instruction est secrète et le défenseur n'a généralement pas le droit d'y assister. Les exceptions à cette règle sont citées à l'art. 158 du CPP: le défenseur a le droit d'assister à l'audition de l'expert, au transport sur les lieux, à la mise sous séquestre et à la perquisition domiciliaire.

Conformément à la disposition de l'art. 158, al. 1 du CPP, la présence des parties est soumise à deux conditions: elle ne doit pas compromettre la bonne marche de la procédure, et l'exécution de l'acte d'instruction ne doit pas présenter un caractère d'urgence particulière. Les prescriptions actuelles permettent en général de ne plus redouter une telle menace une fois que la décision relative à la clôture de l'instruction a été prise. L'Ordonnance no. 7/1963 du procureur général, article 72, al. 1, prescrit que l'autorité chargée de l'instruction doit autoriser d'office la participation du défenseur aux actes de l'instruction. Le défenseur doit être informé des résultats de l'instruction par écrit et en temps utile, et il doit être averti de ce que son absence ne peut en aucun cas justifier un ajournement de la procédure.

Selon la conception du Conseil national des Avocats<sup>29</sup>, le défenseur est tenu de participer non seulement aux actes de la procédure d'instruction énumérés à l'art. 158 du CPP, mais aussi à tous les actes dont l'autorité chargée de l'instruction l'a informé. Dans ce cas également, la présence du défenseur n'est autorisée que si elle ne compromet pas la bonne marche de la procédure.

La présence du défenseur n'est pas indispensable à l'efficacité de la procédure d'instruction. Conformément à l'art. 38, al. 5 du CPP, la défense doit obligatoirement être assurée pendant la procédure préliminaire dans certains cas (maladie mentale etc.), mais la loi ne dit pas si l'absence du défenseur aurait des conséquences pour l'un ou l'autre des actes de la procédure.

Le CPP hongrois n'autorise pas la présence du défenseur à l'audition de l'inculpé et des témoins (art. 116, al. 2, et art. 133, al. 1), et cela pour la raison qu'elle compromettrait le secret et la rapide exécution de la procédure. Le défenseur est présent lorsque le résultat de l'instruction est porté à la connaissance de l'inculpé, il a la possibilité de prendre position à ce sujet, et en particulier d'introduire des demandes de complément d'information (art. 163, al. 2 du CPP).

Marton Pöstyéni, bâtonnier du Barreau de Budapest, a présenté lors du premier congrès national des avocats un rapport sur la pratique suivie par les autorités chargées de l'instruction<sup>30</sup>: «On

<sup>29</sup> *Ügyvédi Közlöny* (Budapest) 1964, no. 7, p. 59.

<sup>30</sup> Cf. remarque 27.

tend parfois à limiter à la dernière disposition de la loi les droits du défenseur, reconnus en vertu de l'art. 41, al. 1 du CPP<sup>30a</sup>. Cette pratique, qui, lors de l'instruction, ne permet au défenseur de présenter des demandes et des objections qu'au moment où les éléments constitutifs de l'affaire sont communiqués à l'inculpé, n'est pas conforme, nous en sommes convaincus, à l'art. 41 du CPP, et ne sert pas la défense de la légalité socialiste. Une seule lecture rapide des documents peut-être volumineux de l'instruction ne peut guère donner au défenseur la possibilité de faire sans tarder des remarques objectives».

A sa séance plénière de juillet 1964, le Conseil national des Avocats a traité du rôle de la défense<sup>31</sup>. A cette occasion, M. Mihály Sebestyén, bâtonnier du Barreau du comitat de Szolnok, a critiqué le fait qu'aucune copie des procès-verbaux ni aucune prise de notes n'est autorisée lors de l'instruction: «On devrait donner au défenseur qui a le droit d'assister à ces actes la possibilité d'obtenir copie ou de prendre des notes».

De même, Jenö László a publié en mai 1964 dans *Ugyvédi Közlöny*,<sup>32</sup> le Journal officiel du Barreau hongrois, une étude dans laquelle il s'élevait contre les insuffisances qui se manifestent lorsque le résultat de l'instruction est communiqué à l'inculpé: «Si on examine le rôle de la défense au cours de l'instruction dans la procédure pénale, des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent pour dire que les défenseurs sont soumis à des restrictions dans leur étude des éléments de l'instruction lorsqu'ils viennent en communiquer le résultat à l'inculpé, et par là-même ne sont pas absolument libres lorsqu'il s'agit pour eux de prendre position et de demander un complément d'information. De nombreux défenseurs affirment également que lorsque le résultat de l'instruction est divulgué, ils n'ont pas la possibilité d'étudier le dossier en détail».

Selon l'Ordonnance du procureur général, l'autorité chargée de l'instruction doit examiner immédiatement les demandes et les remarques présentées par le défenseur lorsque le résultat de l'instruction est divulgué, et décider de leur exécution. Cette Ordonnance explique pourquoi une décision immédiate est nécessaire, en invoquant l'avantage que présente une action pénale rapidement

<sup>30a</sup> «Le défenseur a le droit, dans l'intérêt de l'inculpé, de soumettre à chaque phase de la procédure, oralement ou par écrit, des requêtes ou des propositions et d'examiner le dossier de la procédure après clôture de l'instruction et aussi pendant que se déroule la procédure, pour autant qu'il n'en compromette pas la bonne marche; il peut en outre être présent lorsque le résultat de l'instruction est porté à la connaissance de l'inculpé, et a la possibilité de prendre position ou d'introduire une demande de complément d'information».

<sup>31</sup> Cf. remarque 29.

<sup>32</sup> *Ugyvédi Közlöny* (Budapest) no. 5, 1964.

menée et en faisant valoir différentes raisons qui tiennent à l'opportunité.

Le procureur András Egressy a formulé des critiques à l'égard de la méthode employée par les organes de la police pour communiquer le résultat de l'instruction à l'inculpé<sup>33</sup>. D'après lui, certaines expériences ont montré qu'en divers endroits, cet acte final très important de l'instruction ne revêt aucune signification et qu'il est accompli d'une façon purement formelle. Par conséquent, les prescriptions de la procédure pénale sont violées et il en résulte un grave préjudice. Egressy cite aussi des exemples à ce sujet: «A la «Prokuratura» de Balassagyarnat par exemple, plusieurs inculpés ont déclaré lors de l'interrogatoire du procureur qu'on ne leur avait pas laissé le temps de lire les dépositions faites par des témoins au commissariat de police de la ville et du district. Dans un cas où le résultat de l'instruction fut porté à la connaissance de l'inculpé, l'agent de police I. J. autorisa une rapide lecture des dépositions de témoins mais déclara qu'il n'avait pas le courage de les étudier, et que d'ailleurs cela ne regardait en rien l'inculpé. La divulgation formelle du résultat de l'instruction peut parfois avoir pour conséquence d'étonnantes contradictions. Il arrive souvent que l'inculpé qui a tout nié jusqu'au bout finisse par faire au procès-verbal une déclaration dans laquelle il se dit d'accord avec les éléments de l'instruction et précise qu'il n'a pas de remarques à faire à ce sujet. Mettre dans la bouche d'un inculpé analphabète une déclaration aux termes de laquelle il a parcouru les documents de l'instruction et n'a pas de remarques à faire à ce sujet peut paraître plein d'humour, mais au fond c'est plutôt effrayant».

*Le défenseur peut-il s'informer des décisions prises en cours de procédure?*

Les relations avec l'inculpé, les contacts personnels, la participation aux actes de procédure et l'examen du dossier permettent au défenseur de prendre connaissance des éléments de l'affaire pénale. Le défenseur peut en outre se faire une opinion en s'informant des décisions prises en cours de procédure.

En vertu de l'art. 41, al. 2, les autorités sont tenues de remettre aussi au défenseur les décisions contre lesquelles il est possible de recourir. Chaque fois que les autorités chargées de l'instruction empêchent sans raison valable le défenseur d'accomplir les devoirs que lui impose la loi, ou chaque fois que, en dépit de la prescription formelle contenue à l'article 41, al. 2, elles ne lui communiquent pas les décisions contre lesquelles il est possible de recourir, le défenseur peut se pourvoir en appel.

<sup>33</sup> *Magyar Rendör* (Budapest) du 20 septembre 1958.

Le droit en vigueur prévoit (art. 168, al. 5 du CPP) qu'un exemplaire de l'acte d'accusation doit être remis aussi bien au tribunal qu'à chacun des accusés. En revanche, cet acte n'est pas transmis au défenseur, qui doit l'étudier soit auprès de l'inculpé soit au siège du tribunal.

A cet égard, on considère généralement qu'une lacune subsiste dans la loi, car celle-ci ne précise pas si les décisions doivent être communiquées au défenseur pendant la procédure d'instruction. L'art. 7, al. 2 autorise le défenseur à intervenir en faveur de ses clients à n'importe quelle phase de la procédure. Le professeur Király pense que cette disposition offrirait une solution<sup>34</sup> qui délimiterait le genre des décisions à communiquer au défenseur au cours de la procédure d'instruction. Pendant la détention préventive, les décisions les plus importantes sont celles qui ont une influence directe sur la situation du détenu.

### *Examen des documents*

Pendant l'instruction, en raison du caractère secret de la procédure, il n'est pratiquement pas possible de consulter le dossier, sauf une fois la clôture de l'instruction décidée et lorsque le résultat de l'instruction est porté à la connaissance de l'inculpé (art. 165, al. 2). En vertu de la loi (art. 41, al. 1 du CPP), le défenseur pourrait en fait consulter le dossier même pendant l'instruction «dans la mesure où cela ne compromet pas la bonne marche de la procédure». Mais selon le professeur Király, cette possibilité ne peut généralement avoir aucun effet pratique avant la clôture de l'instruction<sup>35</sup>.

Une fois décidée la clôture de l'instruction, le magistrat instructeur en communique le résultat à l'inculpé. A cet égard, la loi dispose expressément (art. 163, al. 2 du CPP) que le défenseur doit à cette occasion avoir la possibilité d'examiner le dossier.

L'Ordonnance du procureur général (article 71, no. 7/1963) accorde au défenseur le droit d'examiner le dossier après audition de l'inculpé et de ses complices éventuels, et après leur confrontation entre eux et avec les témoins. L'autorisation d'examiner le dossier est délivrée par le chef de l'organe d'instruction – procureur compétent ou chef de la police. En délivrant l'autorisation d'examiner le dossier conformément à l'Ordonnance du procureur général, le chef de l'organe d'instruction doit prendre en considération les dispositions de l'art. 125, al. 3 du CPP, en vertu desquelles il n'est possible de le faire que si la bonne marche de la procédure n'en n'est pas compromise.

<sup>34</sup> Király, *loc. cit.* (remarque 3) p. 193.

<sup>35</sup> Király, *ibid.* (remarque 3) p. 202.

Mihály Móra, professeur de procédure pénale à l'université de Budapest, soutient dans son ouvrage que, selon la loi, l'examen du dossier au cours de l'instruction représente la règle et le refus de communiquer l'exception. Il ne manque pas de faire observer que «le passage de l'exception à la règle dépend souvent de l'opinion des collaborateurs des organes d'instruction, de leur fidélité à la loi, de leur expérience pratique ainsi que de leur connaissance des techniques de l'instruction».<sup>36</sup>

Le Conseil national des Avocats définit dans ses instructions<sup>37</sup> de juillet 1964 les devoirs du défenseur en ce qui concerne l'examen du dossier. D'après ces instructions et afin que, dans le cadre de l'art. 41, al. 1 du CPP, la défense puisse être assurée sans interruption, le défenseur doit autant que faire se peut examiner les pièces de la procédure en vue de connaître les faits, avant même que le résultat de l'instruction ne soit communiqué. S'il n'y a pas d'autre possibilité, le défenseur sera présent lorsque le résultat de l'instruction sera communiqué à l'inculpé, et dans la mesure où la loi lui en donne le droit, fera usage de sa faculté de prendre position et d'introduire une requête.

#### *Le dépôt des recours*

L'article 41, al. 1 du CPP est libellé comme suit: «Le défenseur a le droit de soumettre à chaque étape de la procédure des requêtes ou des propositions en faveur de ses clients, soit par écrit soit oralement». Pendant l'instruction, les requêtes prennent surtout une forme écrite, puisque le défenseur ne peut assister à la plupart des actes.

En vertu de l'article 158, al. 2, le défenseur a le droit d'assister à l'audition de l'expert, au transport de justice, à la mise sous séquestre et à la perquisition domiciliaire si sa présence ne compromet pas la bonne marche de la procédure. Dans ce cas, il a également le droit de faire des remarques ou de présenter des requêtes en ce qui concerne l'exécution de la procédure. Il jouit aussi de ce droit au moment où les éléments de l'instruction sont portés à la connaissance de l'inculpé. (Art. 163, al. 2).

Au sens de l'Instruction du Conseil national des Avocats<sup>38</sup>, le défenseur aura droit de recours chaque fois que les autorités compétentes chargées de l'instruction l'empêcheront sans justification de remplir ses obligations légales; il en va de même lorsque, malgré la disposition de l'art. 41, al. 2 du CPP, il n'obtient pas communication des décisions contre lesquelles il est possible de recourir. Le défen-

<sup>36</sup> Móra Mihály: *A magyar büntetőeljárásjog* (Le droit hongrois de la procédure pénale), Budapest, 1961, p. 182.

<sup>37</sup> Cf. remarque 29.

<sup>38</sup> *Ibid.*

seur recoura sur le fond contre les décisions et autres dispositions en invoquant l'Ordonnance du procureur général, articles 10 à 12.

Le recours contre les mesures édictées ou négligées par les autorités chargées de l'instruction doit être introduit auprès du procureur compétent, et le recours contre les mesures prises par le procureur auprès du substitut du procureur général compétent. L'appel peut être interjeté devant un tribunal de première instance; en cas de non-lieu, celui-ci le renvoie dans les 24 heures devant l'instance de recours. L'instance de recours doit rendre sa décision dans les trois jours qui suivent le dépôt du recours, après avoir examiné si le délai de recours de huit jours a été observé (art. 166 du CPP).

D'après une information du procureur général<sup>39</sup> sur l'application correcte de certaines dispositions de l'Ordonnance no. 7/1963, les autorités chargées de l'instruction dont les mesures ou les décisions ont fait l'objet d'un recours doivent dans tous les cas examiner le fondement de ce recours. Si celui-ci est déclaré recevable, la mesure ou la décision non justifiée doit être abrogée et une nouvelle décision doit être prise.

Sur la pratique des organes d'instruction à ce sujet, il est rapporté ce qui suit<sup>40</sup>: «Le défenseur qui ne peut consulter les dossiers qu'au moment où le résultat de l'instruction est porté à la connaissance de l'inculpé ne peut présenter ni requêtes ni propositions au cours de la procédure. Si son intervention est limitée à ce seul moment, il ne peut pas toujours remplir ses devoirs car il arrive que l'inculpé ne désire faire choix d'un défenseur qu'après avoir pris connaissance du résultat de l'instruction, ou même seulement lorsque l'autorité chargée de l'instruction a déjà remis le dossier au procureur compétent».

### *L'exécution de la détention préventive*

Le détenu est gardé soit dans un local de la police, soit dans une prison, l'un et l'autre étant administré par des organes du ministère de l'intérieur.

Le statut en vigueur sur la détention préventive a été publié le premier octobre 1959 sous forme d'une ordonnance du vice-ministre de l'Intérieur. Il contient entre autres des dispositions relatives à l'exécution de la détention préventive dans les locaux de la police. Le champ d'application du statut de la détention préventive s'étend à toutes les personnes arrêtées et détenues dans les différents locaux de la police et auprès d'autres autorités judiciaires. La police d'Etat a ses locaux au quartier général de la Police, aux quartiers généraux

<sup>39</sup> Cf. remarque 22.

<sup>40</sup> Cf. remarque 27.

de la police de «comitat», et dans les commissariats de police des villes et des circonscriptions <sup>41</sup>.

Le statut relatif à l'exécution de la peine contient les directives concernant l'internement de l'inculpé dans les prisons.

En raison des différences présentées par les deux ordonnances, il existe certaines distinctions dans l'exécution de la détention préventive, selon que cette dernière est effectuée dans une prison ou dans un local de la police. D'une manière générale, la situation de l'inculpé est plus favorable lorsqu'il est interné dans une prison.

Dans les locaux de la police se trouvent généralement des inculpés qui n'ont pas encore été condamnés en première instance. En revanche, le statut relatif à l'exécution de la peine distingue deux catégories d'inculpés: ceux qui n'ont pas encore été condamnés en première instance, d'une part, et d'autre part ceux dont la condamnation n'est pas définitive. Ces derniers sont pratiquement soumis aux mêmes règles que les inculpés dont la condamnation est définitive.

En principe, les inculpés en détention préventive doivent être placés dans d'autres locaux que les récidivistes. D'après certains rapports reçus de Hongrie, cette distinction n'est pas toujours observée, mais elle l'est davantage à l'étape suivante de l'exécution de la peine. L'inculpé en détention préventive doit être séparé de ses co-détenus dans la mesure du possible (art. 125, al. 2). D'après le commentaire du CPP, cette règle est fondée sur le fait que le mode d'internement et de surveillance n'est conditionné que par la mesure dans laquelle l'exécution de la procédure pénale est garantie <sup>42</sup>.

Officiellement il est interdit d'utiliser la détention préventive «dans l'intérêt» de l'instruction. Mais même le substitut du procureur général András Seres <sup>43</sup> n'exclut pas «qu'il existe des magistrats instructeurs qui, dans des affaires difficiles à démêler, essaient, par des méthodes d'instruction périmées et mauvaises telles que l'extorsion des aveux à l'inculpé par la ruse, de prouver ce qu'ils ne pourraient prouver par un autre moyen. Sa situation de détenu peut pousser l'inculpé à faire les aveux qu'attend le magistrat instructeur. Il peut se trouver dans un tel état de nervosité qu'il préférera faire les aveux qu'on attend de lui, dans le seul espoir de changer quelque chose à sa situation.

Le substitut du procureur général Seres réclame la modification du droit et de la pratique actuels de l'exécution de la détention préventive. Il pense que la mise au secret de l'inculpé peut certes représenter un régime favorable pendant les deux ou trois premiers jours, mais qu'ensuite la situation peut changer radicalement. La solitude est toujours plus difficile à supporter, et il arrive un moment où la

<sup>41</sup> Cf. remarque 28.

<sup>42</sup> Cf. remarque 21.

<sup>43</sup> Cf. remarque 28.

détention préventive devient plus pénible que la peine d'emprisonnement. Le régime cellulaire ne peut être appliqué aux condamnés que comme mesure disciplinaire; en règle générale, la durée en est brève, nettement plus brève que celle que la détention préventive peut atteindre, et elle ne peut pas être prolongée. Seres propose de n'appliquer qu'exceptionnellement le régime cellulaire aux inculpés en détention préventive.

L'application prolongée au détenu du régime cellulaire, peut, selon Seres, prendre le caractère d'une sanction, soit que le magistrat instructeur veuille par là pousser l'inculpé à «être sincère», soit que l'inculpé se croit puni et qu'il ressente sa mise au secret comme une «peine». (C'est Seres qui le souligne). Seres suppose même que des phénomènes psychiques indésirables et des troubles du système nerveux peuvent se manifester chez les détenus ayant été soumis à une mise au secret prolongée.

Selon des renseignements parvenus de Hongrie, l'entretien des détenus, l'hygiène, le contrôle médical, le chauffage des pénitenciers et les sorties périodiques des inculpés sont en général assurés. En revanche, la difficulté surgit à propos des soi-disant «privilèges» dont jouissent les inculpés pendant l'instruction. Un «privilège» peut être accordé ou retiré, ceci dépend de l'avis des autorités chargées de l'instruction. Disons pour terminer que ces «privilèges» correspondent d'une manière générale à ce que l'inculpé a le droit de faire et de posséder dans sa cellule.

Entre le statut de la détention dans les locaux de la police et celui de l'exécution de la peine dans les prisons, il existe certaines différences, et ici aussi, le statut de la détention dans les locaux de la police est plus sévère.

*«Privilèges» au sens du statut de la détention dans les locaux de la police*

1. Lecture de livres ou de journaux, utilisation de la bibliothèque;
2. Autorisation de fumer;
3. Permission de recevoir des articles de toilette;
4. Permission de recevoir des colis de vivres (Seulement dans des cas exceptionnels);
5. Correspondance;
6. Rapport avec l'extérieur – visites, réception du défenseur et autres;

*«Privilèges» au sens du statut de la détention dans les prisons*

1. Permission de recevoir des articles de toilette;
2. Permission de recevoir des colis de vivres (ne peut être retiré qu'en cas de peine disciplinaire);
3. Correspondance;
4. Rapport avec l'extérieur et autres.

Lire des livres et des journaux, ainsi que fumer sont dans les prisons des droits dont les détenus ne peuvent être privés.

Le professeur Tibor Király<sup>44</sup> et le substitut du procureur général András Seres voient dans cette situation une contradiction. La détention préventive, d'après le CPP et de l'avis de plusieurs auteurs ne devrait pas être conçue comme une «peine anticipée», ni être appliquée comme une peine. Le *praesumptio boni viri* reste valable tant que l'inculpé n'est pas définitivement condamné par un tribunal. L'inculpé devrait donc être considéré comme innocent. Il peut y avoir deux catégories de prisonniers en détention préventive: (a) des personnes ayant commis une infraction pénale et dont l'incarcération est par là justifiée; (b) des personnes innocentes ou qui, étant présumées telles, doivent être traitées comme telles et dont la détention n'est donc pas justifiée.

En Hongrie cependant, dans la pratique, la situation des inculpés pendant l'instruction est plus pénible que celle des condamnés, ce qui est en contradiction avec les principes fondamentaux de la procédure pénale hongroise.

C'est ainsi que l'inculpé placé dans un local de la police n'a pas le droit de lire de journaux ou de livres. Au contraire, le statut relatif à l'exécution de la peine donne au détenu placé dans un pénitencier le droit d'emprunter des livres à la bibliothèque, même s'il est mis au secret. Il est vrai que des restrictions sont possibles dans ce cas: «le procureur a le droit d'interdire la lecture au détenu».

En outre l'inculpé en détention préventive n'a pas le droit de lire de journaux alors que ce droit est reconnu au condamné.

Le droit de recevoir des colis de vivres constitue un autre privilège. Le condamné peut généralement en faire usage, sauf s'il s'est rendu coupable d'une faute contre la discipline, ce qui peut lui enlever le bénéfice de cette faveur pour un certain temps. En revanche, l'inculpé en détention préventive ne peut recevoir un colis de vivres que dans le cas où le médecin le juge nécessaire. Comme ce privilège ne peut être accordé qu'une fois par mois, il n'a pratiquement de sens que dans le cas d'une détention préventive d'une durée relativement longue. Mais plus la détention préventive est longue – même sans que l'inculpé soit coupable – plus la privation du colis de vivres est ressentie comme privation ou même comme une peine.

Tandis que le condamné a généralement droit au colis de vivres, l'inculpé en détention préventive ne peut le réclamer que s'il bénéficie d'une autorisation spéciale. Le préjudice qu'il subit est manifeste dans ce cas aussi.

---

<sup>44</sup> Cf. remarque 3.

Les juristes hongrois considèrent comme un fait singulier que la réception d'articles de toilette constitue un privilège. Ce genre de produits, qui contient uniquement des produits destinés aux soins corporels, comme la poudre dentifrice, figure dans les statuts actuels à titre de «privilège». Le substitut du procureur général Seres considère, pour des raisons d'hygiène, que tout condamné ou inculpé en détention préventive doit avoir le droit absolu d'en recevoir, et il réclame une modification des statuts sur ce point.

La possibilité pour l'inculpé d'avoir des rapports avec l'extérieur compte aussi parmi les «privilèges». Bien que ses relations avec son défenseur soient l'expression d'un droit inaliénable en vertu du CPP, la loi laisse entièrement dans la pratique aux autorités chargées de l'instruction le soin de régler cette question de première importance. Ces autorités décident si l'inculpé peut ou non communiquer avec son défenseur, et si ces communications sont surveillées ou non. Là, tout dépend de l'existence ou de la non-existence, l'une et l'autre difficiles à préciser, d'un danger menaçant la bonne marche de l'instruction.

En Hongrie, dans la pratique actuelle, après que l'acte d'accusation a été dressé, le procureur communique au pénitencier la permission d'accorder désormais à l'inculpé les privilèges généraux<sup>45</sup>. Ainsi seulement l'inculpé jouit des mêmes privilèges que le condamné. Comme le remarque Seres, il arrive rarement que l'inculpé puisse réclamer ces privilèges pendant l'instruction.

Des juristes hongrois proposent à ce sujet que, dans les locaux de police et dans les prisons, le statut des inculpés soit au moins aussi favorable que celui des condamnés, sinon meilleur<sup>46</sup>.

En outre, les différentes coutumes des organes chargés de l'instruction exercent une influence défavorable sur la situation des détenus. Il semblerait exister des autorités judiciaires qui manifestent une indifférence extraordinaire en matière de détention lorsque l'inculpé se trouve préventivement détenu. Pour certains, le fait de commencer par infliger une brève peine d'emprisonnement, d'une durée égale à la durée prévue de la détention préventive, ne constitue pas une infraction à la loi lorsqu'il s'agit d'affaires pénales dans lesquelles un danger de fuite est à craindre en raison de la gravité probable de la peine.

Contrairement à des réglementations antérieures, le CPP en vigueur n'autorise pas la mise en liberté sous caution. Actuellement, des juristes hongrois demandent que cette institution soit rétablie. Ils

<sup>45</sup> Beér, János - Kovács István - Szamel, Lajos: *Magyar Allamjog* (Droit public hongrois), Budapest, 1960, p. 430.

<sup>46</sup> Cf. remarque 28.

se fondent entre autres sur le nouveau CPP de l'Union Soviétique<sup>47</sup>, qui prévoit la possibilité de la mise en liberté sous caution. D'après leurs propositions, ce sont les brigades de travail socialistes et les organisations sociales qui devraient prendre la caution à leur charge.

### *Conclusions*

Si le statut juridique de l'inculpé pendant l'instruction et la détention préventive s'est amélioré depuis la publication du code de procédure pénale de 1962, il n'en reste pas moins que les phases préparatoires de la procédure conservent un caractère inquisitorial.

La constitution et les lois pénales contiennent toutes sans exception des dispositions sur le droit à la défense, mais le CPP et les directives internes du procureur général laissent les organes chargés de l'instruction libres de décider si l'inculpé peut ou non se faire assister d'un défenseur pendant la procédure préparatoire.

En règle générale, la défense ne peut exercer sa fonction importante qu'après la clôture de l'instruction; en conséquence, l'inculpé reste pratiquement privé du secours d'un défenseur pendant cette phase de la procédure pénale. Même après le dépôt de l'acte d'accusation, le défenseur ne peut avoir communication avec son client que si la «Prokuratura» l'y autorise.

Le détenu est en général coupé de l'extérieur. Souvent, il est mis au régime cellulaire, privé de tout contact personnel, il n'obtient aucune aide juridique avant la clôture de l'instruction et a rarement la possibilité de lire, en particulier des journaux. Certains auteurs hongrois qualifient sa situation d'insupportable.

<sup>47</sup> *Az OSZSZSZK büntető törvénykönyve, büntető eljárási törvénykönyve és bírósági szervezeti törvénye* (le C.P., C.P.P., et la loi relative à l'organisation judiciaire de la RSFSR); (trad. Hongroise) Budapest, 1961; art. 202 du C.P.P.

# UN NOUVEL EXAMEN DU STATUT JURIDIQUE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME DANS LES PAYS PARTIES

par

THOMAS BUERGENTHAL \*

## I. INTRODUCTION

Il est difficile de ne pas s'étonner de l'extrême lenteur avec laquelle le droit international a progressé au cours des dernières années en matière de droits de l'homme. Quoiqu'il en soit, ce n'est pas se rapprocher d'un système assurant, sur le plan international, la protection effective des droits de l'homme que de saluer comme une démarche révolutionnaire le moindre événement survenu dans ce domaine, si insignifiant soit-il par comparaison avec les tâches qui restent à accomplir, et de faire sans réserves l'éloge de mesures purement formelles et dénuées de portée véritable. Aussi n'est-il guère encourageant de ne trouver, dans les nombreuses publications ayant trait à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que si peu d'allusions à l'inefficacité manifestée en de nombreux points par le système que cette Convention a créé.<sup>1</sup> On ne saurait assurément

---

\* B.A. (West Virginia); L.L. B. (New York); L.L. M. Maître de Conférences de droit à l'Université de l'Etat de New York (Buffalo, New York), Avocat au Barreau de New York.

Le présent article est une version révisée de celle qui a paru sous la plume du même auteur, dans le *Buffalo Law Review*.

Né en Allemagne en 1934, le Professeur Buergenthal a passé la guerre dans plusieurs camps de concentration nazis, notamment à Auschwitz, Sachsenhausen, et est probablement l'un des plus jeunes survivants de ces camps. Il a émigré aux Etats-Unis en 1951 et a acquis la nationalité américaine.

<sup>1</sup> La Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme (désignée ci-après sous le nom de Convention) a été signée à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953 conformément aux dispositions de l'Article 66 (2), lorsque dix instruments de ratification eurent été déposés auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Le premier Protocole à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, qui garantit trois droits

nier ni les succès appréciables que cet instrument a remportés dans son application, ni la très belle réussite que constitue son existence même, mais outre le fait que même la mise en vigueur la plus complète de ses dispositions ne ferait encore que garantir le strict minimum en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales, il reste à examiner la manière dont les Etats parties s'acquittent des obligations auxquelles ils ont souscrit, et c'est un point sur lequel on a fort peu poussé la recherche. Il faut cependant se résigner à le faire, non pour réduire la portée des succès du passé, mais pour empêcher que la société ne se contente de mesures d'exécution insuffisantes, sinon symboliques. En ce qui concerne plus particulièrement la Convention européenne, on se souviendra que, puisqu'elle n'est pas appliquée dans tous les pays d'Europe, il convient, si on veut rester équitable, d'en juger en tenant compte de ce qu'on pourrait aujourd'hui attendre des Etats de l'Europe occidentale alors qu'une génération, ou presque, les sépare de la deuxième guerre mondiale.

Un des aspects de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui jusqu'ici a fait l'objet de peu d'études systématiques est la mesure dans laquelle les Etats parties l'appliquent. Pour être parfaite, l'étude de cette question devrait porter sur tous les domaines du droit positif et de la procédure, et il conviendrait d'examiner quel a été sur chacun d'eux l'impact de la Convention. Il ne saurait être question de venir à bout d'une telle tâche, vaste et indispensable à la fois, à moins de la confier à une étude de chercheurs de plusieurs nationalités. La véritable portée de la Convention n'est pas encore connue, et elle ne pourra l'être qu'à ce prix. Le travail plus modeste dont nous présentons ici les résultats a pour objet d'examiner si, dans chacun des pays considérés, la Convention se trouve intégrée à l'ordre juridique interne. Notre analyse devra au moins faire ressortir la proportion dans laquelle les Hautes Parties Contractantes font honneur aux obligations auxquelles elle ont souscrit en ratifiant la Convention.<sup>2</sup>

## II

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a pour objet, comme le dit son préam-

---

additionnels (à savoir le respect des biens, le droit à l'éducation et les élections libres) a été signé à Paris le 20 mars 1952. Il est entré en vigueur le 18 mai 1954. Les textes anglais et français de la Convention et du Protocole, qui font également foi, ont été reproduits dans le volume intitulé «Commission européenne des Droits de l'homme, Documents et décisions» (désigné ci-après sous le nom de l'Annuaire) 4 (1955-57). Voir, *passim*, Stein & Hay, *Cases and Materials on the Law and Institutions of the Atlantic Area*, 367-94 (1963).

<sup>2</sup> Les Etats suivants ont ratifié la Convention: Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Grèce, Islande, Irlande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, République fédérale d'Allemagne, Suède, Turquie, Royaume-Uni.

bule, d'amener les Etats européens à assurer la garantie collective de certains des droits proclamés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. En son Titre I, qui comprend 17 articles, elle énumère et définit les droits et les libertés fondamentales qu'elle vise à garantir.<sup>3</sup> Pour assurer l'exécution de ces obligations par les Hautes Parties Contractantes, la Convention a prévu la création d'une Commission européenne des droits de l'homme et d'une Cour européenne des droits de l'homme.<sup>4</sup>

La compétence de la Commission s'étend aux pétitions émanant des Etats et aussi, dans certaines circonstances, des particuliers. En d'autres termes, un Etat Partie à la Convention peut saisir la Commission de tout manquement aux dispositions de ladite Convention qu'il croit pouvoir être imputé à une autre Haute Partie Contractante.<sup>5</sup> Quant aux particuliers qui s'estiment lésés, ils ne jouissent de ce droit que si l'Etat mis en cause a non seulement ratifié la Convention, mais a aussi expressément déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière.<sup>6</sup> Les attributions de la Commission consistent à enquêter sur les accusations et, si possible, à parvenir à un règlement amiable de l'affaire « qui s'inspire du respect des droits de l'homme, tels que les reconnaît la présente Convention ». <sup>7</sup> Faute d'y réussir, elle doit soumettre au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe <sup>8</sup> un rapport où elle expose les faits, exprime son opinion quant au fond, ainsi que toutes les recommandations qu'elle juge appropriées.<sup>9</sup> Si, dans un délai de trois mois à compter de la transmission du rapport de la Commission, au Comité des Ministres, l'affaire n'est pas déférée à la Cour selon la procédure exposée ci-après, le Comité des Ministres doit prendre une décision sur la question de savoir s'il y a eu ou non violation de la Convention, et quelles mesures il convient de prendre en conséquence.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Pour l'analyse de ces dispositions, voir Weil, *The European Convention on Human Rights*, 43-80 (1963).

<sup>4</sup> Convention, Art. 19. Pour l'analyse de ces deux institutions et de leurs attributions respectives, voir Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'homme* (1964); Robertson, *Human Rights in Europe* (1963); Golsong, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention* (1958).

<sup>5</sup> Convention, art. 24.

<sup>6</sup> Convention, Art. 25 (1).

<sup>7</sup> Convention, Art. 28.

<sup>8</sup> Le Comité des ministres est composé d'un représentant gouvernemental de chaque Etat Membre du Conseil de l'Europe. Voir *passim*, Robertson, le Conseil de l'Europe, 24-40 (2ème édition 1961).

<sup>9</sup> Convention, Art. 31.

<sup>10</sup> En ce qui concerne les pouvoirs et les attributions du Comité des Ministres, voir Convention, Art. 32; Robertson, *Human Rights in Europe* 75-84 (1963); Cassese, *L'esercizio di funzioni quirisdizionali da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, 45, *Rivista di Diritto Internazionale*, 398 (1962).

La Cour européenne des droits de l'homme, dont la compétence s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention<sup>11</sup>, ne peut se saisir d'une affaire que si elle lui a été déférée dans le délai de trois mois mentionné ci-dessus, ou si la Commission n'est pas parvenue à un règlement amiable, ou encore si l'Etat mis en cause a reconnu la compétence obligatoire de la Cour.<sup>12</sup> La ratification de la Convention par un Etat ne vaut pas reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour, et une déclaration distincte doit être faite à cet effet.<sup>13</sup> Toutefois, un particulier n'a pas qualité pour se présenter devant la Cour. Seules la Commission et les Hautes Parties Contractantes ont qualité pour le faire.<sup>14</sup> L'arrêt de la Cour est définitif,<sup>15</sup> et les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer à ses décisions dans les litiges auxquels elles sont parties.<sup>16</sup> La Cour n'a pas le pouvoir de casser des décisions prises par une autorité judiciaire d'une Partie Contractante, ou d'abroger un texte législatif ou réglementaire qui se trouve en opposition avec la Convention; elle peut cependant accorder «à la partie lésée une satisfaction équitable».<sup>17</sup>

### III

Il va sans dire que les rouages internationaux créés par la Convention pour assurer l'exercice des droits qui y sont proclamés sont loin de fonctionner à la perfection. Il suffit, pour en montrer les défauts, de constater que la victime d'un acte illégal imputable à un Etat n'a pas qualité pour engager une instance devant la Cour. Elle ne peut pas davantage s'assurer du déroulement de la procédure devant la Commission, même si l'Etat défendeur a reconnu la compétence de celle-ci en matière de pétition émanant de particuliers. En outre, plusieurs des Etats qui ont ratifié la Convention n'ont jusqu'ici reconnu ni la compétence obligatoire de la Cour ni

<sup>11</sup> Convention, Art. 45.

<sup>12</sup> Convention, Art. 45, 46, 47.

<sup>13</sup> Convention, Art. 46.

<sup>14</sup> En son Article 48, la Convention dispose que la Cour peut être saisie d'une affaire, soit par la Commission, soit par une Haute Partie Contractante dont la victime est le ressortissant, soit par une Haute Partie Contractante qui a saisi la Commission, soit par une Haute Partie Contractante mise en cause.

<sup>15</sup> Convention, Art. 52.

<sup>16</sup> Convention, Art. 53.

<sup>17</sup> Convention, Art. 50. Pour l'analyse de cette disposition, voir Vis, *La réparation des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 10, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg* (désigné ci-après sous le nom de «Annales») 279 (1961); Buergenthal, *The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States*, *Int'l & Comp. L.Q. Supp.* (Publ. No 11) 79 (1965).

le droit, pour les particuliers, de s'adresser à elle.<sup>18</sup> Cependant, même si ces Etats décidaient unanimement de combler aujourd'hui ces lacunes, les frais, les efforts et les délais qu'entraîne, pour un particulier, la défense de ses droits au moyen d'une instance engagée devant une institution internationale telle que la Commission seraient considérables, ne fût-ce que parce que toutes les voies de recours internes doivent préalablement être épuisées.<sup>19</sup> En conséquence, si les Hautes Parties Contractantes n'avaient accepté d'être citées devant une instance internationale qu'en cas de manquement à la Convention, on aurait pu s'attendre que les effets de celle-ci sur l'administration quotidienne de la justice se seraient réduits à peu de chose. En effet, si le remède ne peut être appliqué au lieu et au moment où il est nécessaire, il perd beaucoup de sa valeur prophylactique. L'importance véritable de la Convention tient donc au fait qu'en y adhérant, les Hautes Parties Contractantes ont assumé deux obligations connexes. Elles se sont en effet engagées à appliquer la Convention sur l'étendue de leur territoire national en incorporant ses dispositions à leur droit interne<sup>20</sup>, et ont aussi promis qu'une personne lésée aura «droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale», en vue de faire valoir les droits garantis par la Convention.<sup>21</sup>

Nous nous sommes proposés, dans la présente étude, d'examiner si les Hautes Parties Contractantes se sont effectivement acquittées de ces obligations, aussi devons-nous noter que l'application de la Convention sur leur territoire national se trouve facilitée du fait que la plupart des dispositions de son Titre I ont été conçues de manière à être susceptibles d'application immédiate. Autrement dit, elles ont été formulées de manière à pouvoir créer des droits et des devoirs qui puissent être invoqués directement devant des tribunaux nationaux, sans qu'il soit besoin d'une structure d'accueil particu-

<sup>18</sup> Des quinze Etats qui ont ratifié la Convention, seuls les dix suivants ont reconnu le droit des particuliers à soumettre des requêtes à la Commission: Autriche, Belgique, Danemark, Irlande, Islande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, République fédérale d'Allemagne et Suède. Neuf d'entre eux ont aussi reconnu la compétence obligatoire de la Cour des droits de l'homme; seule, la Suède ne l'a pas encore fait. Chypre, la Grèce, l'Italie, la Turquie et le Royaume-Uni n'ont reconnu ni la compétence de la Commission en matière de requêtes soumises par des particuliers, ni la compétence obligatoire de la Cour.

<sup>19</sup> Voir Convention, Art. 26.

<sup>20</sup> Comparer, l'Art. 64 et les Articles 1 et 13 de la Convention. Voir aussi la Commission européenne des droits de l'homme, Requête No 214-56, Décision du 9 juin 1958, Annuaire, 2, 214, 234 (1958-59); Golsong, *Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 10, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 123, 128-29 (1961).

<sup>21</sup> Convention, Art. 13.

lière.<sup>22</sup> Ainsi, en théorie tout au moins, dans les pays dont le droit constitutionnel prévoit que la ratification d'un traité susceptible d'application immédiate suffit à incorporer automatiquement ledit traité au droit interne, les dispositions du Titre I de la Convention devraient par là même acquérir le statut de loi interne susceptible d'application immédiate.<sup>23</sup> Quant aux Etats où un traité susceptible d'application immédiate, même après avoir été ratifié, ne peut être invoqué devant les tribunaux jusqu'à ce que les lois et règlements d'application nécessaires aient été promulgués, lesdits lois et règlements devraient suffire à assurer la pleine application de la Convention.<sup>24</sup> Mais puisqu'il appartient aux autorités nationales compétentes de décider si, et dans quelle mesure, les dispositions d'un traité créent des droits dont leurs propres tribunaux sont compétents pour enjoindre le respect, il nous faut analyser la situation dans les 15 Etats parties à la Convention, en vue de définir le statut de celle-ci dans le droit interne de chacun d'eux.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Il ressort à l'évidence de l'histoire des travaux préparatoires de la Convention, qu'elle a bien été rédigée en vue de ce résultat. Pour cela, voir Golsong, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 9, (1958). De même, le libellé précis et à forme obligatoire de la plupart des dispositions du Titre I, et le fait que ces dispositions montrent une intention manifeste d'accorder à des individus des droits qui puissent être invoqués directement, prouvent la même intention. Pour une étude complète de cette question, voir Süsterhenn, *L'application de la Convention sur le plan du Droit interne*, 10, *Annales* 303, 304-307 (1961).

En revanche, voir Comte, *L'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne, Convention on Human Rights in Municipal Law*. Tome IV, *Revue de la Commission internationale de Juristes*, (1962), pour qui, s'il est vrai que les dispositions qui figurent dans les Articles 3, 7, 11, 12 et 14 peuvent être susceptibles d'application immédiate dans n'importe lequel des Etats Parties à la Convention, en revanche ceci n'est pas nécessairement vrai pour ce qui est de certaines autres dispositions, qui dans certains pays peuvent exiger des changements institutionnels très importants que les tribunaux, à eux seuls, ne sauraient apporter. Sans vouloir nier qu'il en soit ainsi, il paraît difficile que cette situation affecte l'assertion selon laquelle la Convention a voulu créer des droits qui puissent être confirmés par les tribunaux nationaux. En fait, la thèse de Comte peut fort bien apporter un argument en faveur de l'idée, que nous soutenons ici, à savoir qu'en adhérant à la Convention, un Etat s'engage à ne laisser subsister, sur toute l'étendue de sa juridiction, aucun obstacle de ce genre à l'application intégrale de ladite Convention.

<sup>23</sup> Voir Weil, *op. cit. supra*, note 3, p. 44.

<sup>24</sup> Voir Süsterhenn, *supra*, note 22, p. 307.

<sup>25</sup> En dépit de ressemblances fondamentales entre le droit constitutionnel de certains de ces Etats, il existe des différences profondes dans la manière dont leurs tribunaux se sont saisis de la Convention. Seuls, les quatre pays scandinaves se prêtent à être examinés en un seul groupe. En conséquence, et à l'exception de ces quatre Etats, nous analyserons ici le statut de la Convention dans chacun d'eux séparément.

## AUTRICHE

Bien que l'Autriche ait ratifié la Convention en 1958, le statut de cet instrument dans le droit interne de ce pays a fait l'objet de vives discussions jusqu'en 1964,<sup>26</sup> pour un certain nombre de raisons qu'il vaut la peine de rappeler. Lorsque les Chambres autrichiennes ratifièrent la Convention, elles avaient l'intention de lui conférer le statut d'une loi constitutionnelle (*Verfassungsgesetz*),<sup>27</sup> laquelle l'emporte sur les lois ordinaires, quelle que soit la date de leur promulgation.<sup>28</sup> A cette fin, les Chambres se conformèrent aux dispositions de la Constitution autrichienne applicables en la matière, sans toutefois dire expressément que la Convention avait le caractère d'une loi constitutionnelle.<sup>29</sup> Bien que la plupart des spécialistes autrichiens du droit constitutionnel aient pris pour hypothèse ou aient démontré que cette omission purement formelle n'enlevait pas à la Convention le statut normatif que le Parlement avait

<sup>26</sup> Voir, passim, Liebscher, *L'Autriche et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, IV, Revue de la Commission internationale de juristes, 292 (1963). Voir aussi, Ermacora, *Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung*, 81, *Juristische Blätter* (désigné ci-après sous le nom de J.B.) 396 (1959), Winkler, *Der Verfassungsrang von Staatsverträgen. Eine Untersuchung des geltenden österreichischen Verfassungsrechtes*, 10, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (désigné ci-après sous le nom de Ö.Z.ö.R.) 514 (1959/60).

<sup>27</sup> C'est ainsi qu'en soumettant la Convention à la ratification du Conseil national, le Président de cet organe a fait la déclaration suivante, alors qu'il mettait la question aux voix: «Etant donné que la ratification de la Convention et du Protocole, sur laquelle le Conseil doit se prononcer, constitue une obligation qui engage le législateur fédéral, et que par conséquent la Convention et le Protocole doivent être considérés comme des traités d'Etat modifiant la Constitution au sens de l'Article 50 de la Constitution fédérale, je prends acte par la présente du fait que, conformément à l'Article 55 c) du règlement intérieur du Conseil, la moitié des membres sont présents.» *Stenographische Protokolle über die Sitzung des Nationalrates VII. GP.*, 1958, p. 2951, cité dans Winkler, *supra*, note 26, p. 522.

<sup>28</sup> Voir Constitution fédérale de l'Autriche, Art. 89 (2) et 140; Adamovich et Spanner, *Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts*, 398 (5ème édition 1957); Seidl-Hohenveldern, *Transformation or Adoption of International Law Into Municipal Law*, 12, *Int'l & Comp. L. Q.* 88, 11-12 (1963).

<sup>29</sup> Voir *Constitution de l'Autriche*, Art. 50 et 44 (1). L'article 44 (1), qui est traduit dans 1 Peaslee, *Constitutions of Nations*, 107, (2ème éditions 1956), dit ce qui suit: «Les lois constitutionnelles ou les dispositions constitutionnelles contenues dans les lois ordinaires ne peuvent être adoptées par le Conseil national qu'en présence d'au moins la moitié de ses membres et à la majorité des deux tiers des votes exprimés. Ces lois ou ces dispositions sont respectivement désignées par leur nom exact de «loi constitutionnelle» ou de «disposition constitutionnelle».

l'intention de lui conférer,<sup>30</sup> la Commission constitutionnelle autrichienne jugea en 1961 que la Convention n'avait pas le caractère d'une loi constitutionnelle parce que les Chambres ne le lui avaient pas expressément conféré.<sup>31</sup>

Pour compliquer les choses encore davantage, la Cour constitutionnelle qui, dans un jugement antérieur, avait déjà conclu que l'article 6 de la Convention n'était pas susceptible d'application immédiate,<sup>32</sup> en vint à la même conclusion pour ce qui était de l'article 5.<sup>33</sup> Elle précisa dans ses attendus que les dispositions de cet article étaient trop imprécises pour donner naissance à une norme juridique susceptible d'application immédiate et qu'elles exigeaient donc des textes législatifs ou réglementaires d'application. Etendant ce raisonnement indiscutable aux autres articles de la Convention, un certain nombre de juristes conclurent que les tribunaux autrichiens tiendraient la plupart d'entre ces articles pour non susceptibles d'application immédiate en l'absence de texte d'application.<sup>34</sup>

Le Parlement autrichien fit un premier pas dans cette direction en 1962 et en 1963, tout d'abord, en adoptant deux amendements au Code autrichien de procédure pénale. Il fut amené à le faire par la multiplication de pétitions visant l'Autriche et adressées par des particuliers à la Commission européenne des droits de l'homme.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Voir, par exemple, Ermacora, *Die Menschenrechte und der Formalismus*, 84 J.B. 118 (1962); Pfeifer, *Die Parlamentarische Genehmigung von Staatsverträgen in Österreich. Ihre innerstaatliche Wirksamkeit*, 12 Ö.Z.ö.R. 1 (1962); Pfeifer, *Der Verfassungsrand von Staatsverträgen*, 17, *Österreichische Juristen-Zeitung* 29 (1962). Voir, en revanche, Winkler, ci-dessus note 26, dont la Cour constitutionnelle a adopté les arguments.

<sup>31</sup> Cour constitutionnelle, jugement du 14 octobre 1961, 84 J.B. 145 (1962), 4 Yearbook 604 (1961).

<sup>32</sup> Cour constitutionnelle, Jugement du 27 juin 1960, (1960) Slg. VerfG. 330, 3 Yearbook 616 (1960). Ce jugement a été critiqué par Vasak, *Was bedeutet die Aussage, ein Staatsvertrag sei «self-executing»?*, 83 J.B. 621 (1961).

<sup>33</sup> Cour constitutionnelle, Jugement du 14 octobre 1961, 84 J.B. 145 (1962), 4 Yearbook 604, 610-12 (1961). Divers auteurs ont contesté avec beaucoup de pertinence la validité de cette Constitution. Voir Ermacora, ci-dessus note 30; Pfeifer, *Die parlamentarische Genehmigung von Staatsverträgen in Österreich. Ihre innerstaatliche Wirksamkeit*, 12 Ö.Z.ö.R. 1, 51 n. 176 a (1962).

<sup>34</sup> Voir Ermacora, ci-dessus note 30; Vasak, ci-dessus note 32. Voir aussi Cour d'Appel (Oberlandesgericht/Linz), jugement du 22 janvier 1960, 2, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 170 (1961), où la Cour d'Appel a rejeté la prétention d'un défendeur belge soutenant qu'en vertu de la Convention, il avait droit à une traduction en français de l'acte d'accusation autrichien. Voir, en revanche, République fédérale d'Allemagne, tribunal de district (*Amtsgericht/Bremerhaven*), jugement du 18 octobre 1962, 16, *Neue Juristische Wochenschrift*, 827 (1963), où il est dit qu'un défendeur américain a été autorisé, en vertu de l'Article 6 de la Convention, à bénéficier à titre gratuit des services d'un interprète.

<sup>35</sup> Pour une analyse de ces affaires, voir schwelb, *On the Operation of the European Convention on Human Rights*, 18, *International Organization*, 558, 578-580 (1964).

Les auteurs de ces pétitions contestaient, comme étant en opposition avec l'article 6 de la Convention, les dispositions du Code autrichien de procédure pénale en vertu desquelles le ministère public participait aux débats de la Cour d'Appel et de la Cour Suprême lorsque ces instances statuaient sur une «demande en nullité» (Nichtigkeitsbeschwerde), alors que le conseil de l'accusé n'était autorisé à soumettre que des observations écrites. En vue de s'opposer à un jugement qui eût pu être défavorable à l'Autriche, le Gouvernement fit adopter en toute hâte deux projets de loi par les Chambres. Le premier amendement au Code de procédure pénale, promulgué en 1962, place l'accusé dans des conditions moins inégales par rapport au ministère public (ceci pour ce qui est de la demande en nullité), outre qu'il autorise la désignation d'un avocat d'office dans certaines instances d'appel.<sup>36</sup> Quant au deuxième amendement, il dispose — et ceci ne manque pas d'intérêt — que toute personne condamnée avant l'adoption de la loi de 1962 peut demander que son appel soit jugé à nouveau dans un délai de six mois, sous réserve que la Commission européenne des droits de l'homme ait reconnu le bien-fondé de sa cause.<sup>37</sup>

Enfin, en mars 1964, le Parlement autrichien a effectivement réglé la question de la situation de la Convention à l'égard du droit interne autrichien. Alors qu'il adoptait un amendement d'une grande portée à la disposition de la Constitution autrichienne relative au traité,<sup>38</sup> le Parlement a saisi l'occasion qui se présentait de conférer expressément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi qu'au premier Protocole le caractère de lois constitutionnelles.<sup>39</sup> En conséquence, la Convention jouit aujourd'hui en

<sup>36</sup> Loi fédérale du 28 juillet 1962, (1962) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, No. 229, p. 1129, 5 *Yearbook* 340 (1962).

<sup>37</sup> Loi fédérale du 27 mars 1963, (1963) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, No. 66, p. 167.

<sup>38</sup> Loi constitutionnelle du 4 mars 1964, promulguée le 6 avril 1964, (1964) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, No. 59, p. 623. En vertu de cet amendement, le Parlement autrichien, lorsqu'il approuve la ratification d'un traité, est autorisé à stipuler que la mise en vigueur de ce traité à l'intérieur du pays exigera la promulgation préalable de lois et règlements appropriés. *Idem*, Article 1, paragraphe 2, portant amendement à l'Article 50 de la Constitution autrichienne. En l'absence d'une telle stipulation, on peut supposer que la ratification d'un traité suffirait à le transformer en une loi nationale. A la suite de cet amendement, le Parlement autrichien peut maintenant choisir entre la transformation générale ou spéciale des instruments internationaux. Voir Klecatsky, *Die Bundesverfassungsnovelle vom 4 mars 1964 über die Staatsverträge*, 86 *J.B.* 349 (1964).

<sup>39</sup> *Idem*, Article II, paragraphe 7. Voir Kunst, *Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der Bundesverfassung*, 19, *Österreichische Juristen-Zeitung* 197 (1964). Pour les débats parlementaires extrêmement révélateurs qui ont précédé l'adoption de cette loi constitutionnelle, on se reportera au compte rendu sténographique des débats du Conseil national, X.GP., 1964, p. 2425.

Autriche d'un statut normatif équivalent à celui de la Constitution elle-même.

### BELGIQUE

En droit belge, un traité susceptible d'application immédiate approuvé par le Parlement en conformité de l'article 68 de la Constitution<sup>40</sup> a force de loi; autrement dit, il a les mêmes effets que tout autre texte de loi dûment promulgué.<sup>41</sup> Il échappe à tout contrôle juridictionnel, comme les autres lois du pays.<sup>42</sup> Les accords internationaux susceptibles d'application immédiate qui se sont incorporés au droit interne par l'effet de la sanction du Parlement et de la publication au Journal Officiel l'emportent sur les lois et textes réglementaires antérieurs.<sup>43</sup> En vertu de la même règle, une loi postérieure peut faire obstacle à l'application des dispositions d'un traité antérieur, lorsque ces dispositions sont incompatibles avec elle.<sup>44</sup> Les tribunaux belges en jugent ainsi en partant du postulat selon lequel il appartient au Parlement de dire si une loi est incompatible avec les obligations internationales assumées par la Belgique, les tribunaux n'étant pas habilités à refuser d'appliquer une loi postérieure, même si elle peut se révéler incompatible avec un traité.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> L'Article 68 (2) de la Constitution belge dispose ce qui suit: «Les traités de commerce et les traités qui peuvent constituer une charge pour l'Etat, ou imposer des obligations individuelles aux ressortissants belges, ne prendront effet qu'après avoir été approuvés par les deux Chambres». 1 Peaslee, *Constitutions of Nations*, 153, (2ème édition 1956).

<sup>41</sup> Janssen-Pevtschin, Velu & Vanwelkenhuyzen, *La Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales et le fonctionnement des juridictions belges*, 15, *Chronique de Politique étrangère* 199, 217 (1962); Masquelin, *Le contrôle et l'application des traités par les organes juridictionnels internes*, 15, *Annales de Droit et de Sciences politiques* 3, 4 (1955).

<sup>42</sup> De Visscher, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres*, dans, 2 *Actes officiels du Congrès international d'Etudes sur la CECA*, 7, 50 (1957); Verbaet, *Du conflit entre le traité et la loi*, 9, *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer* 113 (1958). Toutefois, les tribunaux ont le pouvoir de décider si le traité a bien été approuvé et publié dans les formes stipulées par la Constitution. Masquelin, ci-dessus note 41, pp. 10 et 11.

<sup>43</sup> Masters, *International Law in National Courts: A Study of the Enforcement of International Law in German, Swiss, French and Belgian Courts*, 208-09 (1932), et affaires citées.

<sup>44</sup> Masquelin, ci-dessus note 41, p. 16; Rolin, *La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge*, 68, *Journal des Tribunaux*, 561 (1953); Slusny & Waelbroeck, Note, 75, *Journal des Tribunaux*, 724, 725-26 (1960).

<sup>45</sup> Schieble contre Procureur général, Cour de Cassation, jugement du 26 novembre 1925, (1926) *Pasicrisie Belge* I, 76, réimprimée dans (1925-26) *Ann. Dig.* 8; Min. Publ. Bara et cons. contre Debeur, Cour d'Appel de Bruxelles, Jugement du 3 juillet 1953, 68 *Journal des Tribunaux* 518 (1953). Voir, en revanche, Tribunal de commerce (Bruxelles), Jugement du 16 juin 1960, 75 *Journal des Tribunaux* 724 (1960), qui contient une note très critique de Slusny et Waelbroeck. Voir aussi le très intéressant article de De Termicourt,

S'il est vrai que les tribunaux belges ne se sont pas expressément prononcés sur le rang à accorder à la Convention dans la hiérarchie des lois du pays, on peut cependant supposer sans crainte que les dispositions du Titre I de la Convention se sont incorporées au droit belge et sont ainsi devenues susceptibles d'appel immédiat.<sup>46</sup> En tant que tel, elles l'emporteraient sur tout autre texte antérieur de droit interne qui serait incompatible avec elles. Une telle conclusion se trouve confirmée par la teneur des jugements rendus par des tribunaux belges dans des affaires où la Convention était invoquée.<sup>47</sup> En effet, ces tribunaux ont jusqu'ici accepté l'hypothèse que les dispositions contenues dans le Titre I de la Convention créaient, en droit belge, des droits qu'il était possible de faire valoir immédiatement.<sup>48</sup> C'est ainsi qu'un tribunal administratif belge, se fondant sur l'article 9 de la Convention, a jugé que, aux fins de déterminer son droit à une indemnité de chômage, un juif orthodoxe pratiquant avait le droit de faire compter le Samedi comme jour de repos, même si la loi applicable en la matière ne l'avait pas prévu.<sup>49</sup> Plus tard, en 1963, la Cour suprême de Belgique a jugé que l'article 6 (3 b) de la Convention n'avait pas été violé du fait que les autorités avaient refusé à une personne gardée à vue communication du dossier du juge d'instruction. Selon la Cour, cette disposition de la Convention visait les droits d'un prévenu lors du procès

*Le conflit «Traité - Loi interne», 78 Journal des Tribunaux 481 (1963), dont l'auteur soutient que les tribunaux belges n'ont jamais eu à examiner véritablement ce problème, dans le cas de traités susceptibles d'application immédiate, et qu'ils pourraient ainsi donner la primauté à un traité, même antérieur, qui serait incompatible avec une loi postérieure.*

<sup>46</sup> Voir Rolin, *Un texte de droit positif ignoré des juristes belges: La Convention européenne des Droits de l'homme*, 73, *Journal des Tribunaux* 515 (1958).

<sup>47</sup> Voir passim Janssein-Pevtschin, Velu & Vanwelkenhuyzen, ci-dessus note 41, pp. 217-19 et les affaires qui y sont analysées.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, Min. Public contre Knapen, Cour de Cassation, Jugement du 25 mars 1963, 78 *Journal des Tribunaux* 333 (1963); Min. Publ. contre Belaid, Cour de Cassation, Jugement du 20 juillet 1962 (1962) *Pasicrisie Belge* 1238; Min. Publ. contre Ratzloff, Cour de Cassation, Jugement du 21 septembre 1959, 75 *Journal des Tribunaux* 573 (1960).

<sup>49</sup> Cymerman contre Office national de l'emploi, Commission de réclamation O.N.E. (Bruxelles), jugement du 13 mars 1962, 77 *Journal des Tribunaux* 267, 268 (1962).

L'Article 9 de la Convention dispose ce qui suit:

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

et non lors de l'instruction.<sup>50</sup> Dans une autre affaire, cette haute instance a rejeté un appel fondé sur l'article 6 (3) d) dans lequel l'appelant soutenait que le tribunal inférieur avait enfreint la Convention en lui refusant de faire comparaître un certain témoin à décharge. La Cour jugea que ledit article 6 (3) d) ne privait pas un juge du pouvoir essentiellement discrétionnaire qu'il possède de décider si la déposition d'un témoin a valeur probatoire.<sup>51</sup> Il est intéressant de noter qu'une comparaison entre ce jugement et la jurisprudence de la Commission européenne révèle une large identité de vues. C'est ainsi que la Commission a jugé, il y a peu de temps, que l'article 6 (3) d), lorsqu'il stipule que toute personne accusée d'une infraction pénale a droit «à obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge, dans les mêmes conditions que les témoins à charge», ne peut être interprété comme autorisant «un accusé à obtenir la convocation de n'importe quelle personne et, en particulier, d'une personne dont la déposition n'est pas de nature à contribuer à la manifestation de la vérité.»<sup>52</sup> Mais même si ces décisions de tribunaux belges donnent de l'article 6 une interprétation erronée, elles démontrent néanmoins que la Cour suprême de Belgique a reconnu que cette disposition de la Convention peut faire obstacle à l'application d'une loi belge antérieure incompatible avec elle. Il n'est donc pas déraisonnable de supposer que les tribunaux belges parviendraient à la même conclusion s'ils avaient à statuer sur la plupart des dispositions du Titre I de la Convention, parce que ces dispositions sont, dans l'ensemble, conçues avec le même degré de précision que l'article 6.

Toute étude de l'incorporation de la Convention au droit belge serait incomplète sans une analyse de la situation résultant du renvoi de l'affaire *De Becker* devant la Cour des droits de l'homme.<sup>53</sup> Raymond de Becker, journaliste et écrivain belge, fut condamné à mort pour fait de collaboration avec les Allemands pendant la deuxième Guerre mondiale. Il fut l'objet d'une commutation de peine et fut déchu de certains droits civiques énumérés à l'article 123 (6) du Code pénal belge. En vertu du paragraphe e), il est interdit à toute personne tombant sous le coup de cet article «de participer, à quelque titre que ce soit, à l'exploitation, à l'administration, à la rédaction, à l'impression ou à la diffusion d'un journal ou de toute publication». En 1956, ayant bénéficié d'une remise de peine à

<sup>50</sup> Min. Publ. contre Knapen, ci-dessus note 48, p. 334.

<sup>51</sup> Min. Publ. contre Belaid, ci-dessus note 48, p. 1239.

<sup>52</sup> Requête No 753/60, Décision du 6 août 1960, 3 Yearbook 310, 320 (1960). Voir, dans le même sens, Requête No 1134/61, Jugement du 19 décembre 1961, *Annuaire* 4 378 (1961).

<sup>53</sup> Affaire *De Becker*, Jugement du 27 mars 1962. Un compte rendu de cette affaire a été publié par le Greffe de la Cour, sous la forme d'une brochure séparée, intitulée «*Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A: Jugements et Décisions 1962*».

condition qu'il quitte le pays, de Becker fit appel à la Commission, en arguant du fait que la privation permanente des droits énumérés à l'article 123 (6) et, en particulier, à l'alinéa e) de ce paragraphe, constituait une violation de l'article 10 de la Convention,<sup>54</sup> puisque cette loi belge avait pour effet de lui interdire pratiquement l'exercice de sa profession et l'expression de ses opinions. La Commission jugea l'appel recevable<sup>55</sup> et en saisit la Cour des droits de l'homme le 29 avril 1960.

Depuis plus de dix ans, on s'efforce en Belgique de modifier cette législation d'après-guerre et de porter remède à la situation des individus qu'elle a frappés, mais, pour des raisons politiques évidentes, il n'a été possible de la reviser que sur des points secondaires. Or, pendant que la Cour des droits de l'homme délibérait sur l'affaire De Becker, les Chambres belges adoptèrent en toute hâte un amendement d'une portée considérable, prévoyant l'atténuation des peines infligées aux collaborateurs belges. Cette circonstance amena De Becker à retirer la plainte qu'il avait adressée à la Commission, et celle-ci étant tombée d'accord avec le Gouvernement belge qu'il ne serait plus d'aucune utilité de poursuivre l'affaire, la Cour des droits de l'homme consentit à mettre un terme à la procédure.<sup>56</sup>

### CHYPRE

La République de Chypre a ratifié, en 1962, la Convention ainsi que le Premier Protocole y relatif. En vertu de l'article 169 (3) de sa Constitution<sup>57</sup>, les traités et conventions dûment promulgués

<sup>54</sup> L'Article 10 de la Convention dispose ce qui suit:

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorité publique et sans considération de frontières. Le présent Article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisation.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités et conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

<sup>55</sup> Requête No 214/56, Décision du 9 juin 1958, Annuaire 2 214 (1958-59).

<sup>56</sup> Affaire De Becker, ci-dessus note 53. Les lois belges applicables en la matière et dont il est fait mention dans le texte sont spécifiées dans le jugement de la Cour.

<sup>57</sup> Constitution de la République de Chypre en date du 16 août 1960, *Union interparlementaire, Information constitutionnelle et parlementaire*, No 45, p. 1 (3ème série, 1961).

«l'emportent sur toute loi de l'ordre juridique interne». En outre, la plupart des droits garantis au Titre I de la Convention ont été repris dans la Constitution cyprïote.<sup>58</sup> L'état de guerre civile qui règne à Chypre et la suspension de fait de la Constitution qui en résulte expliquent suffisamment, hélas, comment il se fait que, dans ce pays, la Convention soit demeurée jusqu'ici un document privé de toute signification juridique réelle.<sup>59</sup>

### ALLEMAGNE (RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE)

En Allemagne, la Convention a été évoquée devant les tribunaux beaucoup plus souvent que dans aucun autre Etat signataire,<sup>60</sup> et les spécialistes ont consacré de nombreuses études à ses effets sur le droit allemand en général<sup>61</sup> et sur certaines dispositions de loi en particulier<sup>62, 63</sup>. Ce qui n'a jamais été mis en question, toutefois,

<sup>58</sup> Voir Vasak, *op. cit.*, ci-dessus note 4, p. 244.

<sup>59</sup> Dans une dépêche de Chypre, M. Granger Blair a fait savoir que, le 9 juillet 1964, le Parlement cyprïote a adopté une loi ordonnant la fusion de «l'ancienne Cour suprême constitutionnelle et de la Haute Cour, abolissant le poste de président neutre des deux tribunaux et mettant fin à l'obligation de doser la représentation des deux collectivités dans les deux tribunaux inférieurs.» Cette loi a été adoptée par les députés cyprïotes grecs; les députés cyprïotes turcs étaient tous absents. (C'est nous qui soulignons). *New York Times*, 10 juillet 1964, p. 3, col. 6.

<sup>60</sup> Pour l'analyse de ces affaires, voir Morvay, *Rechtsprechung nationaler Berichte zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 nebst Zusatzprotokoll vom 20. März 1952*, 21 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 89 et 316, (1961). Une liste complète de ces affaires est reproduite dans Golsong, *Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 10 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 123, 131 n. 41 (1961).

<sup>61</sup> Voir, par exemple, Echterhölter, *Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung*, 10 *Juristenzeitung* 689 (1955); Herzog, *Das Verhältnis der Europäischen Menschenrechtskonvention zu späteren deutschen Gesetzen*, 12, *Die öffentliche Verwaltung*, 44 (1959).

<sup>62</sup> Voir, par exemple, Henrichs, *Änderung der ZPO durch die Konvention von Rom?*, 9 *Monatsschrift für deutsches Recht* 140 (1955); von Weber, *Die Durchsetzung der Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention in der innerdeutschen Strafrechtspflege*, 9 *Monatsschrift für deutsches Recht* 386 (1955).

<sup>63</sup> Pour un débat intéressant relatif à la recevabilité des appels dits constitutionnels (*Vergassungsbeschwerde*) introduits en application de l'Article 90 de la Loi instituant le Tribunal constitutionnel fédéral en date du 12 mars 1951, voir Guradze, *Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden?*, 13 *Die öffentliche Verwaltung* 286 (1960) (qui se prononce de façon affirmative); Herzog, *Nochmals: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzung der Menschenrechtskonvention?*, 13 *Die öffentliche Verwaltung* 775 (1960) (qui soutient le contraire). Le Tribunal constitutionnel fédéral, dans sa décision du 14 juillet 1960, 10 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 271, 274, *Annuaire* 3 628, 632 (1960), a jugé qu'un tel appel ne pouvait pas être fondé sur la Convention.

c'est le statut de la Convention en tant qu'élément du droit fédéral susceptible d'application immédiate.<sup>64</sup> La plupart des analyses ont porté sur la question plus délicate du rang à lui attribuer parmi les textes normatifs du droit allemand interne<sup>65</sup>. En d'autres termes, son incorporation au droit fédéral<sup>66</sup> n'a pas suffi à résoudre la question de savoir si la Convention a valeur de loi constitutionnelle et, dans la négative, si elle pourrait néanmoins l'emporter sur d'autres lois fédérales ordinaires qui lui sont postérieures et qui se révéleraient incompatibles avec ses dispositions.

C'est un éminent juriste allemand qui a donné à entendre que la Convention avait acquis le statut d'une loi constitutionnelle. Il a soutenu à ce propos que la Convention définit et complète la notion de droits de l'homme, qui n'est énoncée dans la Constitution allemande qu'en termes très généraux, et qu'ainsi elle en est devenue partie intégrante<sup>67</sup>. Toutefois, les tribunaux ont montré peu d'empressement à admettre cet argument et ont, implicitement ou explicitement, refusé à la Convention le statut d'une loi constitutionnelle.<sup>68</sup> Une autre question plus délicate encore est de savoir si la Convention l'emporte néanmoins sur les lois ordinaires quelle que soit la date de leur promulgation. En effet, l'article 25 de la loi fondamentale (Constitution) de la République fédérale dispose ce qui suit: «Les règles générales du droit international constitueront une partie du droit fédéral. Elles l'emporteront sur les lois et créeront immédiatement des droits et des devoirs pour les habitants du territoire fédéral.»<sup>69</sup> Si donc on pouvait soutenir que la Convention ne fait que codifier des règles générales de droit international, ses dispositions l'emporteraient sur les lois fédérales ordinaires et sur toute la législation des Etats, à l'exception peut-être de la Constitu-

<sup>64</sup> Voir, par exemple, Cour d'Appel (*Oberlandesgericht/Bremen*), Jugement du 18 février 1960, 13 *Neue Juristische Wochenschrift* (cité ci-après sous le nom de N.J.W.) 1265 (1960), Annuaire 3 634 (1960). Voir, en revanche, Henrichs, ci-dessus note 62.

<sup>65</sup> Voir, passim, Münch, *Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland*, 17 *Juristenzeitung* 153 (1961).

<sup>66</sup> Pour l'application des traités sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne en droit allemand, voir Menzel, *Die Geltung internationaler Verträge im innerstaatlichen Recht in Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung* 401 (1962).

<sup>67</sup> Echterhölter, ci-dessus note 61, pp. 691-92.

<sup>68</sup> Voir, par exemple, Tribunal supérieur administratif (Münster), Jugement du 25 novembre 1955, 9 N.J.W. 1374 (1956), Annuaire 2 572 (1958-59); Cour constitutionnelle bavaroise, Jugement du 3 juillet 1961, 14 N.J.W. 1619 (1961).

<sup>69</sup> Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, traduction anglaise tirée de *Peaslee 2, Constitutions of Nations* 30 (2ème édition 1956). Le texte original dit ce qui suit: «Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral. Elles l'emportent sur les lois et créent des droits et des obligations qui peuvent y être invoqués immédiatement par les ressortissants du territoire fédéral».

tion fédérale elle-même<sup>70</sup>. Sans doute pourrait-on faire valoir que certaines dispositions de la Convention elle-même ont le caractère de «règles générales de droit international»,<sup>71</sup> mais la plupart des commentateurs pensent tout autrement,<sup>72</sup> et ils ont trouvé un écho favorable auprès d'un tribunal allemand au moins,<sup>73</sup> lequel est parvenu aux conclusions suivantes:

Par règles générales du droit international (au sens de l'article 25 de la Loi Fondamentale), on doit comprendre exclusivement celles qui ont valeur universelle pour tous les membres de la communauté des nations, et dont les dispositions réciproques ont pris un caractère obligatoire ... Or, ni la Suisse, ni l'Autriche, ni l'Espagne, ni le Portugal, ni la Yougoslavie, ni la Finlande, ni les pays situés au-delà du Rideau de Fer – pour ne parler que des pays européens – n'ont adhéré à la Convention. Encore que le droit interne de certains de ces pays soit compatible avec les dispositions de la Convention, comme c'est partiellement le cas de la Suisse, ces pays ne se sont pas montrés désireux de se lier en cette matière par une convention internationale ou de se soumettre à une autorité supranationale. En outre ..., on ne saurait considérer la Convention comme une codification des règles générales du droit international, puisque les droits fondamentaux qui y sont énoncés ne sont pas reconnus comme tels par la plupart des pays du monde, ainsi que le prouve l'échec subi par les Nations Unies à chaque fois qu'elles ont essayé de conclure un instrument analogue.<sup>74</sup>

Inutile de dire que le raisonnement de ce tribunal n'emporte pas une adhésion sans réserve. La définition qu'il a donnée du terme «règles générales de droit international» est discutable, puisqu'elle semble aboutir à confondre l'acceptation unanime de certaines règles de droit et la décision – de caractère politique – d'adhérer ou non à des accords internationaux codifiant ces règles. En outre, certaines des dispositions de la Convention peuvent fort bien être acceptées «par la plupart des pays du monde» et ainsi satisfaire aux critères de «règles générales de droit international» imposés par la Cour.

<sup>70</sup> Voir Cour constitutionnelle fédérale, Jugement du 26 mars 1957 6 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 309, 363 (1956-57). Voir Münch, ci-dessus note 64, à la page 154, pour qui le statut hiérarchique des règles générales de droit international, au sens de l'Article 25 de la Loi fondamentale, n'est aucunement fixé en Allemagne puisque leur situation à l'égard de la Constitution elle-même est loin d'être claire.

<sup>71</sup> Cet argument a été avancé par von Stackelberg dans sa note de jurisprudence 13 N.J.W. 1265 (1960), concernant l'Article 5 (3) de la Convention et aussi par Münch, ouvrage cité ci-dessus note 65, p. 154, en ce qui concerne les droits des étrangers.

<sup>72</sup> Voir Morvay, ouvrage cité, note 60, pp. 98-99, qui passe en revue les ouvrages et la jurisprudence intéressant l'affaire. Voir aussi Echterhölter, ouvrage cité, note 61, pp. 690-91.

<sup>73</sup> Tribunal administratif supérieur de Münster, Jugement du 25 novembre 1955, 9 N.J.W. 1374 (1956), *Annuaire*, 2, 572 (1958-59).

<sup>74</sup> *Idem*, p. 1375, *Annuaire* 2, p. 580.

Quoi qu'il en soit, il importe de se souvenir que les tribunaux allemands n'ont cessé de soutenir que les dispositions du Titre 1 de la Convention relèvent du droit fédéral et sont susceptibles d'application immédiate.<sup>75</sup> En tant que tel, elles l'emportent sur les lois fédérales antérieures incompatibles avec elles et sur la législation des Etats, quelle que soit la date de leur promulgation.<sup>76</sup> C'est ainsi qu'un tribunal allemand a annulé un arrêté d'internement parfaitement valable à tous autres égards, mais qui à son avis violait l'article 5 (3) de la Convention.<sup>77</sup> Dans une autre affaire très intéressante, un décret expulsant d'Allemagne un ressortissant belge à été cassé, le tribunal ayant jugé que son exécution entraînerait une immixtion grave dans le droit du demandeur à la vie de famille garanti par l'article 8 de la Convention.<sup>78</sup> Ce ressortissant belge avait été condamné pour délit sexuel en 1951, mais son autorisation de séjour ne lui fut pas retirée à l'époque (alors que le Gouvernement aurait pu le faire), pour la raison que son employeur allemand ne pouvait se passer de ses services en tant qu'ouvrier agricole. En 1953, le demandeur épousa une Allemande, déjà mère de deux enfants illégitimes dont il n'était pas le père. Puis, toujours en 1953, le ménage eut un autre enfant. L'année suivante, alors qu'il occupait un autre emploi, le demandeur fit l'objet d'un arrêté d'expulsion et son autorisation de séjour lui fut retirée. En annulant cet arrêté, le tribunal fit observer qu'en vertu de la Loi fondamentale et de l'article 8 de la Convention «la famille est placée sous la protection spéciale de l'Etat». En conséquence, «si l'unité et l'intégrité de la famille sont menacées, il y a lieu de mettre en balance la protection de la famille et d'autres intérêts publics».<sup>79</sup> C'est, conclut le tribunal, ce que n'avait pas fait l'auteur de l'arrêté:

<sup>75</sup> Voir Tribunal constitutionnel fédéral, Jugement du 10 mai 1957, 6 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 389 (1956-57), *Annuaire* 2 594 (1958-59); Tribunal fédéral de justice, Jugement du 27 juin 1957, 25 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes* (Zivilsachen) 60 (1958), *Annuaire* 2 596 (1958-59); Tribunal fédéral de justice, Jugement du 21 avril 1959, 13 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes* (Strafsachen) 102 (1960); Tribunal administratif supérieur de Münster, Jugement du 25 novembre 1955, 9 *N.J.W.* 1374 (1956), *Annuaire* 2 572 (1958-59); Cour d'Appel (*Oberlandesgericht/Bremen*), Jugement du 17 février 1960, 13 *N.J.W.* 1265 (1960), *Annuaire* 3 634 (1960).

<sup>76</sup> Echterhölter, ouvr. cit. note 61; Münch, ouvr. cit. note 65, p. 154; Wendt, *Zur Frage der innerstaatlichen Geltung und Wirkung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte*, 9 *Monatsschrift für deutsches Recht* 658 (1955).

<sup>77</sup> Cour d'Appel (*Oberlandesgericht/Saarbrücken*), Jugement du 9 novembre 1960, 14 *N.J.W.* 377 (1961).

<sup>78</sup> Tribunal fédéral administratif, Jugement du 25 octobre 1956, 72 *Deutsches Verwaltungsblatt* 57 (1957), *Annuaire* 2 584 (1958-59).

<sup>79</sup> *Idem*, p. 57, *Annuaire* 2, p. 590.

Si l'arrêté d'expulsion est suivi d'effet, l'épouse se trouvera par là obligée, soit de suivre son mari et de se séparer des enfants illégitimes nés avant son mariage et qui sont encore très jeunes, soit de se séparer de son mari pour rester près de ses enfants. On peut sans doute espérer qu'il se trouvera plus tard un moyen de réunir la famille, mais étant donné les circonstances, il se peut que la séparation se poursuive pendant quelque temps.

Une telle séparation compromettra l'unité de la famille. Sans doute le mari n'a-t-il aucun lien de consanguinité avec les enfants que sa femme a eus avant son mariage, mais il faut cependant considérer ces enfants comme appartenant à la famille, au sens des dispositions que nous avons rappelées. Ils vivent sous le toit du mari et, étant donné leur âge, ont besoin des soins de leur mère.

Pour ces motifs, l'arrêté d'expulsion représente une grave menace pour la famille du demandeur; il a donc été nécessaire de se demander si les conditions particulières qui, selon l'article 8 (2) de la Convention, peuvent justifier une telle menace, se trouvaient réunies.<sup>80</sup>

Le Tribunal a alors conclu qu'il n'en était pas ainsi<sup>81</sup> et que, par conséquent, l'arrêté devait être annulé. Ce jugement a fait jurisprudence lors d'une autre affaire plus récente appelée devant un tribunal allemand et qui a donné lieu à une décision analogue.<sup>82</sup>

On peut encore mentionner un jugement rendu en 1957 par la Cour constitutionnelle fédérale, en conclusion d'une affaire où le défendeur contestait le caractère constitutionnel des dispositions du Code pénal allemand qui punissent l'homosexualité. Dans son jugement, le tribunal s'exprimait en ces termes:

Sans se prononcer sur les allégations du demandeur, la Cour doit *ex officio* examiner la question de savoir si les articles 175 et suivants du Code pénal sont ou non compatibles avec la Convention, étant donné qu'après sa ratification... ladite Convention est entrée en vigueur dans la République fédérale le 3 septembre 1953... et que le défendeur R. n'a été condamné que le 14 octobre 1953, donc après l'entrée en vigueur

<sup>80</sup> *Idem.* p. 58, Annuaire 2, pp. 590-92.

<sup>81</sup> *Idem.* p. 58, Annuaire 2, p. 592. L'Article 8 (2) de la Convention dispose ce qui suit:

«Il ne peut y avoir ingérence d'autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

Une très bonne analyse de cette affaire se trouve dans Golsong, *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in a German Court*, 33 *Brit. Yb. Int'l L.* 317 (1958).

<sup>82</sup> Tribunal administratif supérieur de Münster, Jugement du 2 août 1960, 13 *Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland* 199 (1961), *Annuaire* 4 618 (1961). Voir, en revanche, République fédérale d'Allemagne, Tribunal administratif fédéral, Jugement du 15 décembre 1955, 3 *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* 58 (1957).

de la Convention. Si les articles 175 et suivants du Code pénal s'étaient trouvés abrogés par les dispositions de la Convention sur les droits de l'homme, le défendeur aurait été condamné par application d'un droit pénal devenu caduc, et il eût fallu admettre le caractère inconstitutionnel du jugement qui l'aurait condamné.<sup>83</sup>

Le tribunal jugea cependant que les dispositions contestées du Code pénal allemand n'avaient pas été abrogées par la Convention, puisque le châtement de l'homosexualité était une mesure nécessaire à la protection de la santé et de la morale au sens de l'article 8 (2).<sup>84</sup> On remarquera que cette conclusion se trouve confirmée par la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, qui a récemment jugé comme suit:

La Commission a déjà jugé en plusieurs circonstances que la Convention permet à une Haute Partie Contractante de punir l'homosexualité, puisque la notion de respect de la vie privée peut, dans une société démocratique, faire l'objet de certaines restrictions prévues dans le droit de ladite partie, en vue de protéger la santé ou la morale (article 8 (2) de la Convention); considérant qu'il ressort clairement de ce qui précède que l'article 175 du Code pénal allemand n'est nullement en contradiction avec les dispositions de la Convention; considérant qu'à cet égard, l'appel apparaît manifestement mal fondé et doit être déclaré irrecevable en vertu de l'article 27 (2) de la Convention, ...<sup>85</sup>

Il apparaît donc que, si la Convention n'a pas en Allemagne la valeur de norme qui s'attache à une loi constitutionnelle, elle a néanmoins le statut d'une loi fédérale ordinaire et, en cette qualité, elle peut être valablement invoquée devant des tribunaux allemands,<sup>86</sup> outre qu'elle garantit des droits civiques supplémentaires à tous ceux qui vivent sous la juridiction de la République fédérale. Peut-être des lois ou des règlements fédéraux ultérieurs rendraient-ils caduque toute disposition de la Convention incompatible avec eux, mais il est très peu probable que les choses se passent ainsi dans un avenir prévisible. En fait, en décembre 1964, le Gouvernement fédéral a promulgué une loi amendant le Code de procédure pénale.<sup>87</sup> Cette loi qui, entre autres choses, régleme la durée admissible de la garde à vue et place l'accusé et son conseil dans des conditions

<sup>83</sup> Tribunal constitutionnel fédéral, Jugement du 10 mai 1957, 6 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 389, 440 (1956-57), *Annuaire* 2 594 (1958-59) (rapport cité).

<sup>84</sup> *Idem*, p. 441, non cité dans l'Annuaire.

<sup>85</sup> Requête No 530/59, Décision du 4 janvier 1960, *Annuaire* 3 184, 194 (1960).

<sup>86</sup> Voir Süsterhenn, *l'Application de la Convention sur le plan du Droit interne*, 10 *Annales* 303, 311-14 (1961).

<sup>87</sup> Loi portant amendement au Code pénal et à la Loi constitutionnelle sur l'organisation des tribunaux du 19 décembre 1964 (1964), *Bundesgesetzblatt*, Partie I, p. 1067, entrée en vigueur le 1er avril 1965.

plus satisfaisantes d'égalité avec le Ministère public,<sup>88</sup> visait expressément à rendre la procédure criminelle allemande conforme aux dispositions des articles 5 et 6 de la Convention.<sup>89</sup>

### GRÈCE

En droit grec, un accord ou un traité international est incorporé à l'ordre juridique interne dès la promulgation du texte législatif portant approbation de cet accord ou de ce traité et en reprenant le texte.<sup>90</sup> En théorie, ce n'est pas le traité qui prend force de loi nationale, mais bien le texte législatif qui l'incorpore à l'ordre juridique interne.<sup>91</sup> Cette transformation vaut au traité le statut d'une loi ordinaire et, par conséquent, abroge les lois antérieures incompatibles avec lui; en revanche, le traité peut être, à son tour, rendu caduc par une loi postérieure avec laquelle il serait incompatible.<sup>92</sup> Mais même si une Convention internationale a été promulguée de la manière indiquée plus haut, les tribunaux pourraient encore conclure qu'elle est, en tout ou en partie, non susceptible d'application immédiate. En pareil cas et jusqu'à ce que les lois et règlements d'application aient été promulgués, une telle convention ne saurait modifier aucune loi antérieure ni la rendre caduque.<sup>93</sup>

Etant donné que la Convention des droits de l'homme a été avalisée par les lois et règlements nécessaires,<sup>94</sup> elle a désormais

<sup>88</sup> Voir Dahs, *Die kleine Strafprozessreform*, 18 N.J.W. 81 (1965); Schorn, *Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem StPAG*, 18 N.J.W. 713 (1965); *Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes*, 20 *Juristenzeitung* 153 (1965).

<sup>89</sup> Voir Schorn, loi citée ci-dessus, note 88; Note du Secrétariat (D/5/322), *La réforme du Code allemand de procédure pénale* (Requête No 2122/64).

<sup>90</sup> Kyriacopoulos, *Le Droit international et la Constitution hellénique de 1952*, dans *Gegenwartsprobleme des Internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie* 201, 211 (1953); Papacostas, *L'autorité des Conventions internationales en Grèce*, 15 *Revue Hellénique de Droit International* 361, 363 (1962).

<sup>91</sup> Valticos, *Monisme ou Dualisme? Les rapports des traités et de la loi en Grèce (spécialement à propos des conventions internationales du travail)*, 11 *Revue hellénique de Droit international*, 203, 208 (1958).

<sup>92</sup> Patras, *L'autorité en Droit interne hellénique des traités internationaux*, 15 *Revue hellénique de Droit international* 348, 360 (1962), ainsi que les affaires qui y sont analysées; Papacostas, ci-dessus note 90, pp. 363-63.

<sup>93</sup> Valticos, ouvrage cité note 91, p. 224. En outre, les tribunaux ont le pouvoir de décider si un traité ou certaines de ses dispositions sont incompatibles avec la Constitution grecque et, dans l'affirmative, de se refuser à appliquer ledit traité. Patras, ouvrage cité, note 92, p. 360; Valticos, ouvrage cité, note 91, p. 223.

Pour une étude comparative de la Convention et des dispositions pertinentes de la Constitution grecque, ainsi que pour l'argument selon lequel ces deux instruments ne sont nullement incompatibles, voir Kyriacopoulos, *Zur Einwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die Verfassung Griechenlands*, dans *Grundprobleme des Internationalen Rechts* 285, 304-06 (1957).

<sup>94</sup> Grèce, Loi No 2329 (1953) *Journal Officiel*, I, No 68 (3 mars 1953).

rang de loi nationale grecque.<sup>95</sup> En outre, la jurisprudence existante montre que les tribunaux grecs n'ont pas, jusqu'ici, mis en question le caractère immédiatement exécutoire des dispositions de son Titre I. Ils ont, jusqu'ici, accepté l'hypothèse que ces dispositions appartiennent au droit grec et étaient, par conséquent, immédiatement applicables, sans qu'il soit besoin de textes d'application supplémentaires. C'est ainsi que la Cour suprême grecque, après avoir pris acte du fait que la Convention était désormais incorporée au droit interne grec, a jugé qu'une loi autorisant et réglementant la construction et l'entretien d'édifices religieux ne constituait pas une attaque à la liberté de religion garantie par l'Article 9 (I) de la Convention. Dans ses attendus, elle a dit que ladite loi, outre qu'elle n'avait aucun caractère discriminatoire, était tout à fait compatible avec l'Article 9 (2), qui autorise l'Etat à promulguer des lois restreignant l'exercice de la liberté religieuse dans la mesure où ces lois, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la protection de la santé ou de la morale publiques ou à la protection des droits et libertés d'autrui.<sup>96</sup>

Le Conseil d'Etat, qui est l'instance administrative la plus haute de la Grèce, a lui aussi affirmé à maintes reprises que la Convention a «force de loi» en Grèce.<sup>97</sup> On notera cependant que ce tribunal, qui a compétence exclusive dans toute affaire où l'on pourrait imputer au pouvoir public un abus de pouvoir en matière d'administration ou en toute autre matière, (par exemple en cas d'arrestation ou de détention pour délit politique), n'a cessé de donner de la Convention une interprétation erronée, et ce à tel point que l'on peut sérieusement se demander si la Convention est effectivement appliquée en Grèce. C'est ainsi que, dans un jugement de 1954, le Conseil d'Etat a statué qu'un demandeur n'était pas fondé à invoquer l'article 5 de la Convention pour contester la légalité de sa détention ininterrompue, prononcée par application d'une mesure d'exception datant de 1948, et dirigée contre l'insurrection communiste. Il a estimé que, puisque en vertu de l'Article 15 (1) de la Convention, «en cas de guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation», l'Etat peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention, le demandeur n'avait aucun sujet de se plaindre même s'il se trouvait détenu en violation de l'article 5, et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner cette question quant au fond.<sup>98</sup> Il suivit encore un raisonnement

<sup>95</sup> Kyriacopoulos, ouvrage cité, note 93.

<sup>96</sup> Cour Suprême (Arios Pagos), Affaire No 386/1955, 9 *Revue Hellénique de Droit international* 206 (1956); *Annuaire* 2 606 (1958-59).

<sup>97</sup> Voir, par exemple, Conseil d'Etat, Affaire No 724/1954, 7 *Revue Hellénique de Droit international* 278 (1954).

<sup>98</sup> *Ibid.*

analogue dans deux jugements rendus en 1961,<sup>99</sup> ajoutant que la question de savoir s'il existe réellement un état d'exception menaçant la vie de la nation échappe à toute appréciation d'un tribunal.

Pour un certain nombre de raisons, il est impossible de s'associer à ces conclusions. Les dispositions et lois contestées dans les trois affaires portées devant le Conseil d'Etat étaient en vigueur en Grèce à la date où ce pays a ratifié la Convention. En vertu de l'article 64 de cet instrument, la Grèce aurait pu se réserver le droit d'appliquer lesdites dispositions, l'Article 61 (1) disant que:

Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent Article.

Mais la Grèce n'ayant formulé aucune réserve relativement aux textes législatifs en question,<sup>100</sup> il semblerait qu'elle ait renoncé à son droit de les appliquer. Si cependant on doit supposer que le droit de dérogation touchant des lois en vigueur à la date de ratification de la Convention subsiste, pour la raison que ces lois se bornent à prévoir l'exercice de pouvoirs extraordinaires dans une situation d'exception, comme l'autorise l'Article 15 (1), il s'ensuit que l'Etat qui fait usage de ces pouvoirs doit se conformer à la procédure définie à l'Article 15 (3), où il est dit que tout Etat qui exerce ce droit de dérogation «tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées». La Grèce ne s'est pas conformée à cette stipulation. Il ressort en effet du libellé de ce paragraphe que tenir le Secrétaire général informé en temps utile de son intention d'exercer ce droit de dérogation est, pour une Haute Partie Contractante, une stricte obligation. Les incertitudes qui ont pu régner à cet égard ont été dissipées par le jugement rendu par la Cour des Droits de l'homme dans l'affaire *Lawless*:<sup>101</sup> dans ce jugement, la Cour, se

<sup>99</sup> Conseil d'Etat, Affaire No 35/1961; Conseil d'Etat, Affaire No 182/1961. Je suis très reconnaissant à l'Institut hellénique de Droit international et de droit étranger et, en particulier, à son éminent Directeur, le Professeur Pan. J. Zepos qui a bien voulu mettre à ma disposition une traduction française du compte rendu de ces deux affaires, ainsi que de l'affaire 1442/1955, citée plus loin à la note 105.

<sup>100</sup> La seule réserve faite par la Grèce a trait à l'Article 2 du Protocole, qui traite du droit à l'instruction et qui était sans rapport avec les affaires dont nous venons de parler.

<sup>101</sup> Affaire *Lawless* (Fond), Jugement du 1er juillet 1961, *Annuaire* 4 438 (1961).

rangeant à l'avis de la Commission des droits de l'homme, statua qu'un Etat ne peut se prévaloir de l'Article 15 que s'il a sans retard notifié au Secrétaire général les mesures de dérogation qu'il entend prendre et les motifs qui les ont inspirées.<sup>102</sup> Enfin, lorsque le Conseil d'Etat de Grèce affirme qu'un Etat peut exercer son droit de dérogation tout en échappant à l'appréciation des tribunaux, il ne peut se réclamer d'aucun article de la Convention. Il va sans dire que cet argument, s'il était admis, permettrait aux gouvernements de faire litière de tous les droits garantis par la Convention, laquelle se trouverait ramenée à une éloquente et vaine déclaration de principes. Nous trouvons donc un intérêt particulier à constater que la Cour des Droits de l'homme, statuant dans l'affaire *Lawless*, n'a laissé subsister aucun doute sur le fait qu'à son avis, l'exercice du droit de dérogation est bien soumis à l'appréciation des tribunaux.<sup>103</sup> En conséquence, et puisque la Convention a acquis force de loi en Grèce, il est difficile de voir comment un tribunal grec peut, en invoquant le droit de dérogation, appliquer une loi incompatible avec la Convention si cette loi a été promulguée avant la date d'entrée en vigueur de la Convention, sans au moins rechercher si l'Etat a exercé le droit de dérogation dans les formes requises.<sup>104</sup>

On voit donc que la Convention, en dehors du statut de loi nationale qu'elle a pu acquérir en Grèce, n'a pas encore été effectivement appliquée dans ce pays. Sans doute les tribunaux ne sont-ils pas seuls responsables de ce fâcheux état de choses, comme le montre bien une affaire qui remonte à 1955.<sup>105</sup> Dans cette affaire, le demandeur contestait une mesure d'exception prise en 1945 et soutenait que la détention ininterrompue qui lui était infligée depuis lors constituait une atteinte à la Convention. Or, le Conseil d'Etat conclut que le Parlement avait prolongé la durée de validité de cette mesure par une loi promulguée *postérieurement* à la date d'entrée en vigueur en Grèce de la Convention. Etant donné qu'en droit grec, nous l'avons vu, une loi postérieure l'emporte sur une disposition d'un traité antérieur qui serait incompatible avec elle, le tribunal n'avait pas d'autre choix que de donner effet à la volonté du législateur et de débouter le demandeur. Il peut d'ailleurs se faire qu'au-

<sup>102</sup> *Idem* pp. 484-86.

<sup>103</sup> *Idem* p. 472.

<sup>104</sup> La situation serait différente, bien entendu, si la loi prétendument incompatible avec la Convention lui était postérieure. En pareil cas, un tribunal grec n'aurait pas de liberté d'appréciation et la loi constitutionnelle grecque ne l'autoriserait à appliquer que le plus récent des textes.

<sup>105</sup> Conseil d'Etat, Affaire No 1442/1955. Cette affaire est analysée par Papacostas, ouvrage cité note 90, p. 365.

cune des lois contestées ne viole véritablement la Convention,<sup>106</sup> mais ce qui est des plus regrettable est que les personnes soumises à la juridiction des tribunaux grecs n'ont pratiquement aucun droit de se présenter devant ces tribunaux en demandant qu'il soit statué à ce sujet. Ceci est particulièrement grave étant donné que la Grèce ne reconnaît ni la compétence obligatoire de la Cour des droits de l'homme ni le droit, pour un particulier, de se présenter devant la Commission européenne des droits de l'homme.

## IRLANDE

La Constitution Irlandaise dispose qu'«aucun accord international ne sera incorporé au droit interne de l'Etat, sauf si l'Oireachtas en décide ainsi.<sup>107</sup> D'autre part, en son article 15.2 (1), cette Constitution stipule que «le pouvoir exclusif de légiférer, pour l'Etat, appartient à l'Oireachtas: aucun autre organe législatif n'a le pouvoir de légiférer pour l'Etat.» Il ressort de cette disposition que, sauf si l'Oireachtas (Parlement) a adopté une loi portant mise à exécution d'un traité ratifié par l'Irlande, ledit traité n'oblige l'Irlande qu'à l'égard des autres Parties Contractantes, sans pour autant créer de droits ou de devoirs qui puissent être invoqués devant les tribunaux irlandais.<sup>108</sup>

L'Irlande a déposé un instrument de ratification de la Convention le 25 février 1953; elle a en outre reconnu le droit, pour un particulier, de se présenter devant les hautes instances européennes, ainsi que la compétence obligatoire de la Cour des droits de l'homme, mais l'Oireachtas n'a jusqu'ici promulgué aucun texte d'application à cet égard. La Convention a cependant déjà été invoquée devant les tribunaux irlandais, à l'occasion d'une affaire très intéressante qui tire son origine d'une procédure d'*habeas corpus* instituée par le sieur Lawless.<sup>109</sup> Soupçonné d'appartenir à l'organisation illégale qu'est l'Armée Républicaine Irlandaise (I.R.A.), Law-

<sup>106</sup> Dans une dépêche d'Athènes en date du 1er mars 1964, le New York Times a fait savoir que le nouveau Gouvernement grec du Premier Ministre Papandreou envisageait de faire adopter une loi qui aurait pour effet de «faire libérer environ les deux cinquièmes des prisonniers communistes grecs, d'abolir la déportation pour motifs politiques et de supprimer les règlements en vertu desquels la police peut interdire, pour des motifs politiques, l'accès au travail à toute personne qui cherche un emploi». *New York Times*, 2 mars 1964, p. 8, col. 4.

<sup>107</sup> Constitution de l'Irlande, Art. 29.6. L'Oireachtas se compose du Président, de la Chambre des Représentants (Dail Eireann) et du Sénat (Seanad Eireann). Voir Constitution de l'Irlande Art. 15.1 (2).

<sup>108</sup> Voir Lang, *A Constitutional Aspect of Economic Integration: Ireland and the European Common Market*, 12 *Int'l & Comp. L.Q.* 552, 561 (1963).

<sup>109</sup> In re O Laighleis (Lawless) (1960) *Ir. R.* 93 (1957), *aff'd* (1960), *Ir. R.* 109 (1957).

less fut arrêté et accusé de s'être livré à des activités préjudiciables à la sûreté de l'Etat et fit l'objet d'une décision d'internement administratif, le tout par application des dispositions de la loi de 1940 portant amendement à la *Loi sur les infractions contre l'Etat*.<sup>110</sup> Pour contester la légalité de son internement, Lawless s'appuyait notamment sur les articles 5 et 6 de la Convention. Son avocat,<sup>111</sup> qui n'ignorait pas que la ratification de la Convention par l'Irlande ne suffisait pas à l'incorporer au droit interne irlandais, usa d'un argument assez ingénieux pour surmonter cet obstacle juridique. Il fit valoir que le Gouvernement, ayant ratifié la Convention et s'étant engagé à remplir les obligations qui en découlaient, devrait être empêché d'affirmer son droit à exercer des pouvoirs qui seraient incompatibles avec la Convention. Cependant, ni la Haute Cour<sup>112</sup> ni la Cour suprême<sup>113</sup> n'acceptèrent cette façon de voir. La Cour suprême, après avoir fait observer que l'Oireachtas n'avait pas pris les mesures nécessaires pour incorporer la Convention au droit interne, rappela que, conformément aux stipulations expresses de la Constitution irlandaise, elle «ne pouvait pas donner effet à la Convention, si celle-ci était en conflit avec le droit interne ou si elle avait pour objet de reconnaître des droits ou d'imposer des obligations qui ne seraient, ni les uns ni les autres, prévus dans le droit interne».<sup>114</sup> Se tournant ensuite plus particulièrement vers l'argument de la Défense, la Cour suprême déclara ce qui suit:

En conséquence, la Cour ne saurait admettre que les lois nationales cessent de primer, du fait que l'Etat est devenu partie à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle n'admet pas davantage que, devant les tribunaux irlandais, le Gouvernement soit empêché, en aucune manière, de s'appuyer sur l'ordre juridique interne. Il se peut que cette exception soit admissible dans les litiges entre les Hautes Parties Contractantes à la Convention, mais ce ne saurait être le cas devant un tribunal irlandais qui dit le droit irlandais.<sup>115</sup>

<sup>110</sup> Irlande, Loi No 2 de 1940 portant amendement à la loi sur les infractions contre l'Etat. Cette loi est venue compléter la loi No 2 de 1939 sur les infractions contre l'Etat. Elles avaient pour objet, l'une et l'autre, de s'opposer à l'activité illégale de l'I.R.A. Voir, passim, Kelly, *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution* 52-59 (1961). En son article 4 (1), la loi de 1940 autorise un ministre d'Etat à délivrer un mandat d'arrêt et de détention visant toute personne qui, à son avis, se livre à des activités compromettant «le maintien de l'ordre public ou la sécurité de l'Etat». L'Article 3 (2) de la même loi subordonne l'exercice de ce pouvoir à une proclamation gouvernementale déclarant qu'il est nécessaire et opportun de faire appel aux pouvoirs énoncés dans la loi en vue de «maintenir l'ordre public».

<sup>111</sup> Lawless était représenté par Sean MacBride, S.C., ancien Ministre irlandais des Affaires étrangères, et actuellement Secrétaire général de la Commission internationale de Juristes.

<sup>112</sup> In re O'Laighleis (Lawless), (1960) *Ir. R.* 93, 102-04 (1957).

<sup>113</sup> *Idem*, pp. 124-26.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 125.

<sup>115</sup> *Ibid.*

De l'avis de la Cour européenne, le défenseur ne pouvait pas davantage espérer obtenir la mise en liberté de Lawless en demandant à la Cour d'interpréter la loi de 1940 de façon à ne pas porter atteinte aux règles générales du droit international – ainsi qu'il qualifiait les articles 5 et 6 de la Convention – parce que le droit interne doit l'emporter sur les dispositions du droit international lorsque celles-ci sont incompatibles avec lui.<sup>116</sup> On voit donc que l'on ne peut invoquer la Convention avec succès devant des tribunaux irlandais, face à des lois et règlements nationaux antérieurs ou postérieurs.

Rappelons entre parenthèses que Lawless s'est présenté devant la Commission européenne des droits de l'homme, qui a déclaré sa requête recevable,<sup>117</sup> et l'a renvoyée devant la Cour des droits de l'homme le 12 avril 1960, donnant ainsi à cette Haute Instance sa première affaire.<sup>118</sup> La Cour a jugé que la détention de Lawless était une violation des articles 5 (1) c) et 5 (3) de la Convention, puisqu'elle n'était pas imposée en vue d'assurer sa comparution dans un délai raisonnable devant une autorité judiciaire compétente qui aurait à se prononcer sur la légalité de cette détention ou de juger sur le fond des charges pesant contre lui.<sup>119</sup> Elle conclut cependant que le Gouvernement irlandais n'avait pas agi illégalement, étant donné que l'article 15 de la Convention autorise un Etat, en temps de guerre ou pendant une période d'exception qui met en péril la vie de la nation, à prendre des mesures dérogeant aux obligations que lui impose la Convention et ce «dans la stricte mesure où la situation l'exige...». Le Gouvernement irlandais avait notifié au Secrétaire général du Conseil de l'Europe en 1957 qu'il se voyait contraint d'invoquer l'article 15 pour pouvoir faire face aux agissements terroristes de l'I.R.A. De l'avis de la Cour, l'Irlande était parfaitement justifiée à faire usage de son droit de dérogation, étant donné la situation qui prévalait alors sur son territoire. Pour ces motifs, ayant conclu que les mesures prises à l'encontre de Lawless étaient bien de celles qu'autorisait la dérogation notifiée par l'Irlande, la Cour débouta l'appelant.<sup>120</sup> Notons pour conclure que, par une communication en date du 3 avril 1962, le Ministère irlandais des affaires étrangères a fait savoir au Secrétaire général du Conseil de l'Europe que les dispositions, pertinentes en l'espèce, de la Loi de 1940

<sup>116</sup> In re O'Laighleis (Lawless), (1960) *Ir. R.* 93, 124 (1957).

<sup>117</sup> Requête No 332/57, Décision du 30 août 1958, 2 *Annuaire* 308 (1958-59).

<sup>118</sup> Voir Affaire Lawless (Objections préliminaires et questions de procédure), Jugement du 14 novembre 1960, 3 *Annuaire* 492 (1960); Affaire Lawless (Fond), Jugement du 1er juillet 1961, *Annuaire* 4 438 (1961).

<sup>119</sup> Affaire Lawless (Fond), ouvrage cité note 118, pp. 464-66.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 486. Pour une analyse de cette affaire, voir O'Higgins, *The Lawless Case*, (1962) *Camb. L.J.* 234; Robertson, *Lawless v. the Government of Ireland* (Deuxième Phase), 37 *Brit. Yb. Int'l L.* 537 (1962).

portant amendement à la *Loi sur les infractions contre l'Etat*, «avaient cessé d'être en vigueur, à compter du 9 mars 1962, date à laquelle le Gouvernement irlandais avait publié... une proclamation à cet effet».<sup>121</sup>

## ITALIE

L'Italie a ratifié la Convention en 1955. Dans ce pays, un traité approuvé par les Chambres acquiert *ipso facto* force de loi.<sup>122</sup> Il est donc capable, en tant que tel, d'abroger des lois antérieures qui seraient en conflit avec lui.<sup>123</sup> Toutefois, «une loi postérieure peut modifier et même invalider un traité antérieur».<sup>124</sup> Le caractère constitutionnel des lois relève de la compétence juridictionnelle de la Cour constitutionnelle,<sup>125</sup> laquelle peut tout aussi bien se saisir de traités.<sup>126</sup>

En conséquence, la Convention a pris force de loi en Italie à la suite de sa promulgation par les Chambres,<sup>127</sup> mais il convient de noter à ce propos que les parlementaires furent incapables de tomber d'accord sur les effets juridiques que produirait cette transformation.<sup>128</sup> Pour la Commission permanente des affaires étrangères et coloniales de la Chambre des Députés, par exemple, la Convention ne créait pas de droits qu'il fût possible de faire valoir

<sup>121</sup> Lettre du Secrétaire général, Département des Affaires étrangères, République d'Irlande, *Annuaire* 5 6 (1962).

<sup>122</sup> Combes de Lestrade contre Ministre des Finances, Cour de Cassation, Jugement du 31 octobre 1955, (1956) *Jurisprudencia Italiana*, I, p. 128, (1955) *Int'l L. Rep.* 882; Mosler, L'application du Droit international public par les tribunaux nationaux, 91 *Recueil des Cours* 619, 638 (1957).

<sup>123</sup> Sereni, *The Italian Conception of International Law*, 322-23 (1943).

<sup>124</sup> Bebr, *Judicial Control of the European Communities* 223 (1962).

<sup>125</sup> Cassandro, *The Constitutional Court of Italy*, 8 *Am. J. Comp. L.* 1, 4 (1959); Sanduli, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, dans *Heidelberg Colloquium on Constitutional Jurisdiction* 292, 305 (Mosler, édition 1962); Telchini, *la Cour constitutionnelle en Italie*, 15 *Revue internationale de Droit comparé* 33, 38 (1963).

<sup>126</sup> De Visscher, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres*, dans deux Actes officiels du Congrès international d'études sur la C.E.C.A. 7, 50 (1957); Bebr, *op. cit.*, ci-dessus note 124, p. 223. Alors que l'Article 10 (1) de la Constitution italienne stipule «que le système juridique italien se conforme aux principes généralement reconnus du droit international», 2 *Peaslee, Constitutions of Nations* 482 (2ème édition 1956), il ne semble pas que cette disposition s'applique aux traités. Fiore, *The Relation of the international to the Domestic Law and the Italian Constitution*, dans 1 *Aktuelle Probleme des Internationalen Rechtes* 165, 171 et 175-76 (*Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA*, 1957).

<sup>127</sup> Loi du 4 août 1955, No 848, (1955) *Gazetta Ufficiale*, No 221, p. 3372.

<sup>128</sup> Pour un résumé des débats au Parlement italien et des rapports de commissions ayant trait à la Convention, voir Partsch, *Die europäische Menschenrechtskonvention vor den nationalen Parlamenten*, 17 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 93, 127-31 (1956-57).

directement à l'intérieur des Etats Parties, mais formulait simplement des obligations générales ayant force obligatoire entre les Parties dans leurs relations internationales seulement. En d'autres termes, la Convention n'était pas en elle-même susceptible d'application immédiate.<sup>129</sup> A l'inverse, la Commission permanente des affaires étrangères et coloniales du Sénat affirma que les tribunaux italiens étaient tenus d'appliquer la Convention sans que des lois et règlements d'application complémentaire soient nécessaires à cet effet.<sup>130</sup> Le très petit nombre de jugements de tribunaux italiens mettant en cause la Convention ne permet pas encore de conclure avec certitude quant à la position qu'adopteront ces tribunaux. Il semble en effet que la Convention n'ait été invoquée qu'à deux reprises en Italie. En premier lieu dans une affaire de bi-linguisme ayant pour théâtre la province du Haut Adige (Tyrol méridional),<sup>131</sup> la Cour constitutionnelle, sans s'interroger sur le statut de la Convention en droit italien, se borna à constater que cet instrument ne pouvait avoir aucune influence sur le jugement final, puisque la loi attaquée garantissait aux ressortissants italiens de langue allemande des droits plus étendus que ceux dont ils pouvaient espérer jouir en se réclamant de la Convention.<sup>132</sup> Dans une autre affaire plus récente, la Cour suprême italienne reconnut qu'en n'ayant pas entendu certains témoignages pertinents, le Juge de première instance avait enfreint une règle de la procédure pénale italienne, en même temps que l'article 6 de la Convention. Elle ajouta cependant que le défendeur, en ne faisant pas enregistrer son objection en temps utile, avait perdu tout droit à contester pour ce motif la condamnation qui l'avait frappé.<sup>133</sup> Ce tribunal ne s'étant pas spécialement préoccupé d'apporter de preuves à l'appui de sa déclaration très générale, selon laquelle des règles de la procédure pénale italienne étaient conformes aux dispositions de la Convention,<sup>134</sup> et la Convention ayant été ratifiée par les Chambres de la façon peu concluante que nous avons rapportée, il n'est pas possible de dire avec certitude si la Convention est ou non susceptible d'application immédiate en droit italien.

<sup>129</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>130</sup> *Idem*, p. 128. Un commentateur a émis l'hypothèse, en se fondant sur le rapport du Sénat, que la Convention est devenue une loi italienne susceptible d'application immédiate. Süsterhenn, *L'application de la Convention sur le plan du Droit interne*, 10 *Annales* 303, 310 (1961).

<sup>131</sup> Italie, Pres. Regione Trentino-Alto Adige contre Pres. Cons. ministri, Constitutional Court, Jugement du 11 mars 1961, 44 *Rivista di Diritto Internazionale* 670 (1961).

<sup>132</sup> *Idem*, p. 676.

<sup>133</sup> Cour suprême de Cassation, Jugement du 6 février 1962, 87 *Foro Italiano*, II, 315 (1962).

<sup>134</sup> *Idem*, p. 317.

D'assez nombreux juristes penchent pour l'affirmative.<sup>135</sup> On notera cependant avec intérêt que, en défendant la position de son pays, qui avait refusé de reconnaître le droit, pour les particuliers, de se présenter devant les Hautes instances européennes, ainsi que la compétence obligatoire de la Cour des droits de l'homme, le Ministère des affaires étrangères d'Italie fit en 1961 la déclaration suivante:

Etant donné les répercussions importantes que les jugements de la Cour des droits de l'homme pourraient avoir sur l'ordre juridique interne de notre pays, le Gouvernement italien... a cru préférable de ne pas donner son accord à certaines clauses de la Convention créant pour lui des obligations particulières, jusqu'à ce que ces clauses aient entraîné l'adhésion de presque tous les Etats membres...

Il y a lieu d'ajouter que, pour des Etats tels que l'Italie, où la séparation des pouvoirs est complète, l'adhésion à l'Article 46 (Reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour) pourrait donner lieu à de très graves difficultés...

Afin de se conformer à un jugement de la Cour des droits de l'homme accordant une satisfaction équitable à une partie lésée (Article 50), il serait nécessaire de modifier, à certains égards, l'ordre juridique interne italien, ce qui pose alors la question de savoir quelles adaptations il conviendrait éventuellement d'apporter à cet ordre pour qu'il puisse satisfaire à une obligation particulière de ce genre.<sup>136</sup>

Peut-être cette déclaration du Gouvernement sous-entend-elle sa conviction que la Convention n'est pas immédiatement applicable en droit italien. En effet, s'il était possible d'invoquer avec efficacité la Convention devant les tribunaux italiens, on pourrait soutenir que les difficultés envisagées par le Ministère des affaires étrangères auraient moins de chances de se produire. Mais, puisque les tribunaux italiens ne sont pas tenus de prendre à leur compte la définition d'un accord international que donne le Gouvernement,<sup>137</sup> ils jugeront peut-être que les dispositions du Titre I de la Convention sont devenues susceptibles d'application immédiate en droit italien.

## LUXEMBOURG

Lorsque le Gouvernement et les Chambres du Luxembourg se sont préoccupés de ratifier et d'approuver la Convention, ils semblent être partis de l'hypothèse que ce texte l'emporterait sur les

<sup>135</sup> Voir Süsterhenn, ci-dessus note 130, p. 310; Sperduti, *La Conventione europea dei diritti dell'uomo e il suo sistema di garanzie*, 46 *Rivista di Diritto Internazionale*, 161, 174 (1963); Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'homme* 241 (1964).

<sup>136</sup> Sénat italien, 25 février 1961, *Annuaire* 4 596-98 (1961).

<sup>137</sup> Bebr, *op. cit.* ci-dessus note 124, p. 223; Sereni, *op. cit.* ci-dessus note 131, p. 324.

lois nationales promulguées soit avant soit après lui.<sup>138</sup> Le fondement juridique de cette hypothèse est constitué par des jugements, assez récents mais ne laissant place à aucune équivoque, rendus par les plus hautes instances judiciaires du Luxembourg sur le statut des traités en droit interne.<sup>139</sup> On lit, dans ces jugements, que les accords internationaux, dûment approuvés par le pouvoir législatif et publiés conformément à la loi, l'emportent sur les lois incompatibles avec eux, qu'elles leur soient antérieures ou postérieures.<sup>140</sup> C'est ainsi qu'en 1950, la Cour suprême du Luxembourg a cassé un verdict de condamnation, motif pris de ce que la loi enfreinte par le défendeur était incompatible avec la disposition d'un traité et ne pouvait donc pas être invoquée contre ledit défendeur, même si cette loi était postérieure au traité. La Cour suprême a souligné qu'«en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale, même postérieure, le droit international l'emporte sur l'ordre juridique interne».<sup>141</sup> Plus tard, le même tribunal a exposé à nouveau cette doctrine à l'occasion d'un autre jugement, disant qu'en règle générale, l'effet de lois successives d'où naît un conflit de droit est fonction de la date de leur promulgation. Il n'en est cependant pas ainsi, a poursuivi la Cour suprême, si les dispositions d'un traité sont incompatibles avec une loi nationale, puisque le traité se situe à un rang plus élevé parmi les textes normatifs. En conséquence, la disposition d'un traité, même plus ancien, qui a été approuvée par le pouvoir législatif, doit l'emporter sur une loi même postérieure.<sup>142</sup> Il vaut la peine de noter, comme le fait un commentateur luxembourgeois, que le principe sur lequel se fonde la suprématie hiérarchique des traités tire uniquement son origine de la jurisprudence,<sup>143</sup> et que, jusqu'en 1950, la jurisprudence tendait à résoudre les conflits de droit surgissant entre

<sup>138</sup> Voir Vasak, *op. cit.*, ci-dessus note 135, pp. 241-42.

<sup>139</sup> Pour une analyse de cette jurisprudence, se reporter à Pescatore, *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux selon la jurisprudence luxembourgeoise*, 18 *Pasicrisie Luxembourgeoise* (désigné ci-après sous le nom de *Pas. Lux.*) 87 (1962).

<sup>140</sup> Chambre des Métiers contre Pagani, Cour supérieure de Justice (Cassation criminelle), Jugement du 4 juillet 1954, 16 *Pas. Lux.* 150 (1954-56); Dieudonné contre Administration des Contributions, Conseil d'Etat (Comité du Contentieux), Jugement du 28 juillet 1951, 15 *Pas. Lux.* 263 (1950-53); Ministère Public contre Brasseur, Cour supérieure de Justice (appel correctionnel), Jugement du 21 juillet 1951, 15 *Pas. Lux.* 233 (1950-53); Huberty contre Ministère Public, Cour supérieure de Justice (Cassation criminelle), Jugement du 8 juin 1950, 15 *Pas. Lux.* 41 (1950-53).

<sup>141</sup> Huberty contre Ministère Public, ci-dessus note 140, p. 42.

<sup>142</sup> Chambre des Métiers contre Pagani, ci-dessus note 140 p. 152.

<sup>143</sup> Pescatore, *La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxembourgeoise*, 68 *Journal des Tribunaux* 645 (1953).

des instruments internationaux et des lois nationales en appliquant le plus récent des deux textes en présence.<sup>144</sup>

La Convention ayant été dûment approuvée par le pouvoir législatif du Luxembourg, puis publiée dans les formes stipulées par la loi,<sup>145</sup> elle devrait théoriquement l'emporter sur toutes les lois nationales, quelle que soit la date de leur promulgation, sous réserve, bien entendu, que ladite disposition se révèle susceptible d'application immédiate.<sup>146</sup> Or, un tribunal inférieur du Luxembourg a récemment jugé que la Convention ne pouvait être invoquée avec succès devant les tribunaux.<sup>147</sup> Dans cette affaire, le défendeur fut reconnu coupable et condamné à une amende pour avoir loué des films à un tarif plus élevé que celui qu'autorise la loi du Grand-Duché. Il fit appel de ce jugement, sans toutefois se conformer à une disposition de la loi en vertu de laquelle «un appel ne sera recevable que s'il est accompagné du reçu du paiement intégral de l'amende imposée». Le Ministère public fit donc valoir l'irrecevabilité de l'appel, alors que la défense soutint que cette loi violait à la fois la Constitution du Luxembourg et l'Article 6 de la Convention. La Cour trancha en faveur du ministère public et, après avoir examiné la Convention dans son ensemble, jugea que «les droits et les principes énoncés dans la Convention ne peuvent, en vertu de la Convention elle-même, être invoqués directement ou faire l'objet d'un appel devant des tribunaux nationaux, et ne peuvent faire l'objet d'appel que devant des instances internationales, dans les conditions énoncées et stipulées par la Convention».<sup>148</sup> Il est sans doute difficile d'admettre que la loi contestée pouvait violer la Convention, à moins que le demandeur ne puisse prouver son incapacité à régler le montant de l'amende, mais en revanche, on peut légitimement mettre en doute la validité des raisons avancées par la Cour pour rejeter l'appel. En premier lieu, la Cour n'a pas même fait référence à une affaire antérieure que l'instance judiciaire la plus élevée du pays avait jugée dans un sens opposé, par implication

<sup>144</sup> Pescatore, *l'Autorité, en droit interne, des traités internationaux selon la jurisprudence luxembourgeoise*, 18 *Pas. Lux.* 87, 112-13 (1962).

<sup>145</sup> Loi du 29 août 1953, (1953) *Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg* 1099. L'article 1 (2) de cette loi dispose qu'elle sera «exécutée et observée par tous ceux auxquels elle peut s'appliquer».

<sup>146</sup> Voir *Brasserie Henri Funck & Cie contre Kieffer*, Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Commerce), Jugement du 8 décembre 1960, 18 *Pas. Lux.* 553, 556-57 (1960-62), dans lequel l'Article 86 du Traité de la Communauté économique européenne a été jugé non susceptible d'application immédiate, de par sa nature, et ainsi n'a pas pu être invoqué pour faire invalider un arrangement contractuel conclu entre les parties.

<sup>147</sup> Cour de juridiction sommaire, Jugement du 24 octobre 1960, *Annuaire* 4 622 (1961).

<sup>148</sup> *Idem*, p. 630.

tout au moins.<sup>149</sup> Dans cette affaire, il était fait appel d'une condamnation prononcée par application d'un décret ministériel qui restreignait temporairement l'usage de certains carburants de propulsion, arguant notamment que cette condamnation violait l'Article 5 (1) de la Convention. La Cour suprême rejeta cet argument, mais seulement après avoir conclu qu'aucun des droits garantis dans la Convention n'avait été violé.<sup>150</sup> S'il est vrai que ce raisonnement ne permet pas de tirer de conclusion définitive, il montre néanmoins que la Cour suprême a fait sienne l'hypothèse selon laquelle la Convention avait statut de loi du Luxembourg et pouvait être directement invoquée devant les tribunaux. En deuxième lieu, le tribunal inférieur ne semble pas avoir prétendu que l'Article 6 de la Convention était trop vague pour être susceptible d'application immédiate; il a conclu au contraire que par ses termes mêmes, la Convention créait des droits qui ne pouvaient être invoqués que par voie d'appel devant une instance internationale.

Sans doute peut-on soutenir que l'ordre juridique interne n'offre pas aux particuliers de voie de recours contre une atteinte à un droit garanti par la Convention. S'il en est ainsi, c'est tout simplement que l'Etat en cause ne fait pas honneur à ses obligations internationales. Comme la Commission européenne des droits de l'homme l'a fait observer il y a quelque temps:

... Conformément aux principes généraux du droit international que confirment aussi bien l'esprit de la Convention que les travaux préliminaires, les Parties contractantes sont convenues de rendre leurs lois nationales compatibles avec la Convention et, en cas de besoin, d'apporter tous les aménagements nécessaires à cet effet, puisque la Convention a force obligatoire pour toutes les branches du Gouvernement et de l'administration des Parties contractantes et, notamment, pour le pouvoir législatif. . .<sup>151</sup>

C'est cependant tout autre chose de soutenir que, par ses termes mêmes, la Convention crée des droits qui ne peuvent être invoqués que par voie d'appel devant une instance internationale. Une telle assertion est si manifestement erronée qu'il est difficile de croire que la Convention, en dépit des termes exprès dont elle s'est servie, a voulu affirmer autre chose que le caractère non susceptible d'application immédiate de l'Article 6. On ne pourrait que difficilement, sans cela, donner un sens à l'article 13 de la Convention, lequel stipule de la façon la plus nette que:

Toute personne dont les droits et les libertés reconnus dans la présente Convention auront été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif

<sup>149</sup> Ministère public contre Wehrer, Cour supérieure de Justice (Appel correctionnel), Jugement du 25 janvier 1958, 17 *Pas. Lux.* 248 (1957-59).

<sup>150</sup> *Idem*, p. 252.

<sup>151</sup> Requête No 214/56, Décision du 9 juin 1958, *Annuaire* 2 214, 234 (1958-59).

devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

En conséquence, si les tribunaux supérieurs du Luxembourg ont pu juger que certaines des dispositions de la Convention ne sont pas susceptibles d'application immédiate en droit luxembourgeois, il est du moins raisonnable de supposer qu'ils ne suivront pas les tribunaux inférieurs dans la conclusion que les droits garantis par la Convention ne peuvent, de par leur nature même, être invoqués que par voie d'appel devant la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour des droits de l'homme.<sup>152</sup>

### PAYS-BAS

La Loi du 22 mai 1953 a apporté des modifications profondes à la Constitution néerlandaise.<sup>153</sup> Ces modifications ont été précisées par des amendements additionnels promulgués en 1956.<sup>154</sup> En vertu de l'Article 66 de la Constitution néerlandaise ainsi amendée:

Les lois en vigueur sur le territoire du Royaume cesseront d'être applicables si leur application crée un conflit de droit avec des dispositions de traités (internationaux) ayant force obligatoire pour les citoyens et conclus antérieurement ou postérieurement à ces lois.

Quant à l'Article 60, il dispose notamment que «le pouvoir judiciaire n'est pas habilité à se prononcer sur le caractère constitutionnel des accords internationaux». On voit que, d'une façon générale, de telles dispositions assurent la suprématie des traités sur tous les autres textes législatifs et réglementaires nationaux.<sup>155</sup>

On constate en analysant ces dispositions qu'en mentionnant à

<sup>152</sup> On trouvera dans Pescatore, *Effet et Conclusion des Traités Internationaux* (1964), une excellente étude récente de l'application des traités à l'intérieur du pays selon le droit luxembourgeois.

<sup>153</sup> Loi du 22 mai 1953, No 261 (1953) *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 451. On trouvera une traduction en anglais de ces amendements dans *Union interparlementaire, Information constitutionnelle et parlementaire*, No 13, p. 104 (3ème série, 1953).

<sup>154</sup> Loi du 11 septembre 1956, No 472 (1956) *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 1211. Pour le texte anglais, se reporter à *Union Interparlementaire, Information constitutionnelle et parlementaire*, No 29, p. 26 (3ème série 1957).

<sup>155</sup> Voir Van Panhuys, *The Netherlands Constitution and International Law*, 47 *Am. J. Int'l L.* 537, 553 (1953); Zimmermann, *Die Neuregelung der auswärtigen Gewalt in der Verfassung der Niederlande*, 15 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 164, 195 (1953/54). Alors que ces monographies ont trait aux amendements de 1953, elles s'appliquent avec la même force qu'aux amendements de 1956, puisque ceux-ci n'ont fait, dans une large mesure, qu'expliquer et remettre en ordre les dispositions en question.

l'Article 66 les traités «ayant force obligatoire pour les citoyens», le législateur a voulu parler des traités susceptibles d'application immédiate.<sup>157</sup> En outre, si les Articles 66 et 60 sont interprétés à la lumière l'un de l'autre, il est évident en premier lieu que, pour ce qui est des tribunaux, de tels accords internationaux l'emportent sur la constitution néerlandaise elle-même<sup>158</sup> et sur tous les autres textes législatifs et réglementaires, quelle que soit la date de leur promulgation.<sup>159</sup> En second lieu, il appartient aux tribunaux de dire s'il y a incompatibilité entre un traité et une loi nationale, qu'il s'agisse d'une loi ordinaire ou d'un texte constitutionnel, et, s'ils constatent une telle incompatibilité, d'appliquer le traité.<sup>160</sup> Notons en passant que les adversaires de ces amendements à la Constitution ont reconnu qu'il était à la fois nécessaire et opportun de consacrer la suprématie des traités dans la hiérarchie des textes législatifs. Ils n'ont cependant pas jugé à propos de laisser aux magistrats le soin de décider s'il y avait ou non incompatibilité entre un instrument international et les lois nationales, et ils ont préféré laisser au Parlement le privilège de conclure en la matière.<sup>161</sup> On peut expliquer leur attitude si on se souvient que les tribunaux néerlandais n'ont pas le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.<sup>162</sup> Ainsi, les amendements ci-dessus à la Constitution relatifs aux traités ont profondément modifié l'équilibre antérieur des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire.

Il ressort de ce qui précède que les dispositions du Titre I de la Convention devraient l'emporter en cas d'incompatibilité avec des lois qui leur seraient antérieures ou postérieures ou avec la

<sup>157</sup> Bauer, *Die niederländische Verfassungsänderung von 1956 betreffend die auswärtige Gewalt*, 18 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 137, 152 (1957/58); Erades & Gould, *op. cit.* ci-dessus note 155, pp. 325-26.

<sup>158</sup> S'il est vrai que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de juger qu'un traité est inconstitutionnel, en revanche, il semble que le Parlement soit tenu de ne pas approuver de traités qui ne soient pas conformes à la Constitution.

<sup>159</sup> Telle est l'opinion qui prévaut aux Pays-Bas. Erades & Gould, *op. cit.* ci-dessus note 155, p. 416; Van Panhuys, ci-dessus note 156, p. 557; Beaufort, *Some Remarks About The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Varia Juris Gentium (Liber Amicorum)* présenté à J. P. A. François 42, 45 (1959).

<sup>160</sup> Voir Zimmermann, ci-dessus note 156, p. 201; Van Panhuys, ci-dessus note 156, p. 553.

<sup>161</sup> Pour une étude détaillée de ces débats, voir Zimmermann, ouvrage cité note 156, pp. 197-201.

<sup>162</sup> Voir Constitution du Royaume des Pays-Bas, Art. 131 (2) (ex- 124 (2)). On trouvera une traduction anglaise de la Constitution, à l'exception des amendements de 1953 et de 1956 dans 2 *Peaslee, Constitutions of Nations* 754 (2ème édition 1956); voir aussi Erades & Gould, *op. cit.* ouvrage cité note 155, p. 414.

Constitution néerlandaise elle-même, et à ce propos, une affaire récente mérite de retenir notre attention. Le défendeur, un prêtre catholique nommé Van Loon, avait été déclaré coupable d'avoir célébré un office catholique dans un lieu public et d'avoir participé à une procession religieuse sur une voie publique, en contravention à l'Article 184 de la Constitution néerlandaise, qui n'autorise la célébration d'offices religieux qu'à l'intérieur d'un bâtiment ou d'autres lieux enclos. Une Cour d'Appel cassa le jugement condamnant le défendeur, motif pris de ce que la disposition constitutionnelle invoquée en l'espèce était incompatible avec l'Article 9 de la Convention. Cet article stipule, en effet, en son alinéa 1, que toute personne a droit à la liberté de religion et que ce droit implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction en public ou en privé. L'article 9 (2) dispose que «la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics ou à la protection des droits et des libertés d'autrui».

La Cour a conclu, en premier lieu, que les actes dont le défendeur avait été accusé devaient être considérés comme la manifestation publique de la religion catholique, au sens de l'Article 9 (1) de la Convention. Selon la Cour, l'expression de «manifester sa religion ou sa conviction» en public se rapportait aux services religieux célébrés hors de bâtiments et dans des lieux publics. Aussi, conclut-elle «si les auteurs de la Convention avaient entendu limiter cette liberté à la manifestation publique des sentiments religieux dans des bâtiments et des lieux enclos, ils n'auraient pas manqué de le faire à l'Article 9».<sup>164</sup> La Cour jugea finalement que la conviction du défendeur ne pouvait être considérée comme légitimant une restriction admissible au sens de l'Article 9 (2) de la Convention. Seule eût pu être invoquée en théorie l'exception ayant trait à «la sûreté publique», mais il ne pouvait en être question en l'espèce. Dans un de ses attendus, elle fit observer que la disposition constitutionnelle invoquée par le Ministère public n'était pas apparue à l'évidence comme indispensable au maintien de l'ordre public ou comme adoptée uniquement en vue de le maintenir. En outre, il y avait lieu d'apprécier à la lumière de la situation actuelle ce qui était nécessaire au maintien de l'ordre public; aussi le législateur, en adoptant l'Article 184 de la Constitution, et même s'il n'avait en vue que le maintien de l'ordre public, «ne pouvait-il pas disposer de normes valables pour juger de ce qu'exigerait son maintien plus

<sup>163</sup> Public Prosecutor contre Van Loon, Cour d'Arnhem, Jugement du 9 mars 1961, *Annuaire* 4 630 (1961).

<sup>164</sup> *Idem*, p. 638.

de *cent ans* plus tard...». <sup>165</sup> Le Ministère public fit appel de ce jugement devant la Cour suprême des Pays-Bas, qui cassa le jugement de la Cour d'Appel. <sup>166</sup> La Cour suprême rejeta l'argument du Ministère public, selon lequel le droit de manifester des convictions en public, ainsi que le garantit l'Article 9 (1) de la Convention, ne visait pas à autre chose qu'à éviter aux fidèles l'obligation de célébrer leur culte en secret. En revanche, elle rejeta les conclusions de la Cour d'Appel, en affirmant que la loi interdisant la célébration d'offices religieux en public visait à maintenir l'ordre public au sens de l'Article 9 (2) de la Convention, et soutint que la loi contestée avait pour seul objet d'empêcher toute tension et agitation qui eussent provoqué des désordres dans la population des Pays-Bas, où plusieurs confessions religieuses sont représentées, et devait par conséquent être considérée comme une mesure indispensable au maintien de l'ordre public». <sup>167</sup> Elle ajouta que la Cour d'Appel avait appliqué un principe juridique erroné en jugeant que la loi en vertu de laquelle le défendeur avait été condamné n'était pas essentielle au maintien de l'ordre public. Un juge, déclara-t-elle, ne peut parvenir à une telle conclusion, «que s'il apparaît parfaitement impensable que le législateur, lorsqu'il a dû adopter une réglementation en la matière, ait pu en toute équité adopter ou confirmer une telle réglementation». <sup>168</sup> Par application de ces critères, la Cour confirma la validité de la loi contestée, motif pris de ce que, même à la lumière des circonstances actuelles, il n'est pas déraisonnable de penser que le législateur ait pu adopter une mesure de ce genre afin de prévenir un conflit éventuel entre différents groupes religieux. <sup>169</sup>

Les avis peuvent diverger quant à l'interprétation donnée par la Cour suprême à l'Article 9 (2) de la Convention; on ne saurait, toutefois, nier que, d'accord en cela avec la Cour d'Appel, la Cour suprême soit partie de l'hypothèse que l'Article 9 était susceptible d'application immédiate. <sup>170</sup> Il s'ensuit que, si la Convention avait été violée, la condamnation de Van Loon eût été cassée. La Cour suprême a jugé semblablement dans une affaire antérieure, <sup>171</sup> où

<sup>165</sup> *Idem*, p. 640 (les italiques sont dans l'original).

<sup>166</sup> Ministère public contre Van Loon, Cour de Cassation, Jugement du 19 janvier 1962, *Annuaire* 4 640 (1961).

<sup>167</sup> *Idem*, p. 648

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> Pays-Bas, Ministère public contre Van Loon, Cour de Cassation, Jugement du 19 janvier 1962, *Annuaire* 4 640, 650 (1961).

<sup>170</sup> Cette opinion s'est trouvée confirmée dans *A. K. J. contre Ministère public*, Cour de Cassation, Jugement du 5 mai 1959 reproduit dans 8, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 73, 75 (1961). Voir, à ce propos, Buergenthal, *The Effect of the European Convention on Human Rights on Internal Law of Member States, Int'l & Comp. L.Q. Supp. (Publ. No 11)* 79, 91-93 (1965).

<sup>171</sup> Affaire No 436, Cour de Cassation (Troisième Chambre), Jugement du 13 avril 1960, *Yearbook* 3 648 (1960).

elle refusa de faire droit à la prétention d'un pasteur protestant selon lequel une loi sur la vieillesse, qui lui faisait obligation de cotiser à une caisse de retraite, portait atteinte aux droits garantis par l'Article 9 de la Convention. Dans ses attendus la Cour suprême dit, à juste titre, que cette disposition de la Convention «ne signifiait pas que chacun pût librement se soustraire à l'application des lois, même lorsque celles-ci sont sans rapport avec la manifestation de la religion ou des convictions . . .».<sup>172</sup>

Il ressort de ce qui précède qu'aux Pays-Bas, la Convention l'emporte de par la Constitution sur les lois nationales, quelle que soit la date de leur promulgation, ainsi que sur la Constitution elle-même. Peut-être des tribunaux néerlandais pourraient-ils juger que certaines dispositions de la Convention sont, de par leur nature même, inapplicables par les tribunaux en l'absence de lois et règlements d'application supplémentaires.<sup>173</sup> Mais si l'on considère que la Cour suprême des Pays-Bas n'a pas placé l'Article 9 de la Convention dans cette catégorie, et qu'aux termes de l'Article 66 de la Constitution des Pays-Bas, les dispositions de traités qui ont «force obligatoire pour les citoyens» sont susceptibles d'application immédiate, il est probable qu'à l'exception peut-être d'une ou deux de ses dispositions, l'ensemble du Titre I serait considéré comme ayant ce caractère.

<sup>172</sup> *Idem*, p. 670.

<sup>173</sup> Voir, à ce propos, Pays-Bas, X contre Inspecteur des Impôts, Cour de Cassation, Jugement du 24 février 1960, reproduit dans 8, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 285 (1961). La Cour s'est exprimée en ces termes:

«Comme le dit la Cour d'Appel, l'Article 13 se borne à prescrire aux Parties contractantes l'obligation d'organiser leurs lois de telle manière que toute personne dont les droits auront été violés, comme il est dit dans cet article, sera assurée de trouver un recours effectif. La Cour d'Appel a justement jugé que l'Article 13, de par sa nature, n'est pas susceptible d'application immédiate par les tribunaux et, par conséquent, en vertu de l'Article 66 de la Constitution, que cet Article n'appartient pas à cette catégorie de dispositions internationales qui ont un caractère obligatoire pour chacun et auxquelles le droit interne doit être subordonné». *Idem*, p. 286.

Voir également l'étude intéressante de Van Emde Boas, *La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dans la Jurisprudence néerlandaise*, (1962) dans *l'Annuaire européen*, Vol. 1, p. 226. L'auteur de cette étude soutient que certaines dispositions de la Convention peuvent parfaitement ne pas être susceptibles d'application immédiate en droit néerlandais parce que, selon lui, elles obligent le pouvoir judiciaire à apprécier la valeur relative de législations concurrentes, ce qui présuppose l'existence de pouvoirs de contrôle juridictionnel que les tribunaux néerlandais ne possèdent pas pour ce qui est des droits et règlements nationaux. Voir, en revanche, Van Panhuys, *The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience*, 58 *Am. J. Int'l L.* 88, 103-104 (1964).

## PAYS SCANDINAVES

En Norvège, en Suède, au Danemark et en Islande, pays où la Convention n'a pas tardé à être ratifiée, l'approbation ou la ratification par le Parlement ne suffit pas à incorporer les instruments internationaux au droit national,<sup>174</sup> et des textes d'application distincts sont pour cela nécessaires.<sup>175</sup> De tels textes n'ont été promulgués dans aucun de ces pays. Toutefois, là où les Chambres ont estimé que la Convention pourrait se révéler incompatible avec certaines dispositions de leur droit national, elles ont fait les réserves nécessaires.<sup>176</sup> A cet égard, il vaut la peine de noter que la Norvège, qui avait fait une réserve relative à l'Article 9 de la Convention parce qu'en vertu de l'article 2 de sa propre Constitution, «les Jésuites ne (sont) pas tolérés», a par la suite supprimé cette disposition de sa Constitution et en conséquence a retiré sa réserve.<sup>177</sup>

Sauf erreur ou omission, seul un tribunal islandais a expressément examiné la situation de la Convention à l'égard du droit interne. Il a jugé que, puisque la Convention «n'a acquis en Islande force ni de loi ordinaire ni de loi constitutionnelle», le plaignant ne pouvait l'invoquer pour contester la légalité d'une loi fiscale islandaise.<sup>178</sup> Bien que la Convention eût été récemment invoquée aussi devant la Cour suprême de Norvège,<sup>179</sup> cette haute instance n'a pas tranché la question de son statut en droit interne. L'occasion de le faire lui avait été donnée par la condamnation d'un dentiste nommé Iversen, convaincu d'avoir enfreint la «Loi provisoire du 21 juin

<sup>174</sup> Voir Sørensen, *Principes de Droit international public*, 101 *Recueil des Cours* 1, 118 (1960); Ross, *Lehrbuch des Völkerrechts* 69 (1951).

<sup>175</sup> Sørensen, ouvrage cité, p. 118; Løchen & Torgersen, *Norway's Views on Sovereignty* 95-96 (1955).

<sup>176</sup> La Suède a fait une réserve en ce qui concerne l'article 2 du Protocole, *Annuaire* 1 44 (1955-57); la Norvège a fait de même en ce qui concerne l'Article 9 de la Convention. *Idem*, pp 41-42. Le Danemark et l'Islande n'ont pas fait de réserves.

<sup>177</sup> Lettre du 4 décembre 1956, adressée par M. Lange, Ministre norvégien des Affaires étrangères au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, *Annuaire* 1 42 (1955-57).

<sup>178</sup> Olafson contre Ministre des Finances, Tribunal Municipal de Reykjavik, Jugement du 28 juin 1960, *Annuaire* 3 642, 646 (1960). Cette loi fiscale islandaise a fait l'objet d'un appel devant la Commission et celle-ci a jugé que ladite loi ne violait pas l'Article premier du Protocole à la Convention. Requête No 511/59, Décision du 20 décembre 1960, *Annuaire* 3 394 (1960).

<sup>179</sup> Norvège, Ministère public contre Stein Andreas Iversen, Cour suprême, Jugement du 16 décembre 1961, (1961) *Norsk Retstidende*, II, 1350. (Je suis très reconnaissant au Département juridique du Ministère norvégien des Affaires étrangères et à son Directeur Adjoint, M. Egil Amlie, qui a bien voulu me communiquer une traduction en anglais de ce jugement. J'en ai tiré toutes mes citations. Une analyse de cette affaire, rédigée par le Professeur Hambro, a été publiée dans 90, *Journal du Droit international (Clunet)* 788 (1963).

1956, faisant obligation aux dentistes d'accomplir un service public». En vertu de cette loi, les dentistes ayant achevé leur formation professionnelle après 1955 sont tenus d'exercer leur profession contre rémunération au service du Gouvernement pendant une période de un à deux ans dans certaines parties du pays désignées par le Ministère des Affaires sociales. Après s'être acquitté de cette obligation pendant quelques mois, Iversen quitta son poste et fit savoir au Ministère qu'il se refusait à accomplir des «travaux forcés». Il passa en jugement et fut condamné à payer une forte amende. La Cour suprême de Norvège confirma ce jugement, rejetant l'argument du défendeur qui soutenait, entre autres choses, que la loi de 1956 violait l'Article 4 de la Convention. En vertu de l'Article 4 (2) de la Convention, en effet, «nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire». L'Article 4 (3) d) définit avec plus de précision l'expression «travail forcé ou obligatoire», en stipulant qu'elle ne s'étend pas à «tout travail ou service faisant partie des obligations normales du citoyen». Traitant directement de la prétention du défendeur, le juge Hiorthoy, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, émit l'opinion suivante:

Il ne me paraît faire aucun doute que l'interdiction faite par la Convention d'astreindre quiconque «à accomplir un travail forcé ou obligatoire» ne peut raisonnablement être interprétée de manière à viser l'ordre d'accomplir un service public du genre dont il est question ici. En l'espèce, il s'agit d'exercer pendant peu de temps et moyennant un salaire satisfaisant la profession de son choix, dès la fin des études professionnelles. Bien que de tels ordres puissent souvent sembler, dans l'immédiat, s'opposer aux intérêts apparents de ceux qui en sont l'objet, il me paraît évident que nul n'est justifié à y voir une atteinte à un droit de l'homme, et moins encore une violation d'un tel droit. Puisqu'il ne me paraît y avoir aucune contradiction entre la Convention et la loi norvégienne en cause, il ne me sera donc pas nécessaire d'aborder la question de savoir lequel de ces deux textes doit l'emporter en cas de conflit de droit.<sup>180</sup>

On peut cependant être sûr que si la Cour suprême avait trouvé la loi de 1956 incompatible avec la Convention, c'est la loi nationale qu'elle aurait dû appliquer. Cette conclusion paraît se justifier non seulement parce que ladite loi est postérieure, mais aussi parce qu'en Norvège, comme au Danemark, en Suède et en Islande, un instrument international doit donner lieu à un texte d'application avant de pouvoir créer des droits capables d'être invoqués devant des tribunaux nationaux. Dans ses observations sur cette affaire, le Professeur Hambro s'est exprimé en ces termes:

<sup>180</sup> *Idem*, p. 1351.

Il n'est pas sans intérêt de noter qu'en l'espèce, comme en de nombreuses espèces antérieures, la Cour a envisagé la possibilité d'un conflit de droit surgissant entre la loi nationale et une obligation internationale, en dépit de la doctrine à peu près unanimement acceptée en Norvège, selon laquelle les tribunaux norvégiens doivent appliquer le droit norvégien, même lorsque celui-ci est manifestement en opposition avec le droit international.<sup>181</sup>

## TURQUIE

Il est à peu près sans espoir de chercher à définir le statut de la Convention en Turquie. Dans les bibliographies assez vastes qui traitent de la Convention et que publient les *Annuaire*s de la Commission des droits de l'homme, on ne trouve qu'une seule entrée se rapportant à ce pays.<sup>182</sup> La Revue juridique en langue française publiée par la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul<sup>183</sup> ne contient ni comptes rendus de procès ni articles ayant trait à la Convention, et notre correspondance avec certains professeurs turcs n'a, jusqu'ici, suscité aucune réaction. Dans ces conditions, le mieux que l'on puisse dire de la présente section de cet article, consacrée à la mise en oeuvre de la Convention en Turquie, est qu'elle est incomplète.

La Turquie a ratifié la Convention en 1954.<sup>184</sup> La Constitution turque alors en vigueur<sup>185</sup> ne contenait aucune disposition traitant expressément du statut national des instruments internationaux. Elle se bornait à dire que «l'Assemblée nationale suprême a seule pouvoir d'adopter, de modifier, d'interpréter et d'abroger les lois, de conclure des conventions et des traités, et de faire la paix avec les Etats étrangers...».<sup>186</sup> On a voulu faire dire à cette disposition

<sup>181</sup> Hambro, ouvrage cité, note 179, p. 790. Toutefois, à en juger par le résumé en anglais de son article, un auteur norvégien a récemment avancé la théorie selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme ne peut être considérée comme équivalente à un traité ordinaire, aux fins de la détermination de son statut en droit interne. Selon lui, la Convention garantit l'exercice des droits de l'homme à toute personne vivant dans la juridiction territoriale des Hautes Parties Contractantes. Ces personnes sont donc fondées à exiger l'application de la Convention, quelles que soient les lois constitutionnelles des divers Etats. Wold, *Den europæiske menneskerettskonvens jon og Norge*, dans *Legal Essays: A Tribute to Frede Castberg* 353, 373 (1963).

<sup>182</sup> La monographie en question est une thèse de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Genève par Ali Reza Gullu, et intitulée «*Les Droits de l'homme et la Turquie*» (1958). Malheureusement, elle n'est que d'une utilité très limitée aux fins de la présente étude.

<sup>183</sup> Elle est publiée sous le titre de «*Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*».

<sup>184</sup> Turquie, Loi No 6366 du 10 mars 1954, réimprimée dans *Annuaire* 1 43 (1955-1957).

<sup>185</sup> Voir Turquie, Constitution du 10 janvier 1945, 3 *Peaslee, Constitutions of Nations* 404 (2ème édition 1956).

<sup>186</sup> Constitution du 10 janvier 1945, Article 26.

qu'un traité dûment approuvé par l'Assemblée nationale suprême était, par là même, incorporé à l'ordre juridique interne.<sup>187</sup> Puisque, nous l'avons vu, la Convention a été ratifiée de cette manière par le Parlement turc, elle aurait donc dû acquérir le statut de loi nationale.<sup>188</sup>

En l'absence de toute décision de justice traitant du statut de la Convention en droit turc,<sup>189</sup> on en est réduit à spéculer sur l'importance qu'a prise sa mise en vigueur en Turquie. Il est bien connu, cependant, que le régime Menderes a délibérément fait litière de toutes notions de droits de l'homme, même des plus élémentaires, lorsqu'il a jeté les opposants en prison, imposé la censure à la presse, etc. On peut donc supposer, sans crainte de se tromper, que pendant cette période de l'histoire turque, la Convention n'a pas constitué une garantie efficace contre les attaques aux droits de l'homme, et puisque la Turquie ne reconnaît ni la compétence de la Commission pour

<sup>187</sup> Gullu, *Les Droits de l'homme et la Turquie* 69-71 (1958).

<sup>188</sup> La Convention, en tant que telle, pourrait l'emporter sur des lois antérieures incompatibles avec elle, et pourrait sans doute elle-même être rendue caduque par des lois postérieures à elle. Gullu, ouvrage cité plus haut, à la page 71. Toutefois, Gullu laisse aussi entendre qu'un traité promulgué en bonne et due forme ne pourrait pas être rendu caduc plus tard par une loi ordinaire. *Ibid.* Mais, toutefois, on peut mettre en doute le bien-fondé de cette théorie, car il fait reposer sa conclusion sur l'assertion qu'un traité tire sa force juridique du droit international, si bien qu'il ne pourrait être rendu caduc par une loi nationale. Il semble donc confondre la validité internationale continue d'un traité, même lorsqu'il a été abrogé unilatéralement par une loi nationale postérieure et les effets d'une telle loi en droit interne.

<sup>189</sup> Les *Annuaire*s de la Convention européenne des Droits de l'homme qui relèvent les jugements émis par des tribunaux nationaux à propos de la Convention ne contiennent aucune référence à des affaires turques. La seule décision judiciaire turque qui mette en cause la Convention, et dont j'aie pu avoir connaissance, est un jugement de la Cour constitutionnelle turque, dans une affaire où le Parti du Travail turc avait demandé à la Cour de dire et juger que la peine de mort était incompatible avec les dispositions de la nouvelle Constitution turque. En rejetant cette demande, la Cour constitutionnelle turque a déclaré ce qui suit:

«La question s'éclaire encore si l'on se réfère aux dispositions pertinentes d'une Convention internationale dont il a été tenu compte, ainsi qu'il ressort à l'évidence du rapport du Comité constitutionnel et des actes de l'Assemblée constituante, lors de la rédaction de la Constitution. L'Article 2 (1) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à laquelle la Turquie est devenue partie en 1954, stipule que «le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi» et que «la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal, au cas où le délit est puni de cette peine par la loi». Il y a là une preuve de plus que la peine de mort n'est pas incompatible avec les droits de l'homme et les libertés fondamentales», (Cour constitutionnelle de Turquie, Jugement du 1er juillet 1963. Traduction anglaise, *Conseil de l'Europe, Document H (64) 11, 21 mai 1964*).

Cette déclaration est évidemment trop vague pour justifier aucune conclusion sur le statut de la Convention en droit interne turc.

ce qui est d'entendre les requêtes particulières interjetées contre elle, ni celles de la Cour des droits de l'homme. il est impossible d'évaluer l'importance de ces atteintes.

Peut-être la situation s'est-elle améliorée depuis le renversement du régime Menderes, suivi de l'adoption d'une nouvelle Constitution turque<sup>190</sup> qui contient de nouvelles garanties fort importantes en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales.<sup>191</sup> D'autre part, il est remarquable qu'en son Article 65 (5), la Constitution de 1961 dispose expressément ce qui suit: «Les traités internationaux dûment entrés en vigueur ont force de loi. Aucun recours contre ces traités ne peut être formulé devant la Cour constitutionnelle, conformément aux Articles 149 et 151». Ainsi, par l'effet de cette disposition, un accord international tel que la Convention, outre qu'il a acquis le statut de loi nationale, est peut-être assuré aussi d'une situation privilégiée par rapport aux lois ordinaires. Ceci pourrait résulter du fait que, si les lois ordinaires peuvent être contestées ou abrogées au cas où elles violeraient la Constitution,<sup>192</sup> en revanche, il n'est prévu aucun contrôle juridictionnel direct sur les traités internationaux tels que la Convention.<sup>193</sup>

Dans un tel contexte, il serait prématuré de vouloir préjuger la manière dont les tribunaux turcs vont appliquer la Convention. Le renversement du régime Menderes et les signes qui permettent de conclure à l'établissement d'une démocratie constitutionnelle, joints au fait que les droits de l'homme garantis dans la nouvelle Constitution semblent modelés de très près sur ceux qu'énumère la Convention, sont autant d'éléments importants et confirment peut-être notre conclusion très générale que la Convention est désormais incorporée à l'ordre juridique interne turc.

<sup>190</sup> Constitution de la République turque en date du 9 juillet 1961, réimprimée dans les *Informations constitutionnelles et parlementaires de l'Union interparlementaire*, No 49, p. 18 (3ème série, 1962).

<sup>191</sup> Voir, passim, Giritli, *Some Aspects of the New Turkish Constitution*, 16 *The Middle East Journal* 1 (1962).

<sup>192</sup> Arik, *La Cour constitutionnelle turque*, 14 *Revue Internationale de Droit comparé* 401, 406 (1962); Balta, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, dans *Heidelberg Colloquim on Constitutional Jurisdiction* 550, 556-57 (Mosler édition 1962).

<sup>193</sup> Arik, ouvrage cité à la note 1962, p. 407. Balta, ouvrage cité à la note 192, p. 562, fait observer cependant que le libellé de l'Article 65 (5) de la Constitution n'exclut pas la possibilité, pour les tribunaux inférieurs, d'exercer un contrôle constitutionnel indirect sur les traités.

Pour une analyse générale du statut des traités en droit interne sous la nouvelle Constitution turque, voir Eroglu, *La Constitution turque de 1961 et les Relations internationales*, (1961) *Turkish Yearbook of Int'l Relations* 62, 79-82 (1963).

## ROYAUME-UNI

Le droit constitutionnel du Royaume-Uni ne confère pas à un traité le statut de loi nationale de par sa ratification.<sup>194</sup> Comme l'a expliqué Lord Atkin, dans l'Affaire «*Attorney-General du Canada contre Attorney-General de l'Ontario*»:<sup>195</sup>

Au sein de l'Empire britannique existe une règle bien établie, selon laquelle conclure un traité est un acte de l'exécutif, alors que la mise en œuvre de ses obligations, s'il entraîne un changement dans la loi nationale, exige des mesures législatives. A la différence de quelques autres pays, l'Empire ne reconnaît pas automatiquement force de loi aux stipulations d'un traité dûment ratifié.<sup>196</sup>

En d'autres termes, les dispositions d'un traité ne peuvent être invoquées devant les tribunaux du Royaume-Uni en l'absence de lois ou de règlements d'exécution.<sup>197</sup> Il en est ainsi même si l'instrument international a été conçu comme étant susceptible d'application immédiate et libellé en des termes qui autorisent à le considérer comme tel.<sup>198</sup> En fait, à l'exception peut-être de traités ayant trait aux droits de belligérance et aux immunités diplomatiques, aucun traité n'est susceptible d'application immédiate aux yeux du droit constitutionnel britannique.<sup>199</sup>

Bien que le Royaume-Uni ait été le premier Etat à ratifier la Convention,<sup>200</sup> il n'a encore promulgué aucune loi ni aucun règlement ayant pour objet de mettre ses dispositions à exécution.<sup>201</sup> C'est pourquoi la Convention ne peut pas être invoquée avec succès devant les tribunaux britanniques, encore qu'elle puisse, suivant une suggestion faite par le Professeur Waldock, être utilisée par les

<sup>194</sup> McNair, *The Law of Treaties* 81-82 (1961).

<sup>195</sup> (1937) A.C. 326 (P.C.) (Can.).

<sup>196</sup> *Idem*, p. 347.

<sup>197</sup> Voir *Le Parlement belge*, 4 P.D. 129, 154-55 (1879), jugement cassé pour d'autres motifs; 5 P.D. 197 (1880); Sinclair, *The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts*, 12 *Int'l & Comp. L.Q.* 508, 525 (1963); Wade & Phillips, *Constitutional Law* 259 (6ème édition 1960).

<sup>198</sup> Voir Marsh, *Civil Liberties in Europe*, 75 L.Q. Rev. 530, 535 (1959).

<sup>199</sup> McNair, ouvrage cité, note 194, pp. 81, 89-93.

<sup>200</sup> Le Royaume-Uni a ratifié la Convention le 22 février 1951 et a déposé son instrument de ratification le 8 mars de la même année.

<sup>201</sup> Notons ici qu'en ratifiant le Protocole à la Convention, le Royaume-Uni a invoqué, en vertu de l'Article 64, le droit de faire les réserves suivantes:

«... étant donné l'existence de certaines dispositions de lois sur l'enseignement en vigueur dans le Royaume-Uni, le Royaume-Uni n'accepte le principe énoncé à la deuxième phrase de l'Article 2 du Protocole que dans la mesure où il est compatible avec l'existence de moyens d'enseignement et de formation professionnelle efficaces et dans la mesure où il permet d'éviter des dépenses publiques déraisonnables». *Annuaire*, 1 45 (1955-57).

tribunaux «à propos de questions mal résolues par le droit interne». <sup>202</sup> On ne connaît encore aucun cas de ce genre.

Ce n'est que le 14 janvier 1966 que le Royaume-Uni a reconnu la compétence de la Commission pour être saisie de requêtes individuelles, conformément à l'article 25, et reconnu la juridiction obligatoire de la Cour des droits de l'homme, en vertu de l'article 46. Bien que l'on ne puisse que se féliciter de cette mesure, malgré le retard mis à la prendre, le Royaume-Uni devra absolument, en outre permettre à ses propres tribunaux de connaître de ces questions s'il veut s'acquiescer des obligations qu'il a contractées en ratifiant la Convention. Enfin, puisque avec l'Irlande le Royaume-Uni est le seul pays de Common Law qui soit Partie à la Convention, il est certain que les tribunaux britanniques seraient en mesure d'apporter une précieuse contribution à l'édification du droit autour de la Convention. On ne peut donc que partager les sentiments d'un éminent juriste britannique, Mr. Norman S. Marsh, qui a déclaré ce qui suit:

Dans la mesure où la conception britannique de la liberté civile a quelque valeur – encore que certaines comparaisons avec la situation régnant dans des pays du continent montre qu'elle pourrait être plus complète – on peut estimer regrettable que nos tribunaux n'aient jamais l'occasion d'interpréter une convention à laquelle le Royaume-Uni a souscrit en tant qu'Etat. Il n'est pas facile de faire admettre à un juriste étranger que nous courions à la catastrophe si notre Parlement décidait de donner force de loi à une Convention que nous avons signée et ratifiée. <sup>203</sup>

## CONCLUSION

Il ressort de notre étude que la Convention n'a pas été incorporée à l'ordre juridique interne de six des pays qui l'ont ratifiée, savoir le Royaume-Uni, l'Irlande, la Norvège, la Suède, le Danemark et l'Islande. Il se peut naturellement que les droits garantis dans la Convention se trouvent convenablement protégés dans ces pays, mais, quoi qu'il en soit, le fait demeure que nul ne peut tenter de le démontrer devant leurs tribunaux en cherchant à prouver qu'une certaine loi ou une certaine décision du gouvernement viole la Convention. Peut-être en est-il de même au Luxembourg, où un tribunal a jugé que la Convention n'était pas susceptible d'application immédiate. Aussi, dans tous ces pays, l'individu ne jouit-il pas pleinement des avantages de la Convention, car s'il avait effectivement un droit à faire valoir en se fondant sur la Convention, les tribunaux nationaux auxquels il s'adresserait n'auraient pas le pouvoir de lui ouvrir une voie de recours. Cette situation est incompatible avec

<sup>202</sup> Waldock, *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 34 *Brit. Yb. Int'l L.* 356, 358 (1959).

<sup>203</sup> Marsh, ouvrage cité note 198, p. 537.

les dispositions de l'Article 13 de la Convention, qui stipule notamment que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale... ». On voit mal en effet comment un particulier peut se faire octroyer « un recours effectif devant une instance nationale », en vue d'assurer l'application des droits garantis dans la Convention, s'il lui est impossible d'invoquer une disposition particulière qui y est « reconnue ». <sup>204</sup> Il est donc nécessaire d'interpréter l'Article 13 de façon que chaque Haute Partie Contractante soit requise de donner à la Convention le statut d'une loi nationale. <sup>205</sup> Les Etats qui, jusqu'ici se sont soustraits à cette obligation n'ont pas pleinement appliqué la Convention.

Dans des pays tels que l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas et, plus récemment, l'Autriche, la Convention a le statut d'une loi nationale applicable sans autre formalité. Là, un particulier peut effectivement se réclamer devant les tribunaux nationaux d'une disposition quelconque de la Convention, en vue d'assurer les droits que cet instrument lui garantit. En outre, ces Etats reconnaissent le droit de requête des particuliers ainsi que la compétence de la Cour des Droits de l'Homme. Les institutions européennes n'ont naturellement pas le pouvoir de casser le jugement d'un tribunal national, mais on peut raisonnablement supposer que les tribunaux nationaux pourraient, au cours de procès ultérieurs mettant en cause les mêmes points de droit, revenir sur leur jugement précédent, compte tenu des avis exprimés par la Commission, et surtout par la Cour des droits de l'homme. Une telle réciprocité dans l'action judiciaire, qu'elle soit ou non sanctionnée par des actes officiels, qui s'établirait entre les institutions internationales et les tribunaux nationaux appliqués à connaître de la Convention, pourrait doublement contribuer au développement et à l'application effective du droit issu de la Convention. <sup>206</sup>

Ces considérations nous amènent à évoquer une situation qui entrave, de façon particulièrement gênante, l'application effective de la Convention: c'est le cas de l'Etat qui a ratifié la Convention, sans toutefois reconnaître, voire sans s'engager à reconnaître, le droit pour un particulier de se présenter devant la Commission. Les conséquences négatives d'une telle attitude ne sont, hélas que trop évidentes si nous nous souvenons qu'en Grèce, par exemple, la Convention a théoriquement acquis le statut de loi nationale sans offrir aucune protection réelle dans la pratique, puisque les tribunaux

<sup>204</sup> Voir Golsong, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention* 8 (1958).

<sup>205</sup> S'il fallait interpréter cette disposition comme n'imposant pas une obligation de ce genre, elle n'aurait aucun sens, parce qu'elle n'ajouterait rien que la Convention n'a pas déjà prévu.

<sup>206</sup> Sur cette question, voir Buergethal, ouvrage cité note 170 pp. 94-105.

grecs ont, dans le passé, donné de ses prolongements juridiques une interprétation tout à fait erronée. Mais puisque la Grèce, pas plus que le Royaume-Uni, l'Italie et la Turquie, ne reconnaît le droit de requête des particuliers, on ne peut guère espérer apporter de remède à la situation. Il est vrai sans doute qu'une autre Haute Partie Contractante pourrait néanmoins soumettre la plainte de la victime à la Commission, mais l'expérience montre qu'un Etat agira rarement ainsi, parce qu'il répugnera à compromettre les bonnes relations qu'il entretient avec un autre Etat ami.<sup>207</sup> Il est très probable qu'un Etat n'accusera un autre Etat de violer la Convention que dans l'intérêt de ses propres combinaisons politiques.<sup>208</sup> Ainsi, à moins que ses nationaux n'aient qualité pour se présenter devant la Commission et, par elle, devant la Cour des droits de l'homme, un Etat n'est nullement tenu de faire honneur aux obligations qu'il a contractées en devenant partie à la Convention.

Dans la pratique, il est donc impossible de considérer l'application de la Convention dans les pays Parties sans tenir compte en même temps du droit pour les particuliers d'adresser des requêtes à la Commission. La situation de la Turquie sous le régime Menderes a montré qu'il en était bien ainsi: un gouvernement déterminé à fouler aux pieds les droits fondamentaux de l'homme n'en sera pas empêché par la considération qu'il viole ses propres lois, même si celles-ci ont pour origine un traité dûment ratifié tel que la Convention. Mais il hésitera davantage à agir ainsi s'il sait qu'il peut être appelé à répondre de ses actes devant un tribunal international tel que la Commission ou la Cour. Ainsi, et ce sera notre seule conclusion possible, aussi longtemps que la Convention n'a pas acquis le statut de loi nationale dans chacun des Etats qui y ont adhéré, et aussi longtemps que ces Etats n'auront pas en outre reconnu le droit pour les particuliers d'adresser des requêtes à la Commission ainsi que la compétence obligatoire de la Cour, la Convention demeurera, dans certains pays, un document privé de toute véritable signification.

<sup>207</sup> Voir Rolin, *Les Conclusions du Colloque*, 10 *Annales* 404, 411-12 (1961).

<sup>208</sup> C'est ainsi que la Grèce a accusé le Royaume-Uni d'avoir violé la Convention à Chypre avant l'accès de cette île à l'indépendance. De même, l'Autriche a pris à son compte plusieurs plaintes portées par certains irrédentistes du Tyrol méridional, qui soutenaient que l'Italie violait leurs droits.

# LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE EN TANT QUE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL

par

E. ZELLWEGER \*

## I. LA JURISDICTION CONSTITUTIONNELLE SOUS LA CONSTITUTION FÉDÉRALE DE 1848

La Suisse est un Etat fédératif depuis 1848. En vertu de la Constitution fédérale proclamée le 12 septembre 1848, un Etat fédératif allait remplacer la Ligue des 22 cantons souverains qui reposait sur un instrument fondé sur le droit international public, le Pacte fédéral du 27 août 1815. L'Etat fédératif est une création du mouvement libéral qui, après avoir reçu l'impulsion de la Révolution française de juillet, réussit, à partir de 1830, à s'imposer dans la majorité des cantons. La Constitution fédérale de 1848 s'est donc largement inspirée des principes du libéralisme et s'est caractérisée par la garantie des droits fondamentaux.

La Constitution de 1848 prévoyait un tribunal fédéral, dont l'organisation et la compétence furent définies ultérieurement par la loi fédérale du 5 juin 1849 sur l'organisation judiciaire. L'analyse de ses principales prescriptions montre qu'il n'était pas dans l'intention des auteurs de la Constitution ni, en particulier, de la Commission constitutionnelle de la Diète, de créer un tribunal permanent doté de juges permanents<sup>1</sup>. «Il s'agissait encore moins d'une cour suprême destinée à veiller au respect de la Constitution et à protéger les citoyens contre les excès de pouvoir des autorités administratives... La Commission constitutionnelle avait voulu aussi permettre l'établissement d'une liste de juges pouvant offrir une juridiction occasionnelle à certains catégories de plaideurs. Le tribunal ainsi créé devait demeurer nettement subordonné aux pouvoirs législatifs et exécutifs de la Confédération».

Les compétences du Tribunal fédéral qui, nous venons de le voir, ne disposait ni d'un siège permanent ni de juges permanents, étaient donc excessivement limitées. En sa qualité de tribunal de droit public, il avait uniquement à connaître:

---

\* Docteur en Droit-Conseiller aux Etats de la Confédération Helvétique.

<sup>1</sup> William E. Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse 1848-1948* (Boudry-Neuchâtel: 1948), p. 163.

- (1) de la violation des droits garantis par la Constitution, lorsque les plaintes à ce sujet étaient renvoyées devant lui par l'Assemblée fédérale (CF, art. 105);
- (2) des différends concernant les gens sans patrie (Heimatlose).

En ce qui concerne la violation de droits garantis par la Constitution, l'Assemblée fédérale ne s'est décidée qu'une seule fois, en un quart de siècle, à renvoyer une plainte à ce sujet devant le Tribunal fédéral (affaire Dupré en 1815). La juridiction en la matière fut d'ailleurs exercée par le Conseil fédéral (Gouvernement fédéral) et l'Assemblée fédérale (Parlement). Aux termes de l'art. 90, al. 2 et 3 de la Constitution fédérale de 1848, c'est au Conseil fédéral qu'il incombait de veiller à la garantie des constitutions cantonales. D'autre part, conformément à CF /art. 74, al. 15 «les réclamations des cantons et des citoyens contre les décisions ou les mesures prises par le Conseil fédéral» étaient de la compétence de l'Assemblée fédérale. Sur la base de ces dispositions se développa une importante juridiction constitutionnelle des autorités politiques. Le Conseil fédéral avait généralement à connaître des recours en première instance. Tel était toujours le cas lorsque de tels recours étaient portés devant lui. En revanche, lorsqu'ils étaient transmis à l'Assemblée fédérale, celle-ci entrait en matière sans plus, après l'avoir cependant renvoyée d'abord au Conseil fédéral pour avis.

Le Conseil fédéral a eu à connaître d'un assez grand nombre de recours pour lesquels on dispose d'une argumentation juridique importante et dont l'intérêt n'est pas encore épuisé aujourd'hui. Il n'a pas été rare à ce propos qu'il se voie dans l'obligation d'annuler certains arrêts de tribunaux cantonaux en les déclarant contraire à la Constitution. On ne tarda cependant pas à se rendre compte que le Conseil fédéral agissant en tant que tribunal, ne pouvait plus à la longue exercer de juridiction constitutionnelle, ses membres n'ayant pas le temps d'étudier les recours constitutionnels. On en arriva à la situation suivante: les recours étaient examinés par le Département de Justice puis, sur proposition de ce dernier, le Conseil fédéral statuait sans plus approfondir la cause.

L'assemblée fédérale se prêtait encore moins à l'exercice de la juridiction en matière de droit constitutionnel. «Il y eut des cas, sous le système bicaméral où il était absolument impossible de statuer sur un recours, qui pouvait toutefois simplement être rejeté. Les conséquences de ce système étaient particulièrement regrettables pour le recourant dans les cas où l'un des Conseils était en faveur de l'admission partielle d'un recours, tandis que l'autre désirait l'admettre intégralement. Lorsque les Conseils n'arrivaient pas à s'entendre, le recours pouvait être rejeté. Il éte facile de concevoir d'autre

part qu'un organe politique ne pouvait manquer de tenir compte de considérations politiques; en outre, dans la majorité des cas, il s'agissait de contestations juridiques n'ayant aucune signification politique, de sorte que, vu la composition des Conseils, on ne pouvait guère s'attendre que les cas soient réglés en véritable connaissance de cause».<sup>2</sup>

Cette formule, qui surprend de nos jours, s'explique tout d'abord par la conception qui prévalait chez les auteurs de la Constitution de 1848, à savoir que le pouvoir législatif en tant que représentation du peuple doit avoir le pas sur les autres pouvoirs. A cela est encore venu s'ajouter le fait que, comme Munzinger l'écrivait en 1871, «l'édifice tout nouveau de la Confédération paraissait si complexe aux hommes d'Etat d'alors que l'on préférerait remettre l'application et le développement des nouveaux principes entre les mains solides des pouvoirs politiques.»<sup>3</sup>

Cet exercice de la juridiction constitutionnelle par les autorités politiques s'est heurté tout d'abord à l'opposition des juristes qui qualifièrent les activités juridiques du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale de «justice de cabinet». Munzinger, que nous avons déjà cité, disait: «Je préfère voir la justice entre les mains d'un seul juriste plutôt qu'entre celles d'une assemblée de cent personnes.»<sup>4</sup> Un des hommes politiques et des juristes les plus éminents de cette époque, le Conseiller fédéral Dubs, qui devait être élu plus tard juge fédéral, parlait d'une «situation déplorable à tous égards.»<sup>5</sup> Les autorités politiques ne purent à la longue se dissimuler le bien-fondé de ces critiques. Dès 1865, une commission du Conseil des Etats proposa de confier au Tribunal fédéral l'examen des recours de droit public qui comportaient une décision juridictionnelle. Dans son message du 17 juin 1870 relatif à la révision totale de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral s'associa à cette proposition en ces termes: «Pour des plaintes concernant des violations de droit, c'est le juge qui, dans le monde entier, est considéré comme l'instance naturelle, mais non le Gouvernement, ni le corps législatif.»<sup>6</sup>

La réforme nécessaire de la juridiction constitutionnelle fut introduite en 1874 en même temps que la révision totale de la Constitution fédérale.

<sup>2</sup> Albert Schellenberg, *Die Verfassungsrechtspflege der politischen Bundesbehörden* (Winterthur: 1957), p. 23.

<sup>3</sup> W. Munzinger, *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit* (Berne: 1871), p. 9.

<sup>4</sup> W. Munzinger, *op. cit.* p. 24.

<sup>5</sup> Jakob Dubs, *Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Zurich: 1878) p. 82.

<sup>6</sup> George Solyom, *La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse* (Genève: 1923), p. 92.

## II. LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE – SON ORGANISATION

Ce n'est qu'en 1874, lors de la révision totale de la Constitution fédérale de 1848, que le Tribunal fédéral suisse a reçu le statut de cour suprême permanente. Son organisation et sa compétence sont définies à l'art. 113 de la Constitution fédérale (CF), dans la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ), ainsi que dans la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934. Le Tribunal fédéral n'est pas seulement le tribunal constitutionnel, il est aussi l'instance juridique suprême en matière de droit civil, pénal et administratif. Il se subdivise entre les sections suivantes: la cour de droit public et de droit administratif, deux cours civiles, la chambre des poursuites et des faillites, la cour de cassation pénale et la cour pénale fédérale (instance unique pour certaines affaires pénales fédérales). L'administration de la justice en matière fédérale incombe au Tribunal fédéral en tant que tel. Les arrêts sont cependant rendus non pas en séance plénière, mais par les diverses sections énumérées ci-dessus. L'OJ, art. 16 garantit l'unité de la juridiction des diverses sections en empêchant que des jugements puissent reposer sur des conceptions juridiques contradictoires; cet article stipule en effet ce qui suit:

Lorsqu'une section du tribunal entend déroger à la jurisprudence suivie par une autre section, par plusieurs sections réunies ou par le tribunal en séance plénière, elle ne peut le faire qu'avec le consentement de l'autre section ou à la suite d'une décision des sections intéressées ou du tribunal. Cette décision est prise sans débats et à huis clos; elle lie la section qui doit statuer sur la cause.

Selon OJ, art. premier, le Tribunal fédéral se compose de 26 à 28 membres et de 11 à 13 suppléants. Actuellement, les membres sont au nombre de 26. Les juges fédéraux sont élus par l'Assemblée fédérale: les deux chambres du Parlement fédéral – le Conseil national (représentation du peuple) et le Conseil des Etats (représentation des cantons) – «se réunissent pour délibérer en commun sous la direction du président du Conseil national, et c'est la majorité des membres votants des deux conseils qui décide» (CF, art. 92). Lors de ces élections, l'Assemblée fédérale aura égard à ce que les trois langues officielles – allemand, français, italien – soient représentées (OJ, art. premier, al. 2). Les juges actuellement en fonction comptent 17 juges suisses alémaniques, 7 juges d'expression française et 2 juges d'expression italienne. En ce qui concerne la langue dans laquelle les arrêts du Tribunal fédéral doivent être rédigés, l'art 17 du Règlement du Tribunal fédéral du 21 octobre 1944 stipule ce qui suit:

Les arrêts sont rédigés dans la langue officielle en laquelle l'affaire a été instruite, et, à défaut d'instruction, dans la langue de la décision attaquée. Il est loisible de déroger exceptionnellement à cette règle en raison de la langue des parties.

Dans les contestations portées devant le Tribunal en instance unique, l'arrêt est rédigé dans la langue officielle qui est celle des parties. Si celles-ci sont de langues différentes, l'arrêt est rédigé, en règle générale, dans la langue du défendeur ou, s'il y a plusieurs défendeurs de langues différentes, dans les langues des uns et des autres.

Peut être élu juge fédéral tout citoyen suisse éligible au Conseil national (OJ, art. 2, al. 1); est donc éligible tout citoyen suisse qui a le droit de vote, c'est-à-dire «tout Suisse âgé de vingt ans révolus et qui n'est du reste point exclu du droit de citoyen actif par la législation du canton dans lequel il a son domicile» (CF, art. 74). La constitution et la loi ne prévoient aucune qualification juridique pour être éligible. Dans la pratique cependant, seuls des juristes de renom sont élus membres du Tribunal fédéral: professeurs de droit, avocats en vue (qui, bien souvent, ont été membres du Parlement fédéral), greffiers ou secrétaires du Tribunal fédéral et principalement membres des juridictions supérieures cantonales. (Toutes les juridictions moyennes et inférieures sont en effet des juridictions cantonales. Depuis 1874, la législation en matière de droit civil et pénal a été peu à peu confiée à la Confédération, «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice» demeurant cependant «aux cantons dans la même mesure que par le passé», comme le précise CF, art. 64, al. 3).

La durée des fonctions des membres et des suppléants est de 6 ans. Il est pourvu aux places vacantes à la prochaine session de l'Assemblée fédérale pour le reste de la période (OJ, art 5). Selon un usage constant, qui revêt pratiquement le caractère d'une règle de droit coutumier, les juges fédéraux qui ne sont pas démissionnaires à l'expiration de leur mandat sont régulièrement réélus. Ces derniers temps, il est devenu courant que les juges se retirent à l'âge de 70 ans au plus tard.

Le président et le vice-président du Tribunal fédéral sont choisis par l'Assemblée fédérale parmi les juges; ils sont élus pour 2 ans (OJ, art. 6, al. premier).

Le Tribunal fédéral nomme lui-même ses greffiers et ses secrétaires – dont le nombre est fixé par l'Assemblée fédérale – ainsi que le personnel de la chancellerie. Les greffiers et les secrétaires sont nommés après chaque renouvellement intégral pour une période de 6 ans ou, dans l'entretemps, pour le reste de la période (OJ, art. 7). Il est tout à fait exceptionnel que des juges aient des assistants personnels; lorsqu'ils en ont, la rémunération de ces derniers leur incombe.

Cinq juges doivent prendre part aux délibérations et aux votes

des sections du tribunal, sauf disposition contraire de la loi, comme dans le cas par exemple de OJ, art. 12, al. premier, litt. C où il est prévu que la chambre des poursuites et des faillites ne doit se composer que de 3 membres. Dans les causes de droit public, la présence de 7 juges est nécessaire; il est fait exception pour les recours de droit public contre une décision cantonale pour violation de l'art. 4 de la Constitution (égalité devant la Loi). La chambre qui est chargée de ces affaires compte 5 membres.

La juridiction en matière de droit public et, en particulier, de droit constitutionnel, est exercée par la chambre de droit public dont font partie tous les 9 membres de la cour de droit public et de droit administratif. Comme nous l'avons déjà vu, dans les causes de droit public, la présence de 7 juges est nécessaire. Les très fréquents recours de droit public pour violation de l'art. 4 de la Constitution sont du ressort de la chambre de droit public et exigent la présence de 5 juges. Les recours sans espoir peuvent être liquidés selon la procédure dite d'examen préliminaire. Aux termes de OJ, art. 92, une délégation de trois membres peut, sans délibération publique et à l'unanimité, décider de ne pas examiner le fond des recours manifestement irrecevables ou rejeter ceux qu'elle considère sans hésitation comme mal fondés. L'arrêt est motivé sommairement.

La chambre de droit administratif connaît des recours de droit administratif contre des décisions et des dispositions prises par les autorités fédérales ou cantonales en application du droit administratif fédéral. (L'application d'un nombre important de lois fédérales en matière d'administration incombe en effet aux autorités cantonales, conformément au principe de la décentralisation administrative qui est caractéristique de l'organisation fédérative de la Confédération suisse.) Le nombre des causes qui sont confiées à la chambre de droit administratif est relativement faible. Les actes administratifs contre lesquels le recours de droit administratif est recevable sont énumérés. Une clause générale n'est formulée que dans le seul cas des décisions prises en matière de contributions de droit fédéral. Selon OJ, art. 97, le recours de droit administratif est généralement recevable «contre les décisions prises en matière de contributions de droit fédéral, tant en ce qui concerne le paiement ou la restitution de contributions que le principe de l'obligation ou de l'exception de les payer». Entrent dans la catégorie de ces décisions, celles qui concernent «les impôts sur le revenu, sur la fortune, sur les transactions, les impôts de consommation, les taxes d'exemption, les droits de concession et les taxes postales, télégraphiques et téléphoniques qui sont perçus conformément à la législation fédérale.» Un projet de Loi prévoyant un élargissement considérable de la juridiction exercée par le Tribunal fédéral en matière de droit administratif a été soumis au Parlement fédéral en décembre 1965 par le Gouvernement fédéral.

### III. LES AFFAIRES DE DROIT PUBLIC (JURIDICTION DU TRIBUNAL FÉDÉRAL EN MATIÈRE DE DROIT PUBLIC)

a) En matière de droit public, la Cour de droit public fonctionne pour régler les conflits de compétence entre les autorités fédérales d'une part et les autorités cantonales d'autre part (OJ art. 83 lit. a). Elle juge en outre les différends de droit public entre les cantons (OJ art. 83 lit. b), c'est-à-dire les différends portant sur la délimitation des droits de souveraineté cantonale, comme par exemple les différends de souveraineté concernant le territoire cantonal, ses frontières, les servitudes publiques, les cours d'eau inter-cantonales, etc., les différences entre cantons relatifs à leur souveraineté fiscale, les questions litigieuses entre autorités tutélaires de différents cantons en ce qui concerne l'entr'aide judiciaire pour l'exécution de dispositions tutélaires, les questions de validité, d'application et d'interprétation de concordats<sup>7</sup>, dans la mesure où le contenu de ces derniers n'est pas purement de droit civil, les conflits intercantonaux de compétence judiciaire, etc.

b) La partie essentielle de la juridiction de droit public du Tribunal fédéral est cependant la *juridiction constitutionnelle* définie en plus grand détail par l'art. 84 OJ, c'est-à-dire la compétence de juger des différends qui sont soumis par la voie du *recours de droit public* au Tribunal fédéral ou à sa Cour de droit public. En vertu de l'art. 84 OJ, il peut être présenté des recours de droit public au Tribunal fédéral contre des arrêtés et des décisions des cantons:

- (a) pour violation des droits constitutionnels des citoyens;
- (b) pour violation des concordats (traités entre cantons);
- (c) pour violation des traités avec l'étranger, sauf s'il s'agit d'une violation de leurs dispositions de droit civil et pénal par une décision cantonale;
- (d) pour violation de prescriptions de droit fédéral sur la délimitation de la compétence matérielle ou locale des autorités.

Relèvent également de la notion de recours de droit public les «recours concernant le droit de vote des citoyens et ceux qui ont trait aux élections et aux votations cantonales, quelles que soient les dispositions de la constitution cantonale et du droit fédéral régissant la matière» (OJ art. 85 lit. a).

c) *Les droits constitutionnels des citoyens* constituent l'objet le plus élevé et le plus important qu'ait à protéger le recours de droit public. La notion de droits constitutionnels comprend tout d'abord

<sup>7</sup> Les concordats sont des traités que les cantons concluent entre eux sur les matières relevant de leur compétence.

les droits constitutionnels accordés par la constitution fédérale et par les constitutions cantonales, avant tout donc les libertés individuelles et les droits populaires (droits politiques des citoyens).

Les *libertés individuelles*, expressément garanties par le droit suisse sont les suivantes: la liberté de conscience et de croyance (CF art. 49), le libre exercice des cultes (CF art. 50), la liberté du commerce et de l'industrie (CF art. 31), notablement restreinte par les articles dits économiques de 1947, la liberté personnelle et celle du domicile, éventuellement aussi le secret postal conformément aux constitutions cantonales, le droit de pétition (CF art. 57), la liberté de la presse (CF art. 55) et la libre expression de la pensée conformément aux constitutions cantonales, la liberté d'établissement (CF 45), la liberté d'association (CF art. 56), la liberté de réunion conformément aux constitutions cantonales ainsi que la liberté de l'enseignement accordée par de nombreuses constitutions cantonales.

Comme *droits politiques*, la Constitution fédérale reconnaît: l'élection par le peuple du Conseil national et des jurés fédéraux, le référendum constitutionnel obligatoire, le référendum facultatif pour les traités et les lois, la demande de revision totale de la constitution fédérale par les citoyens et la demande de revision partielle de la constitution fédérale par les citoyens. Les droits politiques énoncés dans la constitution fédérale ont été repris du droit cantonal. Les droits politiques reconnus par les cantons sont encore plus nombreux et plus étendus que ceux du droit fédéral. Ainsi, la plupart des constitutions cantonales prévoient le référendum législatif obligatoire et l'initiative populaire en matière législative (loi adoptée à la requête des citoyens).

Le principe de l'égalité juridique (égalité devant la loi, CF art. 4) fait parti des droits constitutionnels; dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, il dépasse en importance tous les autres droits constitutionnels.

Font aussi partie des droits constitutionnels dont le Tribunal fédéral assure la protection les garanties institutionnelles des droits fondamentaux ou des droits politiques, comme le principe de la séparation des pouvoirs énoncé dans de nombreuses constitutions cantonales ou celui de la force dérogatoire du droit fédéral (le droit fédéral l'emporte sur le droit cantonal). La violation de ces règles d'organisation au détriment d'un citoyen ou d'une collectivité ouvre à la partie lésée la voie du recours de droit public. Il en est de même en cas de violation d'un autre principe d'organisation, celui de l'autonomie communale: en ce cas, c'est la commune, atteinte dans son autonomie, qui est habilitée à présenter un recours de droit public.

A l'exception de celle du Tessin, toutes les constitutions cantonales garantissent la propriété privée. La constitution fédérale elle-même ne contient aucune disposition qui garantisse la propriété.

Néanmoins, la garantie de la propriété lie la Confédération et tous les cantons, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, car la «propriété privée découle naturellement des conditions sociales», comme l'a dit le tribunal dans un arrêt du 11 mars 1909 (ATF 35 I 571).<sup>8</sup>

d) Le recours de droit public a un caractère *subsidaire*, c'est-à-dire qu'il n'est recevable «que si la prétendue violation ne peut pas être soumise par une action ou par un autre moyen de droit quelconque au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale» (OJ art. 84 al. 2). De plus, elle n'est admissible qu'après épuisement de toutes les instances cantonales. Font exception à cette règle les recours fondés sur l'article 86 al. 2 OJ pour la violation de la liberté d'établissement (CF art. 45), de l'interdiction de la double imposition (CF art. 46 al. 2), de la garantie du juge naturel (CF art. 58), de la garantie du for du domicile (CF art. 59), du droit des citoyens d'autres cantons à recevoir un traitement égal à celui des citoyens du canton en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques (CF art. 60) et, enfin pour violation du principe de l'entraide judiciaire (CF art. 61).

Ont qualité pour présenter ce recours «les particuliers ou les collectivités lésés par des arrêtés ou décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale (OJ art. 88). Par collectivités, la loi entend les personnes morales de droit privé et également les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les associations professionnelles, une masse en faillite en tant que représentante des créanciers, sauf s'il s'agit de droits qui, d'après leur nature même, ne peuvent appartenir à des personnes morales, comme la liberté de croyance et de conscience ou les droits politiques.

Exceptionnellement, le recours de droit public peut être aussi exercé par des collectivités de droit public quand l'une d'elles entend se défendre contre l'intrusion d'une autorité politique supérieure dans sa sphère d'action autonome. C'est ainsi par exemple qu'une commune peut présenter un recours de droit public pour violation de l'autonomie communale contre un acte de souveraineté du canton dont elle fait partie.

e) Les objets des recours de droit public sont «des arrêtés et des décisions cantonaux». Comme tels, il faut comprendre les actes

---

<sup>8</sup> ATF 35 I 571: ATF = Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse. Le premier chiffre 35 indique le volume; le chiffre I indique la «première partie - droit public et droit administratif». Le dernier chiffre renvoie à la page. Chaque année, il paraît 4 volumes des arrêts du Tribunal fédéral; le volume portant le chiffre I contient les arrêts de droit public et de droit administratif; le volume II contient les arrêts de droit civil, le volume III les arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites et le volume IV les arrêts de la Cour de cassation en matière pénale.

d'autorité de tout genre – lois, actes administratifs, jugements –. Il doit s'agir d'une manifestation de volonté émanant d'une autorité cantonale et qui est intervenue en vertu de la puissance publique qu'elle détient. Cette manifestation de volonté d'une autorité cantonale peut émaner de l'ensemble des citoyens actifs acceptant une loi lors d'une votation populaire, des organes supérieurs du canton, collégiaux ou individuels (Grand Conseil<sup>9</sup>, Conseil d'Etat<sup>10</sup> et ses directions, juridiction cantonale de dernière instance), ou encore des organes cantonaux dotés d'une compétence locale ou des corps d'administration autonome (communes).

Quant au caractère de l'acte d'autorité cantonal, il est sans importance qu'il ait été accompli par application du droit cantonal ou du droit fédéral. Si l'inconstitutionnalité naît de l'application d'une disposition fédérale contraire à la constitution, un recours de droit public peut être présenté dans la mesure où la disposition ne lie pas le Tribunal fédéral. Cette limitation, d'une importance capitale, de la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral sera examinée plus loin sous ch. IV.

Une autre limitation, imposée celle-là par le Tribunal fédéral lui-même à sa propre compétence porte sur les recours de droit public dirigés contre des dispositions constitutionnelles cantonales dont il s'interdit de connaître; une disposition de ce genre, portant atteinte aux droits des citoyens ou des collectivités garantis par la constitution fédérale, ne peut être attaquée au moyen du recours de droit public. Le recours de droit public ne peut davantage viser un acte d'autorité individuel, par exemple, un acte administratif lésant un particulier dans un cas donné et qui a pour cause l'application d'une disposition constitutionnelle cantonale contraire à la constitution fédérale. Cette jurisprudence a été largement critiquée par la doctrine suisse. Le Tribunal fédéral (c'est-à-dire sa Cour de droit public) s'en est pourtant encore tenu à ce point de vue dans un récent arrêt, en date du 9 octobre 1963, rendu en l'affaire Nelz c/Canton de Zurich (ATF 89 I 389). Cette opinion se fonde surtout sur le fait que les constitutions cantonales et leurs modifications doivent recevoir l'approbation de l'Assemblée fédérale et que, en cette circonstance, cette dernière doit examiner leur conformité à la constitution fédérale. Le Tribunal fédéral a considéré que le contrôle de l'Assemblée fédérale n'était pas différent de ce que pourrait être le sien s'il avait à apprécier la conformité des constitutions cantonales au droit fédéral. En effet, rechercher si une constitution

<sup>9</sup> Grand Conseil (Grosser Rat) et Conseil Cantonal (Kantonsrat) sont les expressions employées pour désigner les Parlements cantonaux.

<sup>10</sup> Conseil de gouvernement (Regierungsrat), Conseil d'Etat (Staatsrat) Petit Conseil (Kleiner Rat) et Commission de Gouvernement (Standeskommission) sont les expressions employées pour désigner les gouvernements cantonaux.

cantonale ne contient rien de contraire aux dispositions de la constitution fédérale est une démarche d'ordre non pas politique, mais juridique. Ce ne sont pas des questions d'opportunité politique qui seraient déterminantes, mais bien la question de savoir si la prescription constitutionnelle cantonale est conforme au droit constitutionnel fédéral. Par conséquent, si l'Assemblée fédérale exerce un contrôle purement juridique, il serait étrange que le même contrôle incombât également au Tribunal fédéral. Les auteurs de la constitution n'ont pas pu vouloir imposer la même charge à deux autorités différentes.

#### **IV. LA FORCE OBLIGATOIRE POUR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL DES LOIS FÉDÉRALES ET DES ARRÊTÉS FÉDÉRAUX DE PORTÉE GÉNÉRALE**

La plus importante restriction posée à la juridiction du Tribunal fédéral lui interdit d'examiner la constitutionnalité des actes législatifs du Parlement fédéral qui revêtent la forme de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux de portée générale. Les actes législatifs sont ainsi définis par les articles 5 et 6 de la loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs:

Les lois fédérales sont des actes législatifs de durée illimitée qui contiennent des règles de droit. Par actes législatifs contenant des règles de droit, il faut entendre toutes les normes générales et abstraites «qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure». — Les arrêtés fédéraux de portée générale sont des actes législatifs de durée limitée qui contiennent des règles de droit. On doit aussi donner la forme d'un arrêté fédéral de portée générale aux actes législatifs «sujets au référendum en vertu de la constitution et pour lesquels la forme de loi n'est pas prévue.»

Les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale sont soumis au référendum facultatif, c'est-à-dire qu'ils «doivent être soumis à l'adoption ou au rejet du peuple lorsque la demande en est faite par 30.000 citoyens actifs ou par huit cantons» (CF art. 89 al. 2).

D'après l'article 113 al. 3 CF, «le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés». Cette disposition n'a pas manqué de faire l'objet des critiques du monde juridique suisse. Elle trahit le conflit existant dans l'ordre constitutionnel

suisse entre la conception de la démocratie d'une part, la notion de Primauté du Droit et le libéralisme d'autre part. Le Professeur Hans Nef, de l'Université de Zurich, a fait les remarques suivantes dans le rapport qu'il a présenté à la Journée des juristes suisses de 1950 sur les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral<sup>11</sup>:

«A un esprit démocratique qui veut demeurer dans la logique de ses conceptions, il est pénible d'accorder à un collègue restreint de magistrats, le pouvoir de contrôler et, à la rigueur, de déclarer nulles les lois qui procèdent de la volonté des représentants du peuple ou de l'ensemble du peuple lui-même. Pour un esprit de ce genre, la juridiction constitutionnelle se trouve en opposition avec la démocratie. Le concept de démocratie exige que la volonté des représentants du peuple ou celle du peuple lui-même aient une valeur inconditionnelle. Le concept de la juridiction constitutionnelle exige que même les actes législatifs établis par les représentants du peuple ou par le peuple lui-même puissent être annulés par le juge le cas échéant. Ici s'exprime l'antinomie qui oppose d'une manière générale le concept de la démocratie et celui de la Primauté du droit.»

Au moment de la revision totale de la Constitution fédérale en 1874, le principe de la primauté du législatif était encore indiscuté. On peut lire dans l'un des arrêts rendus par le nouveau Tribunal fédéral permanent (ATF 2 p. 105): «En général, on doit considérer comme un principe de droit fédéral et cantonal suisse, général aussi bien que particulier, que l'autorité du pouvoir législatif est à considérer comme la plus haute et que les tribunaux ne sont pas habilités à récuser la validité ou à refuser l'application d'une loi ou d'un décret pris par le pouvoir législatif sous le prétexte que le contenu en serait contraire à la constitution.»

Certaines ordonnances législatives sont assimilées aux lois fédérales et aux arrêtés de portée générale en ce qu'elles échappent au contrôle de leur constitutionnalité; ce sont celles que le Conseil fédéral prend en vertu des pleins pouvoirs extraordinaires qui lui sont accordés par le Parlement, comme il l'a fait lors de la déclaration des deux guerres mondiales (par exemple, par l'arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maximum de la neutralité). Le Tribunal fédéral reconnaît à ces dispositions d'urgence le caractère et la force obligatoires d'une loi, et ce déjà même avant que l'Assemblée fédérale ait donné après coup son approbation éventuelle (les mesures d'urgence prises pendant la seconde guerre mondiale furent soumises à l'approbation de l'Assemblée fédérale à intervalles réguliers).

<sup>11</sup> Hans Nef, Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bund, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, vol. 69 (1950) p. 227.

## V. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES ARRÊTÉS FÉDÉRAUX ORDINAIRES ET DES ORDONNANCES DU CONSEIL FÉDÉRAL

Comme l'art. 113 al. 3 CF ne soustrait au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité que les lois et les arrêtés de portée générale, les autres dispositions législatives de la Confédération ainsi que les traités comportant des clauses législatives et approuvés par l'Assemblée fédérale peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part de toutes les autorités judiciaires quant à leur constitutionnalité et à leur légalité. Le contrôle juridictionnel de ces dispositions n'a toutefois qu'un caractère accessoire, c'est-à-dire qu'il a lieu préalablement à l'application de ces règles de droit dans des cas concrets. La disposition contraire à la constitution ou aux lois n'est pas supprimée par le juge; elle n'est simplement pas appliquée à la partie au procès qu'elle lèse.

La compétence du juge est limitée en ce qui concerne les ordonnances législatives de l'exécutif, prises à titre dérivé, c'est-à-dire en vertu de délégations. Dans la mesure où l'Assemblée fédérale délègue au Conseil fédéral ou à d'autres organes de l'Etat des compétences législatives, les tribunaux, par l'effet de l'art. 113 al. 3 CF, ne peuvent que rechercher si ces ordonnances demeurent dans le cadre de la délégation, c'est-à-dire si la loi habilitant l'autorité qui a pris l'ordonnance lui a bien accordé la compétence nécessaire pour édicter l'ordonnance ou la disposition de l'ordonnance attaquée. «En revanche, le contrôle juridictionnel ne peut pas porter sur la question de savoir si l'ordonnance conforme aux lois l'est aussi à la constitution. Sinon, le juge en arriverait indirectement à vérifier aussi la constitutionnalité des lois de délégation, ce que l'article 113 al. 3 CF lui interdit.»<sup>12</sup>

Cette restriction tombe en ce qui concerne les ordonnances législatives édictées par le Conseil fédéral en vertu de son droit propre. Le juge peut librement en apprécier la constitutionnalité. Sur la base de différentes dispositions constitutionnelles, le Conseil fédéral jouit d'un pouvoir réglementaire autonome. Par exemple, l'article 41 al. 4 CF l'autorise à édicter des prescriptions sur la fabrication, l'acquisition, l'écoulement, l'importation et l'exportation de matériel de guerre. Il faut citer en outre la faculté de prendre des ordonnances législatives que la pratique a établie en faveur du Conseil fédéral sur la base de l'article 102 ch. 9 et 10 CF. En vertu de ces dispositions constitutionnelles, le Conseil fédéral veille à la sûreté extérieure, au maintien de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse et il veille aussi à la sûreté intérieure de la Confédération et au maintien de l'ordre public.

<sup>12</sup> Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zurich 1949) p. 936.

## VI. REGARDS SUR LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL RELATIVE À LA PROTECTION DES DROITS CONSTITUTIONNELS

On ne saurait tenter d'esquisser dans son ensemble, même sommairement, la jurisprudence extraordinairement riche du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels. Nous nous limiterons à citer quelques exemples intéressants pour illustrer l'esprit de cette jurisprudence.

### a) Généralités:

En accord avec la doctrine généralement acceptée, les droits constitutionnels sont considérés par la jurisprudence du Tribunal fédéral comme absolus et, partant, immédiatement applicables. Etant des droits absolus, ils le sont sur la base d'une loi d'application; le législateur doit le respecter au cours de son activité législative. C'est surtout le devoir du juge de concrétiser ces droits constitutionnels, et le Tribunal fédéral suisse a réalisé sous ce rapport une remarquable création juridique. Il a aussi défini les conditions dans lesquelles on peut admettre et apporter des restrictions aux droits constitutionnels dans une démocratie fondée sur la Primauté du Droit.

Les droits constitutionnels ne sont garantis que sous la réserve (la plupart du temps, en Suisse, non écrite) de l'ordre public. Par exemple, l'article 55 CF déclare dans une formule lapidaire que «la liberté de la presse est garantie.» L'article 56, garantissant la liberté d'association, interdit la création d'associations qui seraient illicites ou dangereuses pour l'Etat du fait de leur objectif ou des moyens qu'elles emploient; il autorise en outre les cantons à prendre les mesures rendues nécessaires par l'abus du droit d'association. Il est donc admissible de restreindre des libertés dans la mesure où l'ordre public le réclame.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion d'ordre public se présente comme une clause qui postule à la fois la protection de la société et celle de l'Etat. Pour ce qui est de la société, les biens juridiques protégés sont la paix publique, la sécurité des communications, la moralité publique, la santé publique, la bonne foi (protection contre la tromperie et l'exploitation). Du point de vue de la protection de l'Etat, la réserve de l'ordre public légitime des mesures à l'encontre de tout abus des libertés qui mettrait en péril «la stabilité de la puissance publique», «les bases de l'Etat», «l'ordre constitutionnel». Par protection de l'ordre constitutionnel, le Tribunal fédéral entend le maintien de la sûreté intérieure et de l'indépendance extérieure de la Confédération (arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1940) en l'affaire Schaad et Janser). «Les

libertés ne doivent pas permettre un abus qui saperait les bases de l'Etat, et la réserve constitutionnelle de l'ordre public est une injonction adressée aux organes de l'Etat à prendre des dispositions pour protéger les assises de l'Etat contre les abus de la liberté qui les menaceraient, voire, si c'est nécessaire une injonction à intervenir directement.»<sup>13</sup>

Si l'ordre public est troublé ou immédiatement menacé de l'être par l'effet de circonstances inopinées, alors que l'autorité ne dispose pas de moyens légaux d'intervenir, la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît au gouvernement cantonal le droit d'édicter des Ordonnances de nécessité fondées sur le pouvoir de police et cela quand bien même la constitution cantonale ne prévoit pas le droit de nécessité. Mais de telles mesures ne sont admises que s'il n'est pas possible de protéger l'ordre public par l'établissement de règles légales, en raison de la lenteur de la procédure législative ordinaire (ATF 83 I 117). En principe, cependant, les restrictions apportées à la liberté du citoyen . . . ne peuvent être ordonnées que par le législateur ou par une autorité habilitée à prendre des dispositions en vertu d'une norme constitutionnelle ou d'une délégation législative; par conséquent, l'administration ne peut pas, dans un cas concret . . . restreindre des libertés sans invoquer une base constitutionnelle ou légale (ATF 67 I 76, 80 I 153, 81 I 132).

#### **b) L'égalité devant la loi (égalité juridique)**

*Signification générale:* Dans ses interprétations de l'article 4 de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral a réalisé une création juridique particulièrement riche de conséquences. Cet article a la teneur suivante:

Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles.

A l'origine, cette garantie constitutionnelle ne concernait que les droits politiques des citoyens. Peu après l'entrée en vigueur de la constitution de 1848, d'autres domaines juridiques furent inclus dans la sphère d'application de l'égalité juridique par les autorités politiques chargées alors de la protection des droits constitutionnels: Assemblée fédérale, Conseil fédéral. C'est ainsi que le principe en fut étendu d'abord au droit fiscal, puis à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Tribunal fédéral permanent, créé par la constitution de 1874, découvrit bien vite dans l'égalité juridique un principe général qui domine l'ordre juridique tout entier. C'est dans un arrêt du 2 avril 1880, en l'affaire Jaeggi c/ Canton de SOLEURE

<sup>13</sup> J. A. Bumbacher, Die öffentliche Ordnung – eine Schranke der Freiheitsrechte (Winterthur: 1957) p. 84.

(ATF 6 p. 171 et suiv.) que cette conception fut admise; les considérations suivantes, empruntées aux attendus du jugement, méritent d'être relevées: «Le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi est un principe fondamental qui domine aussi bien l'activité des autorités judiciaires ou administratives que celle du législateur. Il exige, d'une part, que la loi soit appliquée d'une manière égale à tous les citoyens; d'autre part, il veut que le législateur traite également tous les citoyens. (...) Il est évident que, sans porter atteinte au principe de l'égalité, les différences naturelles qui existent entre les citoyens, résultant de l'âge, du sexe, de la profession et d'autres circonstances encore, peuvent et doivent nécessairement engendrer de nombreuses inégalités de droit. La constitution elle-même contient des dispositions qui créent, prévoient ou admettent une réglementation juridique différente pour différentes catégories de citoyens (...) Pour justifier une inégalité de traitement, la différence invoquée ne peut pas être quelconque, mais elle doit résider dans les faits qui, en vertu de principes généraux et bien établis du droit positif, pourront être considérés comme essentiels, du point de vue précisément de la réglementation juridique du domaine du droit dont il s'agit. S'il n'existe pas de différences entre les circonstances de fait ainsi classées, toute inégalité de traitement, qu'elle ait pour objet de simples citoyens ou des classes entières de la population, constitue une exception à la règle, qui ne repose pas sur des raisons objectives, mais qui prend sa source dans l'arbitraire et par conséquent viole le principe de l'égalité.»

L'arrêt cité concernait *l'applicabilité du principe de l'égalité juridique au domaine de la législation*. Il entraîna la suppression de l'article 16 du code pénal alors en vigueur dans le Canton de Soleure en vertu duquel aucune peine pécuniaire ne pouvait être infligée aux faillis et aux prodiges sous tutelle. «A l'égard de ces personnes, et lorsque la loi prévoit des peines pécuniaires ou des peines privatives de liberté, le juge doit faire usage seulement de ces dernières et, quand la loi ne prévoit que des peines pécuniaires, il doit condamner à la prison au lieu d'infliger ces dernières et ce dans la proportion d'un jour de prison pour fr. 2.—.» Dans cette disposition, le Tribunal fédéral vit une violation du principe de l'égalité juridique, car «le fait que le coupable soit failli se trouve, par rapport à des délits autres que celui de la faillite causée par sa propre faute, entièrement étranger aux faits juridiques constituant ces délits; il n'a aucun rapport avec l'aspect objectif ou subjectif du délit parce que, de toute évidence, ni la gravité de la faute, ni le résultat illicite n'en ont été influencés de quelque manière.»

Quant à la question de savoir ce qui, dans les circonstances de fait, revêt cette importance juridique qui «peut justifier une inégalité dans le traitement juridique des citoyens», c'est naturellement une affaire qui change avec l'époque. La jurisprudence fédérale a tenu

compte par exemple des changements qui se sont produits dans le statut de la femme. Dans son arrêt (ATF 13 p. 5 et suiv.), le Tribunal fédéral avait encore déclaré ce qui suit: «D'après la conception juridique encore en faveur à l'époque, le traitement juridique différent appliqué à l'un et à l'autre sexe par le droit public en ce qui concerne notamment le droit de participer à la vie publique, n'apparaît aucunement dépourvu de justification. On ne peut donc pas penser qu'une disposition de loi cantonale puisse être en contradiction avec l'article 4 CF quand elle refuse à la femme le droit de représenter une partie devant le tribunal». Trente-cinq ans plus tard, dans un autre arrêt (ATF 49 I 16 et suiv.), le Tribunal a considéré en revanche que l'exclusion de la femme de la profession d'avocat reposait sur des préjugés périmés et, que, à présent, un traitement aussi différent des sexes ne pouvait plus se justifier au regard de l'article 4 CF.

Dans de nombreux arrêts, le Tribunal fédéral s'est occupé des exigences que le principe de l'égalité impose au législateur en matière fiscale. Il a déclaré inadmissible qu'une commune frappe d'un impôt sur le revenu des personnes percevant un salaire fixe, mais non les artisans et les personnes exerçant une activité indépendante (ATF 38 I 34). Il a encore reconnu inadmissible que la défalcation des dettes soit refusée aux propriétaires immobiliers parce que le créancier gagiste – par exemple la commune ou la Confédération – n'a pas à payer d'impôt sur sa créance (ATF 48 I 32B, 49 I 4). En outre, il n'a admis aucune inégalité fiscale entre les personnes domiciliées dans le canton et les associés d'une société en nom collectif ou les commanditaires domiciliés hors du canton (ATF 51 I 76).

En droit de procédure, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de l'égalité juridique prescrit aux législateurs cantonaux d'édicter des dispositions sur le droit à l'assistance judiciaire (le droit de légiférer en matière de procédure civile et pénale relève de la compétence des cantons dans la mesure où il ne s'agit pas d'instance engagée par devant les tribunaux fédéraux). Si le droit doit être appliqué également à tous les citoyens, la protection des tribunaux ne peut pas être subordonnée au fait que le citoyen sera en mesure ou non de s'acquitter des dépens. L'indigent a droit lui aussi à la protection des tribunaux. Le principe de l'égalité juridique implique l'interdiction du déni de justice et c'est sur cette interdiction que se fonde le droit du citoyen indigent à bénéficier gratuitement de l'administration de la justice.

*Dans le domaine de l'application du droit*, le principe de l'égalité juridique s'exprime avant tout par l'interdiction déjà mentionnée du déni de justice. La Constitution reconnaît au citoyen le droit de se faire rendre justice par les tribunaux et de requérir par voie de droit l'intervention des organes exécutifs. Ce droit implique

principalement celui d'être entendu par les tribunaux et le droit à l'assistance judiciaire. Le droit d'être entendu par les tribunaux confère aussi aux parties le droit de consulter le dossier et de prendre connaissance des motifs sur lesquels se fondent les décisions prises.

Il convient de faire une mention particulière du droit d'être entendu en matière administrative, reconnu sous l'influence de la jurisprudence relative à l'article 4 CF, et qui, dans la plupart des cantons, n'était pas légalement prévu jusqu'à une époque assez récente. A l'origine toutefois, le Tribunal fédéral avait «reconnu le droit constitutionnel d'être entendu seulement à ceux qui étaient impliqués dans une action civile ou pénale, et ne l'avait pas étendu à la procédure administrative. Cela aurait d'ailleurs été difficilement réalisable à cause du principe régissant les affaires administratives dans la plupart des cantons, à savoir que les autorités agissent d'elles-mêmes et procèdent d'office aux enquêtes nécessaires de la manière qui leur paraît appropriée.» C'est ce qu'on peut lire dans un arrêt de 1902. Tout d'abord, le Tribunal ne fit que très peu d'exceptions à la règle susmentionnée. Dans d'autres arrêts, il déclara que l'activité de l'administration pouvait être paralysée ou retardée de manière inadmissible si, avant d'ordonner une mesure, l'administration devait entendre tous ceux qui seraient touchés directement ou indirectement par cette mesure. Un tel raisonnement valait surtout pour les ordonnances de caractère général, comme par exemple les mesures préventives pour la protection de l'hygiène. Le Tribunal fédéral était alors de l'avis que l'article 4 CF ne permettait pas de «déduire d'une manière générale le droit d'être entendu, en particulier lorsque, dans le rapport réglé par l'autorité administrative, le citoyen se trouve soumis à la puissance publique de l'Etat». Dans un arrêt faisant jurisprudence le Tribunal fédéral a élevé plus tard de lui-même l'objection suivante contre cette façon de voir: «Il convient d'ajouter que le rapport de subordination, considéré sous l'angle du citoyen, devrait être une raison de plus de lui accorder le plus possible de garanties et, avant tout, celles qui lui permettront de se prononcer au sujet des mesures que l'administration envisage de prendre à son égard». A une époque plus récente, le Tribunal fédéral augmente toujours plus le nombre des procédures administratives où le citoyen avait le droit strict d'être entendu. Le droit lui fut tout d'abord reconnu dans le cas d'actes administratifs qui constituaient une atteinte particulièrement profonde à la liberté personnelle du citoyen (internement administratif d'un individu qui se refuse à travailler ou d'un alcoolique, placement dans un asile d'un interdit capable de discernement). De même, le Tribunal a exigé que fut entendu au préalable le citoyen frappé d'une peine de simple police par l'administration, ou dont le droit de bourgeoisie devait faire l'objet d'une mesure de révocation. Tout récemment, le Tribunal fédéral a abandonné la réserve qu'il avait

observée jusque là. Il exige aujourd'hui la garantie que l'autorité administrative procédera à l'audition de l'intéressé partout où la décision administrative envisagée ne pourra être soumise à un nouvel examen et concernera un cas n'exigeant pas de décision immédiate (ATF 74 I 249, 75 I 226).

Enfin, le Tribunal fédéral a déduit de l'article 4 CF une *interdiction générale d'arbitraire* qui s'applique à tout le domaine de la législation et de l'application du droit. N'importe quel acte d'autorité cantonal, loi, ordonnance, jugement d'un tribunal ou acte administratif, peut être attaqué avec succès par un recours de droit public lorsqu'il a un caractère arbitraire. Comme nous l'avons mentionné précédemment, un tiers environ de tous les recours de droit public sont des recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire qu'ils ont pour objet la révocation d'un acte d'autorité cantonal attaqué en raison de son caractère arbitraire. Un jugement de tribunal ou une décision administrative sont annulés, pour cause d'arbitraire s'ils sont insoutenables, c.à.d. évidemment injustes, dépourvus de toute justification sérieuse, pris en violation d'un droit certain (ATF 73 I 187, 77 I 4). Le Tribunal fédéral qualifie une disposition législative d'arbitraire «quand elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux, quand elle est dépourvue de sens et d'objet ou quand elle procède à des distinctions juridiques auxquelles on ne voit pas de base raisonnable dans les circonstances de fait déterminantes» (ATF 91 I 84). Tout récemment, une prescription légale a été attaquée pour arbitraire; c'était l'article 3 al. 2 de la loi du Canton de Soleure sur les vacances, en date du 25.10.1964. La disposition incriminée spécifiait que «les jours de fêtes générales qui tombent pendant les vacances ne sont pas à considérer comme jours de vacances.» Les auteurs du recours firent valoir que «les vacances sont destinées au repos, mais que les jours fériés extraordinaires avaient pour but le maintien de sentiments religieux ou patriotiques. Rien ne s'oppose donc à ce qu'on commémore solennellement, même pendant les vacances, un jour de fête particulier! Il n'y a pas de motifs réels et sérieux qui permettent de justifier la disposition incriminée.» Le Tribunal fédéral n'admit pas ce raisonnement et rejeta le recours (ATF 91 I 241).

D'autres principes, tels que ceux qui sont énumérés ci-après, ont justifié selon la jurisprudence du Tribunal le grief d'arbitraire dans le domaine de l'application du droit.

Deux cas, en substance identiques, ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement différent, car deux décisions qui se contredisent ne peuvent pas être justes l'une et l'autre. Toutefois, il n'y a violation de l'article 4 CF que si les décisions différentes émanent de la même autorité (ATF 91 I 169). Un changement de la jurisprudence n'est pas en contradiction avec l'interdiction de traitement inégal si elle est fondée sur des motifs réels, et si elle se présente comme le résul-

tat d'un examen sérieux, approfondi et nouveau de la question (ATF 48 I 261, 51 I 103). Une décision sera arbitraire si elle se fonde visiblement sur d'autres considérations que celles qui servent de base à la prescription applicable (ATF 61 I 12). Enfin, est arbitraire toute violation du principe «nulla poena sine lege». Ce principe paraît implicitement contenu dans l'article 4 CF et trouve donc ainsi son fondement constitutionnel (ATF 45 I 445, 52 I 42, 57 I 273 et 58 I 33).

### c) La liberté de la presse et la liberté d'expression

Dans un jugement remontant à l'année 1900 (ATF 26 I 42), le tribunal fédéral a déclaré que la garantie de la liberté de la presse n'imposait pas simplement «une limite à la législation cantonale en ce sens que la censure et d'autres mesures de ce genre dirigées contre la presse se trouvaient ainsi interdites; mais, elle donne au particulier un droit individuel, positif et concret, qui ressort du droit public le droit d'exprimer librement son opinion par écrit, spécialement par la voie de la presse.»

Toutefois sont seules garanties par la liberté de la presse, comme le Tribunal fédéral l'a déclaré pour la première fois dans un arrêt de l'année 1911, les publications accueillies dans la presse en conformité des devoirs qui lui incombent dans un Etat démocratique et libre (ATF 37 I 368 et suiv.). Ces devoirs s'étendent en particulier à: la discussion de tous les problèmes politiques, la critique à l'égard de l'Etat et de ses agents, la critique de la législation, de l'administration et de la jurisprudence, la critique de phénomènes de la vie économique, et également la critique scientifique et artistique, dont relève la chronique des théâtres, des concerts et des films. Quand la presse se consacre à ces tâches, elle vise, comme on peut le lire dans le jugement cité, à atteindre un but élevé, en un certain sens idéal, et elle a donc droit à la protection que l'on peut tirer de la liberté de la presse garantie dans la constitution. La protection constitutionnelle ne s'étend pas aux produits de presse destinés à la réclame professionnelle, notamment à la réclame commerciale.

La liberté de la presse est en principe incompatible avec des mesures de police prises par l'administration, telles que la censure préalable, la saisie d'imprimés (tant que le contrôle du juge n'intervient pas), l'interdiction de journaux et de publications et également le dépôt d'une caution qui pourrait être exigée pour obtenir l'autorisation de publier un journal. Les interventions policières ne sont admissibles, au regard des autres droits constitutionnels, que dans la mesure où elles sont légitimées par la réserve relative à l'ordre public (protection de la société et de l'Etat), c'est-à-dire quand elles servent à écarter de sérieux dangers qui menaceraient, de manière immédiate et évidente, l'exercice légitime de la puissance publique ou constitueraient une menace ouverte à l'encontre des biens juri-

diques des individus, tels que la vie, la santé, les biens et avoirs et aussi l'honneur.

Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'avait eu à s'occuper qu'une seule fois de l'interdiction d'un journal. De l'arrêt en question, en date du 23 février 1934, rendu en l'affaire Coopérative «Press-union des Kämpfers» c/Canton de Zurich, il ressort qu'on ne saurait tolérer une mesure aussi radicale que l'interdiction d'un journal que dans des cas extrêmes. Le Conseil d'Etat du Canton de Zurich interdit, le 15 août 1933, la rédaction, l'impression et la diffusion du journal communiste, «Kämpfer», dans le Canton de Zurich pour la durée de deux semaines. Le 1er juillet 1933, les installateurs sanitaires et les électriciens étaient entrés en grève. Cette grève revêtit des formes extrêmement violentes. Partout des piquets de grève surveillaient les chantiers de construction et en interdisaient l'accès par la violence à ceux qui voulaient travailler. Du 1er juillet au 12 août, la police municipale intervint 313 fois. Elle présenta au Parquet du district de Zurich 156 rapports pour lésions corporelles, violation de domicile, contrainte, dommages volontaires à la propriété, molestation et insubordination. A cela il faut ajouter 52 rapports et 85 personnes déférées au tribunal de police de la ville de Zurich pour infractions de simple police. Le Conseil d'Etat de Zurich et, par la suite, le Tribunal fédéral considèrent comme une cause essentielle de ces désordres les articles incendiaires et dépourvus de mesure que le «Kämpfer» avait publiés les uns à la suite des autres dans chacun de ses numéros pendant six semaines, depuis le début de la grève. Le 11 août 1933, le Procureur Général requit du Conseil d'Etat, une interdiction du «Kämpfer» par mesure de police, parce que les dispositions pénales et le recours à la justice pénale ne permettaient plus d'empêcher ou de contenir comme il le fallait la perturbation de l'ordre et de la sûreté publics qui se manifestait par ces délits et ces infractions. Par la suite, le Tribunal fédéral insista sur cet argument pour justifier l'interdiction du «Kämpfer» pendant 14 jours. Bien que l'ordre public ait été visiblement troublé par la campagne de presse du «Kämpfer», le Tribunal fédéral donna à entendre, dans ses considérants, qu'une interdiction de 8 jours au lieu de 15 aurait suffi.

Jusqu'au 1er janvier 1942 – date d'entrée en vigueur du code pénal suisse – les cantons étaient compétents pour édicter des dispositions pénales contre les abus de la liberté de la presse, et cela parce que la législation pénale ordinaire rentrait dans leurs attributions. Jusqu'au 1er janvier 1942, chaque canton avait son propre code pénal, qui limitait la liberté de la presse, en ce sens que des actes passibles des rigueurs de la loi pouvaient être commis par la voie de la presse – par exemple, des atteintes à l'honneur. Sous le régime des codes pénaux cantonaux, la question se posait au Tribunal fédéral de savoir comment il était possible de concilier la

liberté de la presse et les délits de presse, nés de l'application du droit pénal des différents cantons. Avec l'arrêt célèbre rendu dans l'affaire Kälin et Jäggi c/Bourcard et consorts (ATF 37 I 368 et suiv.), le Tribunal inaugura en 1911 une nouvelle jurisprudence, en vertu de laquelle il était nécessaire de prendre en considération les devoirs spécifiques de la presse pour pouvoir répondre à la question de savoir si une publication faite dans la presse pouvait ou non s'abriter derrière la liberté de la presse. Des accusations élevées dans la presse mais demeurant dans les limites de ces devoirs spécifiques étaient protégées par la liberté de la presse quand leur bien-fondé pouvait être prouvé ou quand elles reposaient au moins sur les données que leur auteur pouvait à bon droit tenir pour vraies à la suite d'un examen sérieux. Quand ces conditions étaient réunies, toute communication de la pensée par la presse qui constituait une atteinte à l'honneur d'après le droit cantonal pertinent échappait à toute poursuite. Comme le Tribunal fédéral le déclarait lui-même, l'Article 55 CF avait accordé à la presse jusqu'à la liberté de porter atteinte à l'honneur. En d'autres termes, cette jurisprudence faisait de la liberté de la presse une justification qui ôtait tout caractère illicite à la publication portant atteinte à l'honneur.

L'entrée en vigueur du code pénal suisse entraîna une modification de cette situation juridique du fait que le texte (originaire) de l'article 173 du Code pénal qui réprime la diffamation ne mettait pas à l'abri de la répression pénale celui qui, de bonne foi avait porté atteinte à l'honneur d'autrui. Par son arrêt du 3 mars 1944 rendu dans l'affaire Pfändler (ATF 70 IV, 20 et s.) la Cour de cassation du Tribunal fédéral créa une jurisprudence en vertu de laquelle le nouveau droit pénal suisse n'admettait plus que l'on fit valoir la liberté de la presse pour se justifier devant un tribunal appelé à apprécier des atteintes à l'honneur commises par la voie de la presse. Cette nouvelle jurisprudence, limitée au domaine du droit pénal et attaquée par les juristes et par la presse, provoqua cependant très rapidement une révision significative de la loi, qui eut pour effet d'incorporer à l'article 173 amendé du code pénal suisse le moyen de justification tiré de la liberté de la presse. Dans sa forme première, l'alinéa 2 de l'article 173 admettait que le caractère illicite d'une publication portant atteinte à l'honneur ne pouvait être effacé que si la preuve de la vérité des allégations était rapportée; il était désormais rédigé de la façon suivante:

L'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies.

En droit civil, les articles 28 C.C.S. et 49 CO<sup>14</sup> qui protègent

<sup>14</sup> C.C.S. = Code civil suisse de 10 décembre 1907. CO = Code suisse des obligations du 30 mars 1911/18. Décembre 1936.

les intérêts personnels, autrement dit qui ouvrent certaines voies de recours au sujet de droit lésé dans ses intérêts personnels, imposent certaines limites à la liberté de presse. La presse ne doit pas porter atteinte aux intérêts personnels des sujets de droit. D'après la jurisprudence des cours de droit civil du Tribunal fédéral, les articles 28 C.C.S. et 49 CO doivent être interprétés d'une manière compatible avec la liberté de presse telle qu'elle a été concrétisée dans la jurisprudence de la cour de droit public. Lorsqu'on examine si on se trouve en présence d'une grave atteinte aux intérêts personnels, on doit donc rechercher si la presse a agi dans l'accomplissement de sa tâche dans une société démocratique. Dans l'affirmative, elle dispose d'un moyen de se justifier dans la mesure où les conditions posées par la jurisprudence de la Cour de droit public sont remplies, c'est-à-dire dans la mesure où il a avancé l'affirmation offensive en toute bonne foi et après un sérieux examen de son contenu.

#### **d) Liberté d'expression et de réunion**

Le Tribunal fédéral n'a pas accepté l'une des opinions représentées dans la doctrine juridique suisse et en vertu de laquelle la liberté de presse garantit la liberté d'expression au sens le plus large du terme; au contraire, il a adopté le point de vue selon lequel la constitution fédérale ne contient pas de garantie de la liberté générale d'expression (ATF 55 I 226). La constitution fédérale ne contient pas non plus de garantie de la liberté de réunion. Que cette dernière soit comprise dans la liberté d'association, c'est une question que le Tribunal fédéral a laissée ouverte jusqu'ici. Cependant, de nombreuses constitutions cantonales protègent la liberté générale d'expression de la pensée aussi bien que la liberté de réunion.

Touchant à la liberté d'expression, certaines conférences, certains cours de formation et d'autres manifestations semblables ont parfois été interdits surtout par des gouvernements cantonaux (ces interdictions constituent en même temps des atteintes à la liberté de réunion, qui garantit en premier lieu la libre expression des opinions au cours de réunions). La délimitation entre interventions conformes à la constitution et interventions incompatibles avec elle ressort d'une manière particulièrement claire quand on oppose les deux arrêts que le Tribunal a rendus dans deux recours de droit public présentés par le secrétaire du parti communiste de l'époque, Jules Humbert-Droz.

Par un arrêt du 13 novembre 1931, le Conseil d'Etat du Canton de Neuchâtel avait interdit toutes les réunions publiques convoquées par Humbert-Droz sur le territoire de ce canton, ou au cours desquelles il prendrait la parole; la raison en était que, dans deux conférences faites peu auparavant, Humbert-Droz avait pro-

pagé l'action révolutionnaire, arguant du fait que les méthodes appliquées en U.R.S.S. pouvaient également servir d'exemple au prolétariat suisse. Conformément à un rapport de police, Humbert-Droz avait déclaré que le moment n'était plus très éloigné où l'on pourrait voir l'ouvrier d'usine porter le fusil et la baïonnette. Selon lui, la Révolution ne pouvait se faire sans que le sang ne fût versé, et les socialistes étaient des «mous» parce qu'ils reculaient devant l'effusion de sang. Le Tribunal fédéral admit le recours de droit public présenté par Humbert-Droz contre l'interdiction de ses réunions prononcée par les autorités neuchâteloises et il en ordonna la révocation. Il dit, entre autres considérants (ATF 58 I 93) que:

«Il est sans doute contraire aux principes juridiques en vigueur de modifier l'organisation existante de l'Etat autrement que par les voies constitutionnelles. Mais il est tout aussi indubitable que, selon les principes régissant le droit public suisse actuel, la propagande de n'importe quelle doctrine, par la presse ou la parole, est permise tant qu'elle ne dégénère pas en actes illégaux... On ne peut dès lors s'opposer à la propagande communiste si elle reste dans les limites d'un exposé de doctrine et s'efforce de gagner de nouveaux adhérents sans les inciter directement à se livrer à des actes de violence immédiats. On comprend sans peine l'indignation des auditeurs non communistes devant l'exposé de la doctrine et des propos du recourant, mais (sous réserve des art. 56/Const. féd., 78 CC et 11 Const. neuch.) les principes de liberté qui régissent actuellement la démocratie suisse obligent le citoyen à tolérer même l'exposé de théories contraires à l'ordre établi.»

Le 9 avril, 1935, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud interdit de faire des «cours de marxisme» sur le territoire de ce canton. Cette interdiction fut maintenue par le Tribunal fédéral. L'objet de ces cours était de préparer la révolution au sein de l'armée et en particulier d'enseigner la tactique à suivre à cet effet (constitution de cellules, provocation de mécontentement et création dans la troupe d'un état d'esprit hostile à la discipline militaire, désorganisation). Sous le rapport des faits, le Tribunal fédéral constatait ce qui suit:

«On est ainsi en présence d'un travail de sape et de désagrégation interne de l'armée. La discipline, base de l'organisation militaire, doit être ruinée. Au moment critique, lorsque l'armée devrait rétablir l'ordre à l'intérieur ou protéger le pays contre l'étranger, elle s'y refusera et se fera l'instrument de la révolution. C'est la tactique de la dissimulation et de la trahison. Sous le masque du soldat discipliné, zélé, fidèle, se cache l'ennemi, le saboteur, le traître.»

Du point de vue juridique, le Tribunal fédéral releva entre autres les considérations suivantes (p. 269 et suiv.):

«L'ordre militaire fait partie de l'ordre public national. Il saute aux yeux que l'invitation de ruiner la discipline de l'armée présente

un danger imminent pour cette institution essentielle de l'Etat et partant pour l'Etat lui-même.

La tactique de décomposition de l'armée enseignée dans les cours d'Humbert-Droz autorisait donc le Conseil d'Etat à intervenir en vertu de l'art. 8 Const. cant. aux termes duquel l'autorité peut interdire les assemblées dont le but et les moyens sont contraires à l'ordre public... Ce qui importe en effet pour juger du bien-fondé de l'interdiction, c'est de constater qu'il ne s'agit pas d'un simple exposé de doctrine du parti communiste, mais de provocation à une attitude illicite immédiate des soldats communistes enrôlés dans l'armée...»

#### e) Liberté d'association

L'article 56 CF garantit le droit de constituer des associations qui ne soient ni illicites ni dangereuses pour l'Etat, par leur but ou par les moyens dont elles se servent pour atteindre ce but. Les associations illicites ou dangereuses pour l'Etat peuvent donc être interdites sans que la constitution soit violée pour autant. En prenant le caractère illicite pour critère, la constitution fédérale renvoie à l'ensemble de l'ordre juridique fédéral et cantonal en vigueur à un moment donné, sous réserve toutefois de l'obligation de vérifier si une règle juridique ne se heurte pas à une autre disposition constitutionnelle. Une association dont les statuts ou l'activité seraient contraires à une règle inconstitutionnelle de droit cantonal ne serait pas illicite au sens de l'article 56 CF. On peut donc déclarer que la liberté d'association à l'opposé des autres droits constitutionnels n'est garantie que sur la base des lois.

Au cours des années 1930, le Tribunal eut à décider si les interdictions de partis étaient licites. A cette époque, les cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud interdirent, par la voie de la législation ordinaire, c'est-à-dire au moyen des lois acceptées par le peuple, les organisations communistes et révolutionnaires existant sur leur territoire. Par arrêt du 3 décembre 1937 (ATF 63 I, 281 et s.), le Tribunal fédéral a reconnu le caractère constitutionnel de la loi neuchâteloise du 23 février 1937, portant interdiction des organisations communistes ou subversives, et s'est expliqué sur les conditions exigées, qui doivent servir de critère pour qu'on puisse admettre que l'Etat est mis en péril. Il a reconnu le caractère dangereux pour l'Etat du parti communiste, pour deux raisons. D'abord, il a rappelé la tactique et la technique de désorganisation appliquées par le parti communiste dans l'armée et auxquelles nous avons déjà fait allusion:

«Pour le parti communiste, la désorganisation des institutions destinées à maintenir la sûreté intérieure, en vue du renversement de l'ordre légal par la révolution, ne constitue pas seulement un moyen et un but éloignés et purement idéologiques.»

Ensuite, le Tribunal fédéral a souligné avant tout la totale dépendance où se trouvait le parti communiste par rapport à l'Internationale Communiste et surtout par rapport au Comité Exécutif, où aucun membre du parti communiste suisse ne siégeait plus depuis 1935:

«Le manque quasi total d'indépendance du PCS le rend particulièrement dangereux pour l'Etat. Ce danger est encore augmenté par les relations étroites, quoique pas encore entièrement élucidées, entre l'Internationale et une Puissance étrangère... Des intérêts étrangers risquent même de compromettre la sûreté extérieure et la neutralité de la Suisse. Un pareil danger existe aussitôt qu'un parti, organisé en Suisse, est inféodé à une puissance étrangère, en raison même du devoir d'obéissance qui le lie.»

Le Tribunal fédéral a toutefois insisté sur le fait que le caractère dangereux pour l'Etat d'une association devait être effectif pour justifier son interdiction; il a fait ressortir à juste titre que ce caractère de danger effectif peut varier selon l'endroit, le moment et l'esprit public:

«Dans les régions et dans les périodes où la crise économique est plus aigüe, où le chômage sévit particulièrement et où une partie de la population éprouve des difficultés à subsister, la propagande révolutionnaire trouve plus facilement des adeptes prêts à envisager le bouleversement de l'ordre par la violence. De telles conjonctures exigent, de la part de l'Etat, plus de vigilance. Les autorités cantonales en sont juges. Le Tribunal fédéral n'a pas à se prononcer.»

#### **f) Droits populaires (droits politiques des citoyens)**

Comme nous l'avons déjà dit, (voir ch. III b) la protection accordée par le juge constitutionnel s'étend aussi à l'exercice des droits populaires, qui revêtent une telle importance en démocratie directe (OJ art. 85 lit. a). Nous n'allons pas ici renvoyer à la jurisprudence relative aux recours habituels en matière d'élections et de votations, mais nous examinerons plutôt des arrêts qui ont pour objet la nature et l'exercice de l'initiative législative, par exemple, parce que le droit du peuple à présenter des textes législatifs est une institution très caractéristique de la démocratie directe dans les cantons suisses.

Dans un arrêt en date du 31 mars 1965 (ATF 91 I 189), le Tribunal fédéral s'est occupé de la question de savoir si le Grand Conseil (Parlement) d'un canton pouvait opposer à l'initiative législative des citoyens jouissant du droit de vote son propre contre-projet, quand la constitution cantonale ne lui attribuait pas expressément cette compétence.

D'après l'article 9 de la constitution du Canton de Berne,

12.000 citoyens jouissant du droit de vote peuvent demander qu'une loi adoptée, abrogée ou modifiée ou qu'un décret-loi du Grand Conseil soit abrogé ou modifié. Le 24 mai 1964, la chancellerie d'Etat du Canton de Berne reçut une demande d'initiative populaire appuyée de 19.021 signatures, à l'effet de donner à l'article 8 al. 1 de la loi du 5 mars 1961 sur les allocations pour enfants la nouvelle teneur suivante:

L'allocation pour enfant est de fr. 30.— au moins par mois pour chaque enfant qui n'a pas encore 16 ans accomplis. La limite d'âge atteint 20 ans pour les enfants qui ont été fortement entravés dans la capacité de gagner leur vie par suite de maladie ou d'infirmité. Elle est portée à 25 ans pour les enfants qui accomplissent un apprentissage professionnel ou qui font des études. Pendant la durée de l'apprentissage ou des études, l'allocation est de fr. 50.— par mois.

Le Grand Conseil décida d'opposer à l'initiative populaire le contre-projet suivant:

L'allocation pour enfant est de fr. 25.— au moins par mois pour chaque enfant qui n'a pas encore 16 ans accomplis. La limite d'âge est portée à 20 ans aussi longtemps que l'enfant poursuit encore sa formation ou se trouve fortement entravé dans la capacité de gagner sa vie par suite de maladie ou d'infirmité.

Deux des signataires de l'initiative populaire demandèrent alors, par un recours de droit public, que le contre-projet du Grand Conseil ne fût pas soumis aux électeurs. Pour étayer leur demande, ils firent valoir avant tout l'argument suivant: si le contre-projet est soumis aux électeurs en même temps que la demande de modification de la loi présentée par les auteurs de l'initiative, cela aura pour conséquence un éparpillement des voix. Les chances d'acceptation de l'initiative en seront diminuées, ce qui constitue une violation du droit d'initiative. Le Tribunal fédéral écarta le recours. Dans ses considérants, il approfondit la nature de l'initiative législative et la place qu'elle tient dans le système de la législation populaire; à ce sujet, il exposa ce qui suit:

Conformément à l'article 2 de la constitution cantonale, l'autorité de l'Etat réside dans l'ensemble du peuple; elle est «exercée directement par les citoyens jouissant du droit de vote et indirectement par les autorités et par les fonctionnaires.» D'après les titres 2 et 3 de la constitution cantonale, les citoyens jouissant du droit de vote exercent leur droit de légiférer en collaboration avec le Grand Conseil; dans la procédure législative se trouvent donc réunis les éléments constitutifs d'une démocratie directe et indirecte. Alors que la mise en œuvre de la procédure législative, la proposition et la décision de mettre la loi en chantier et la rédaction du projet est en règle générale l'affaire du Grand Conseil, c'est toujours aux électeurs qu'il appartient de l'approuver à cause du référendum législatif obligatoire. L'initiative permet aux électeurs de participer à la mise en œuvre de la procédure législative... 12.000 citoyens jouissant du droit de vote peuvent présen-

ter une initiative. Les auteurs de celle-ci ne constituent pas l'ensemble des citoyens, mais simplement une partie d'entre eux, voire une faible minorité. Si l'on ne veut pas abandonner la mise en oeuvre de la procédure législative à une partie des électeurs et si elle doit demeurer au contraire l'affaire de la collectivité – comme l'exige l'article 2 de la Constitution –, le Grand Conseil doit y participer en tant que représentant de la collectivité. Il s'ensuit qu'il a le droit de rédiger ses propres contre-projets de loi.

Il est exact que la présentation d'un contre-projet par le Grand Conseil diminue les chances, pour une initiative populaire, d'être acceptée lors de la votation. Toutefois, ceci est simplement la conséquence de la liberté de choix plus grande laissée aux citoyens, qui leur permet de nuancer davantage leur volonté lors de leur vote. Si le texte de l'initiative seule était soumis à la décision des citoyens, ceux-ci n'auraient de choix qu'entre l'approbation et le refus. Avec son contre-projet, le Grand Conseil leur offre une troisième solution. Si on devait l'exclure à seule fin de maintenir les chances de l'initiative, il en résulterait une application plus étroite du référendum. Tel n'est pas le sens de l'initiative... A cela vient s'ajouter un autre point de vue: comme l'expérience le prouve, la discussion de l'affaire au grand jour ainsi que les débats qu'elle a suscités au Grand Conseil ont dans bien des cas abouti à ceci, que le contre-projet parlementaire tenait mieux compte du désir des auteurs de l'initiative populaire que le texte même de cette dernière. Aussi n'est il pas rare qu'une initiative soit retirée au profit du contre-projet du Grand Conseil. De cette manière, le contre-projet contribue à remplir une des tâches assignées à l'initiative populaire, qui est d'assurer l'évolution du droit selon les exigences du temps.

Un des plus intéressants arrêts des dernières années a trait à l'exercice du droit d'initiative et en même temps à la *garantie de la propriété*; c'est l'arrêt rendu dans la cause Dafflon c/ Grand Conseil du Canton de Genève, du 14 novembre 1962 (ATF 88 I 248).

En 1961, une initiative législative aboutit dans le Canton de Genève; elle était lancée par le parti communiste local et avait pour objet de favoriser la construction de logements à loyer modéré. Selon le texte présenté par les auteurs de l'initiative, l'Etat –le Canton – devait être autorisé à acquérir, en exerçant un droit de préemption légale ou par expropriation, des terrains qui viendraient à être classés dans la zone de construction lors d'une modification des limites de zones. Les terrains ainsi acquis devaient servir à l'Etat ou aux communes pour la construction de logements à loyer modéré. Il leur serait loisible de conférer un droit de superficie sur ces terrains, aux mêmes fins de construction, à des coopératives d'habitation ou à des fondations de droit public. Le Grand Conseil du Canton de Genève décida de ne pas entrer en matière sur l'initiative, c'est-à-dire de ne pas la soumettre au vote du peuple parce qu'il l'estimait contraire à la constitution. Pour cela, il se référait aux avis de plusieurs professeurs de droit public connus, qui estimaient que le texte proposé par les auteurs de l'initiative heurtait aussi

bien la garantie de la propriété que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral et enfin, qu'il était incompatible avec l'autonomie communale.

Le Tribunal fédéral admit le recours de droit public interjeté contre le refus du Grand Conseil d'entrer en matière sur l'initiative. Il reconnut le droit du Grand Conseil de ne pas donner suite à une initiative législative contraire à la constitution, mais il nia que l'initiative en question fût contraire à la constitution. Il estima en particulier qu'elle ne heurtait pas la garantie de la propriété parce qu'il fallait reconnaître un intérêt public à la construction de logements à loyer modéré. En regard de sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral a sans aucun doute élargi, par cet arrêt, la notion d'intérêt public. Les considérants suivants méritent de retenir l'attention:

Si la jurisprudence a peu à peu élargi la notion d'intérêt public pour l'adapter à la nature nouvelle des tâches dévolues à l'Etat, elle a cependant toujours exigé, du moins implicitement, que l'intérêt public fût directement en cause et qu'il suffît à lui seul à justifier l'atteinte portée au droit de propriété. C'est ainsi que, dans de nombreux arrêts, le Tribunal fédéral s'est assuré que l'entreprise en vue de laquelle l'expropriation était demandée se trouvait justifiée dans sa totalité par l'intérêt public. Il n'a cependant jamais exigé que ces entreprises fussent destinées à servir exclusivement l'intérêt public. Au contraire, il a souvent déclaré constitutionnelles des expropriations qui favorisaient en même temps des intérêts privés, pourvu qu'il n'y eût pas une disproportion évidente entre l'intérêt privé réellement poursuivi et l'intérêt public allégué.

Sur le plan de l'intérêt public, l'initiative litigieuse se distingue à un double point de vue des cas ordinairement soumis au Tribunal fédéral.

Tout d'abord, si elle se caractérise comme une simple mesure de police en tant qu'elle vise à procurer un logement à des personnes qui sinon se trouveraient dans la rue, elle constitue pour le surplus une mesure générale de politique sociale et économique. Elle a ainsi une portée plus grande que les actes de l'Etat auxquels la jurisprudence a jusqu'ici reconnu le caractère d'intérêt public. Qu'elle touche à l'intérêt, cela n'en est pas moins certain. Dans son arrêt du 19 septembre 1962\* le Tribunal fédéral a déjà jugé que le problème du logement est un problème d'intérêt public. La collectivité toute entière y est intéressée surtout lorsqu'il s'agit de la construction d'habitations à loyer modéré. En effet, la création de tels logements contribue notamment à maintenir la paix sociale et à lutter contre la hausse du coût de la vie.

Il n'en demeure pas moins – et c'est le second point sur lequel l'initiative litigieuse se distingue des cas examinés habituellement par la jurisprudence – que l'intérêt public mis en cause est touché d'une façon surtout indirecte. Les prestations de l'Etat en vue de la construction d'habitations à loyer modéré serviraient en premier lieu les intérêts privés des personnes ad-

---

\* en la cause Chambre genevoise immobilière et consorts c/ Conseil d'Etat du canton de Genève.

mises à occuper ces logements. Toutefois, l'intérêt public en jeu est suffisamment important pour que, malgré cette situation, il puisse être considéré comme justifiant une expropriation.

A la suite de l'admission du recours, le texte de loi proposé par les auteurs de l'initiative fut soumis au vote du peuple, en même temps du reste qu'un contre-projet de Grand Conseil du Canton de Genève. Le peuple rejeta aussi bien le texte, objet de l'initiative, que le contre-projet parlementaire.

\* \* \*

Le monde des juristes suisses voit dans le recours de droit public l'instrument le plus précieux que le droit suisse connaisse pour la protection de la Primauté du Droit. Les juristes veillent donc jalousement pour que cet instrument conserve son efficacité. La Journée Suisse des Juristes de 1962 en a fourni une preuve. En 1960 et 1961, environ un tiers des recours présentés ont été déclarés irrecevables. Cela ne manque pas de soulever des inquiétudes, et le Comité de la Société Suisse des Juristes plaça la question du recours de droit public au centre des débats de la Journée Suisse des Juristes de 1962. Celle-ci diagnostiqua un certain formalisme qui s'était introduit par le biais de la jurisprudence, elle s'éleva contre certaines conséquences de ce fait, et elle insista sur la nécessité croissante d'une protection juridique en matière de conflits touchant aux droits fondamentaux. La critique adressée à la jurisprudence du Tribunal fédéral ne conteste pas cependant que le recours de droit public demeure, selon l'expression même de l'éminent spécialiste du droit public Giacometti, une «institution brillante, originale et unique de la démocratie libérale fédéraliste.»

# **JURISPRUDENCE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT**

**DÉCISIONS JUDICIAIRES DE DIFFÉRENTS PAYS**

*compilées et annotées*

par

**LUCIAN G. WEERAMANTRY \***

---

\* B.A. (Londres); Avocat au Barreau de Ceylan; Membre de Gray's Inn; Juriste principal et Conseiller pour les affaires asiatiques, Secrétariat de la Commission internationale de Juristes.

## TABLE DES MATIÈRES

## ENQUÊTES ET ARRÊTES ADMINISTRATIFS

**Le fonctionnaire chargé d'une enquête a le devoir de respecter le droit d'être entendu**

*Mohammed Mohsin Siddiqui c. Gouvernement du Pakistan occidental*  
(Cour suprême du Pakistan) . . . . . 137

*Vasudevan Pillai et autre c. Ville de Singapour*  
(Cour fédérale de Malaisie) . . . . . 138

**Étendue des pouvoirs de révision du ministre**

*Paolo Violo c. Directeur général de l'immigration et Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*  
(Cour suprême du Canada) . . . . . 140

**Exposé des Motifs ayant entraîné une décision administrative**

*Affaire Saiko Saibansho Minji Hanrei-Shu*  
(Cour suprême du Japon) . . . . . 141

## CITOYENNETÉ

**Privation de la citoyenneté**

*Lim Lian Geok c. Ministre de l'Intérieur*  
(Section judiciaire du Conseil privé, statuant en appel d'un arrêt rendu par la Cour d'Appl de Malaisie) . . . . . 142

**Droit de faire valoir sa prétention à la citoyenneté**

*Lim c. de la Rosa*  
(Cour suprême des Philippines) . . . . . 143

## DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTALES

**Égalité de chances**

*Marfaing c. Ministre des Finances*  
(Conseil d'État, France) . . . . . 144

**Égalité des sexes**

*Syndicat ouvrier de Bombay c. Franchises (private) Ltd.*  
(Cour Suprême de l'Inde) . . . . . 146

**Liberté d'association**

- Abdul A'la Mauduli c. Gouvernement du Pakistan  
occidental*  
(*Cour suprême du Pakistan*) . . . . . 147

**Liberté d'expression**

- La Couronne c. The Associated Press of Nigeria Ltd.*  
(*Cour suprême fédérale du Nigéria*) . . . . . 149
- Docteur Chike Obi c. Procureur Général de la  
Fédération*  
(*Cour suprême fédérale du Nigéria*) . . . . . 150

**Liberté d'aller et venir**

- Ministre de l'Intérieur c. Dame Vicini*  
(*Conseil d'Etat, France*) . . . . . 152
- Williams v. Majedodunmi*  
(*Cour suprême fédérale du Nigéria*) . . . . . 153

**Droits fondamentaux en période d'exception**

- Beckles c. Dellamore*  
(*Cour d'Appel de Trinité en Tobago*) . . . . . 154
- Sadanandan c. Etat de Kérala*  
(*Cour Suprême de l'Inde*) . . . . . 156
- État de Bihar c. Rambalak Singh*  
(*Cour Suprême de l'Inde*) . . . . . 157
- État de Maharashtra c. Sangzivi*  
(*Cour Suprême de l'Inde*) . . . . . 160

**Droits de l'employé**

- Salem Erode Electricity Distribution Co. c. Personnel  
de la Société*  
(*Cour Suprême de l'Inde*) . . . . . 161

**Droit à la vie et à la sécurité de la personne**

- Jugement rendu par la première Chambre, en date  
du 13 juin 1965*  
(*Cour constitutionnelle fédérale de la République  
fédérale d'Allemagne*) . . . . . 162

**Droit de choisir sa profession**

- Affaire Kei-Shu*  
(*Cour suprême du Japon*) . . . . . 163

**Droit de vote**

- Harman c. Forssenius*  
(*Cour suprême des États-Unis*) . . . . . 164

**MAGISTRATURE ET TRIBUNAUX****Indépendance de la magistrature**

- Procureur général de Ceylan c. Lyianage et autres*  
(*Section judiciaire du Conseil privé Statuant en appel*  
*d'un arrêt de la Cour suprême de Ceylan*) . . . . . 165

**OUTRAGE À L'ÉTAT****Distinction entre outrage à la Nation et outrage au régime**

- Ministère public c. R. M. José*  
(*Cour suprême d'Espagne*) . . . . . 168

**PROCÈS (ET ENQUÊTES PRÉALABLES)****Droit de comparaître en personne**

- Williams c. Majedodunmi*  
(*Cour suprême fédérale du Nigéria*) . . . . . 169

**Droit à être assisté d'un conseil – Déclarations entraînant la culpabilité faites en son absence**

- Le peuple c. Friedlander*  
(*Cour d'Appel de New York*) . . . . . 169

**Droit à un procès régulier**

- Estes c. État de Texas*  
(*Cour suprême des États-Unis d'Amérique*) . . . . . 170

## Cour Suprême du Pakistan

**LE FONCTIONNAIRE CHARGÉ D'UNE ENQUÊTE A LE  
DEVOIR DE RESPECTER LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU****MOHAMMED MOHSIN SIDDIQUI c. GOUVERNEMENT DU  
PAKISTAN OCCIDENTAL**

(P.L.D. 1964 S.C. 64)

*Article 177 de la Constitution du Pakistan (1962), selon lequel aucun fonctionnaire ne peut être révoqué, muté ou ramené à un grade inférieur sans avoir eu la possibilité de présenter ses arguments à l'encontre de la sanction proposée – Enquêtes instituées sur l'ordre d'un ministre doivent être menées conformément au principe du droit d'être entendu – Les tribunaux supérieurs ne sauraient tolérer que des fonctionnaires, lorsqu'ils sont les plaignants, remplissent en même temps les fonctions du ministère public, des juges et des autorités chargées d'appliquer les sanctions.*

*Par-devant* MM. le Premier Président Cornelius, les juges Kaikaus et Hamoodur Rehman

L'article 177 1) b) de la Constitution du Pakistan (1962) est rédigé comme suit:

«En vertu de la présente Constitution, un fonctionnaire public du Pakistan, de l'autorité centrale ou d'une Province, ou titulaire d'un poste où il a à connaître des affaires de l'autorité centrale ou d'une Province, conformément à l'alinéa 2 du présent article, ne peut être révoqué ou démis de ses fonctions, ou être ramené à un grade inférieur, sans avoir eu la possibilité de présenter ses arguments à l'encontre des sanctions envisagées».

En jugeant de la procédure suivie lors d'une enquête menée sur l'ordre d'un ministre et soi-disant en conformité avec l'article ci-dessus, le Président Cornélius a fait l'observation suivante: «Les règlements exigent que toute enquête instituée sur ordre d'un ministre soit menée conformément au principe du droit d'être entendu. Les tribunaux supérieurs refusent d'admettre, et moins encore qu'ailleurs lorsque l'administration judiciaire elle-même est en cause, que des fonctionnaires puissent être amenés à remplir des fonctions du ministère public, des juges et des autorités chargées d'appliquer les sanctions, lorsqu'ils sont eux-mêmes plaignants, et ce pour la seule raison que les règlements leur reconnaissent un droit de révocation en tant qu'autorités ayant pouvoir de nomination (pp. 67-68).»

---

## Cour Fédérale de Malaisie

**LE FONCTIONNAIRE CHARGÉ D'UNE ENQUÊTE A LE  
DEVOIR DE RESPECTER LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU**

VASUDEVAN PILLAI ET AUTRE c. VILLE DE SINGAPOUR

(Cour fédérale des appels civils (Singapour), No 90  
de 1963 et 2, *Malayan Law Journal*, pp. 51 à 55).

*Enquête instituée sur l'ordre d'un ministre – Fonctionnaire chargé de l'enquête n'ayant pas observé le respect du droit d'être entendu – Recours présenté devant le Sous-Comité ministériel ayant pouvoir de revision – Instance quasi-judiciaire n'ayant pas observé le respect du droit d'être entendu – Défaut de réparation du seul fait que l'instance de recours a observé intégralement cette règle dans la conduite des débats.*

Par-devant MM. Thomson (Lord Président), Barakbah, Premier Président (Etats Malais) et Wee Chong Jin, Premier Président (Singapour).

Audience du 22 février 1965

Les demandeurs étaient employés de la Ville de Singapour. Ils furent démis de leurs fonctions le 27 mai 1957, à la suite d'une enquête soi-disant menée par l'adjoint à l'ingénieur électricien municipal. Cette enquête avait un caractère obligatoire, aux termes de certains règlements établis par le Conseil municipal. Or, ledit ingénieur adjoint ne s'était pas conformé aux règlements pertinents et n'avait pas davantage observé le principe du droit d'être entendu au cours de son enquête. Les appelants ont fait usage de leur droit de recours et ont porté la question de leur révocation devant la sous-Commission de la Commission paritaire. Celle-ci, après en avoir délibéré, les a déboutés. Par la suite, les demandeurs ont intenté une action en justice, demandant au tribunal de dire que la décision de les priver de leur emploi auprès de la Ville de Singapour n'était pas fondée.

Le juge de première instance, statuant sur le fond, a conclu que la Ville de Singapour avait, à bon droit, révoqué les demandeurs, puisque ceux-ci s'étaient refusés à obéir à des ordres légitimes. Il a conclu, d'autre part, que le fonctionnaire chargé de l'enquête instituée à leur sujet n'avait pas obéi au principe du droit d'être entendu, mais que cette faute avait été réparée lors des débats devant la sous-Commission de la Commission paritaire.

Les demandeurs interjetèrent alors appel contre cette décision, devant la Cour fédérale. Ils choisirent d'affirmer leur droit au refus d'accomplir certains travaux, malgré l'ordre qui leur en avait été donné, et de contester le droit pour les défendeurs de les révoquer en raison de ce refus, selon les

conditions de leur contrat de travail. Leur appel fut rejeté sur ces deux points.

Cependant, M. le Premier Président Wee Chong Jin, examinant dans ses conclusions les principes auxquels devraient se conformer les enquêtes ordonnées par un ministre, ainsi que les circonstances, s'il en existe, qui peuvent permettre de porter remède aux erreurs, omissions et irrégularités commises au cours de telles enquêtes, a fait les observations suivantes:

Les faits de la cause montrent bien que les défendeurs, lorsqu'ils ont révoqué les appelants, prétendaient agir en conformité de ces règlements. Le Conseil des défendeurs admet que le juge de première instance était fondé à estimer qu'en conduisant son enquête, le fonctionnaire qui en était chargé n'avait pas agi conformément au principe du droit d'être entendu. Il reste à décider si le juge de première instance était fondé à croire que, lorsque les appelants ont fait usage du droit de recours que leur reconnaissent les règlements, le fait qu'ils étaient alors représentés par un conseil et qu'ils ont la faculté de faire comparaître et d'examiner contradictoirement tous les témoins qui avaient déposé au cours de l'enquête, avait suffisamment remédié au manquement à ce principe qui avait vicié l'enquête.

Il me paraît, en principe, que, lorsqu'une instance quasi judiciaire n'a pas obéi au principe du droit d'être entendu, un tel manquement ne peut être corrigé par le fait que l'instance d'appel a respecté dans sa procédure toutes les règles de celui-ci.

On trouvera un précédent, s'il en est besoin, dans l'affaire *Annamuntho d c. Syndicat des ouvriers du pétrole*. Dans cette affaire, l'appelant appartenait au syndicat défendeur et il avait été invité à comparaître devant le Comité directeur du syndicat sous l'inculpation d'avoir contrevenu sur quatre points aux statuts du syndicat. Il comparut et ne se reconnut pas coupable. L'audience fut ajournée à huitaine et il ne se présenta pas à la reprise. Le lendemain, il fut informé par le Secrétaire général qu'il avait été reconnu coupable sur les quatre points et qu'en conséquence, le Comité directeur avait décidé de l'exclure. Il forma alors un recours devant la Conférence annuelle des délégués, ainsi que les statuts lui en donnaient le droit, mais cette Conférence confirma son expulsion. Il s'adressa alors aux tribunaux. Aucun des quatre manquements qui lui étaient reprochés ne justifiaient son expulsion par le comité directeur. Celui-ci, en l'expulsant, avait invoqué un article des statuts que l'appelant n'avait à aucun moment été accusé d'avoir enfreint. Cet article prévoyait une infraction tout à fait distincte, mais même s'il n'en avait pas été ainsi, le tribunal jugea qu'il n'aurait pas dû être invoqué sans que l'appelant en ait été avisé et ait eu l'occasion de préparer sa défense. Le tribunal jugea également que l'appelant ne se trouvait pas privé de son droit d'invoquer le manquement au principe du droit d'être entendu, du fait qu'il avait formé un recours devant la Conférence annuelle des délégués. Sur ce point, Lord Denning, qui rendit le jugement, a déclaré:

«L'appelant était donc parfaitement fondé à former un recours devant la Conférence annuelle avant de se présenter devant les tribunaux, même s'il n'était pas obligé de le faire. Toutefois, ayant formé ce recours sans succès, il ne se trouve pas, de ce fait, privé de son droit de faire appel devant les tribunaux. Si l'ordre d'expulsion qui l'a frappé est sans valeur, faute pour ses auteurs d'avoir obéi au principe du droit d'être entendu, l'appelant demeure fondé à le contester, nonobstant son premier recours.»

*Note de la Rédaction:*

On trouvera un compte rendu de l'affaire *Annamunthodo c. Syndicat des ouvriers du pétrole* dans «*All England Reports*», 1961, p. 621. Les observations de Lord Denning, évoquées dans le jugement rendu par le Premier Président de Singapour, figurent en page 625.

---

**Cour Suprême du Canada**

**ÉTENDUE DES POUVOIRS DE RÉVISION D'UN MINISTRE****PAOLO VIOLO c. DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'IMMIGRATION ET  
MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION**

(*Canada Law Reports*, 1965, p. 232)

*Exercice des pouvoirs de révision d'un ministre reportant à une date spécifiée la mise à exécution de deux arrêtés d'expulsion du territoire, à condition que les deux intéressés ne fassent jusque-là l'objet d'aucun rapport défavorable – Deux cas devant être réexaminés à l'issue de la période de sursis – Aucun rapport défavorable parvenu pendant la période considérée – Longtemps après l'expiration de cette période, mandat d'arrêt contre les intéressés, qui sont avisés que les ordres d'expulsion du territoire les concernant vont être exécutés – Défaut de pouvoir du Ministre de conserver ces ordres en suspens après l'échéance des périodes d'épreuve stipulées et d'en exiger l'exécution au moment de son choix – Décision d'accorder des périodes d'épreuve définitive au sens de l'article 31-4) de la Loi sur l'immigration; le ministre n'a pas le pouvoir de soumettre un tel cas à une nouvelle révision ou de prolonger la durée des périodes d'épreuve.*

*Par-devant* MM. les juges Cartwright, Fauxteux, Martland, Ritchie, Hall et Spence; M. le Premier Président Taschereau et MM. les juges Abbott et Hudson exprimant une opinion dissidente.

Les appelants, deux frères R et G, furent autorisés à entrer au Canada comme immigrants. Ayant été condamnés pour infraction au Code pénal, ce qui les exposait à une mesure d'expulsion du territoire en vertu de l'article 19 1) e) ii) de la Loi de 1952 sur l'immigration, leur expulsion fut ordonnée en vertu de l'article 19 2) de ladite loi. Leur recours devant la Commission de recours pour les affaires d'immigration fut rejeté, mais le Ministre (le deuxième défendeur), usant de ses pouvoirs de révision à l'égard de la décision de cette Commission de recours, ainsi que l'article 31 4) de la loi lui en donnait le droit, informa chacun des deux frères que l'exécution des ordres d'expulsion les concernant était suspendue pendant douze mois pour R, et pendant six

mois pour G, sous réserve que ni l'un ni l'autre ne fasse pendant ce temps l'objet de rapports défavorables, et que leurs cas seraient revus à l'expiration de ces périodes.

R et G furent arrêtés, le premier trois ans et le deuxième dix-huit mois plus tard, en vertu d'un mandat d'arrêt signé du Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Ils reçurent l'un et l'autre une lettre les avisant que leurs cas avaient été l'objet d'une révision et que les ordres d'expulsion allaient être exécutés. Ni l'un ni l'autre n'avait été avisé du lieu ou de la date de cette révision. Ils sollicitèrent des ordonnances *d'habeas corpus* et de *certiorari*,<sup>1</sup> mais le juge de première instance et la Cour d'appel refusèrent d'y faire droit.

La Cour suprême, saisie en appel, jugea qu'après la fin des périodes d'épreuve stipulées, le ministre n'avait plus le pouvoir de conserver les ordres de détention en suspens et d'en exiger l'exécution discrétionnaire au moment de son choix. Le Ministre ayant fait usage de son pouvoir de révision et ayant décidé d'accorder une période d'épreuve, une telle décision avait un caractère définitif, en vertu de l'article 31 4) de la Loi sur l'immigration. Dès lors, il n'avait plus le pouvoir de procéder à une nouvelle révision ou de prolonger la durée de la période probatoire. En l'absence de tout élément survenu au cours de la période probatoire et qui eût justifié cette mesure, la loi ne lui donnait plus le droit de mettre à exécution les ordres d'expulsion.

---

### Cour Suprême du Japon

#### EXPOSÉ DES MOTIFS AYANT ENTRAÎNÉ UNE DÉCISION ADMINISTRATIVE

##### AFFAIRE SAIKO SAIBANSHO MINJI HANREI-SHU

(*Supreme Court Reports, civil, Vol. 17, No 4, p. 617*)

*Une décision administrative doit être accompagnée d'un exposé des motifs, selon une stipulation habituelle de la loi - Un exposé quelconque ne satisfait pas nécessairement à cette obligation - L'exposé doit avoir une valeur suffisante aux yeux de la loi - Les tribunaux peuvent annuler une décision administrative, lorsque l'exposé des motifs qui l'accompagne leur paraît insuffisant.*

Arrêt rendu par le «*Second Minor Bench*» le 31 mai 1963.

La loi stipule souvent que, lorsqu'un fonctionnaire supérieur habilité à le faire prend une décision d'ordre administratif, il doit y joindre un exposé des motifs qui l'y ont amené. Les tribunaux inférieurs du Japon ont exprimé des vues divergentes quant au caractère plus ou moins détaillé qu'un exposé

---

<sup>1</sup> Ordonnances délivrées par une Cour supérieure à un tribunal inférieur pour évoquer une affaire qui s'y trouve pendante.

de ce genre doit présenter, et aussi quant au sort à donner aux décisions qui ne seraient pas accompagnées d'un exposé des motifs convaincant. Le jugement rendu dans cette affaire par la Cour suprême est important; c'était, en effet, la première fois que cette haute instance annulait une décision administrative, motif pris de ce que l'exposé des motifs était insuffisant aux yeux de la loi.

### Section Judiciaire du Conseil privé

(Statuant sur un arrêt rendu par la cour d'appel de Malaisie)

#### PRIVATION DE LA CITOYENNETÉ

LIM LIAN GEOK c. MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

(1964 - 30 M.L.J., 158 - Conseil privé)

*La Constitution dispose qu'un citoyen de naissance ou naturalisé peut être privé de la citoyenneté si le Gouvernement fédéral est convaincu de son manque de loyalisme ou d'attachement à l'égard de la Fédération - Le citoyen intéressé devrait disposer de toute occasion raisonnable et suffisante d'examiner les motifs pour lesquels la privation de sa citoyenneté est envisagée - Il devrait avoir accès à toutes les informations dont il peut raisonnablement avoir besoin en l'espèce - L'enquête est viciée lorsque certains détails qui pourraient lui être utiles et dont il pourrait raisonnablement avoir besoin pour protéger ses intérêts ne lui sont pas communiqués.*

Par-devant les Lords Cohen, Evershed, Hodson, Donovan et Borth-Y-Gest.

En vertu de l'article 25 1) a) de la Constitution de la Fédération de Malaisie un citoyen de naissance ou naturalisé peut être privé de sa citoyenneté si le Gouvernement fédéral est convaincu que «dans ses actes ou ses paroles, il a manqué de loyalisme ou d'attachement à l'égard de la Fédération».

Le requérant a été avisé par écrit que le Gouvernement avait l'intention de le priver de sa citoyenneté en vertu de cet article, et lui a notifié son droit de présenter sa défense devant une Commission d'enquête.

Le requérant ne s'est pas présenté devant la Commission d'enquête, mais a préféré contester par les voies judiciaires la validité de l'avis reçu, lequel avis a été jugé valable par la Haute Cour. Il s'est alors adressé à la Cour d'Appel, qui l'a débouté.

Les arguments présentés en l'espèce et les motifs du jugement du Conseil privé sont de peu d'importance en eux-mêmes et ne seront donc pas

résumés ici. Il importe toutefois de noter que le Conseil privé, tout en débattant le demandeur, a formulé les observations suivantes, par lesquelles il réaffirme le droit de tout citoyen à ne pas être privé de sa citoyenneté sans avoir eu la possibilité pleine et entière de présenter ses arguments à l'encontre d'une telle mesure:

«En reconnaissant aux citoyens intéressés le droit de s'adresser à la Commission d'enquête, la Constitution a voulu marquer que ces citoyens doivent disposer de toute possibilité adéquate et suffisante d'exposer les motifs pour lesquels la privation de citoyenneté est envisagée. Il en résulte que ce citoyen doit avoir accès à toutes les informations dont il peut raisonnablement avoir besoin en l'espèce, de façon à pouvoir étudier l'affaire, présenter ses arguments ou faire toutes les remarques qu'il peut désirer. L'enquête serait viciée si certains détails qui pourraient lui être utiles ou dont il pourrait raisonnablement avoir besoin pour protéger ses propres intérêts ne lui étaient pas communiqués».

---

### Cour Suprême des Philippines

## DROIT DE FAIRE VALOIR SA PRÉTENTION À LA CITOYENNETÉ

LIM c. DE LA ROSA

(G. R. No 1-17790)

*Individu prétendant avoir la qualité de citoyen du pays ne peut être contraint par des fonctionnaires de l'Etat à se faire immatriculer comme étranger - Possibilité adéquate de faire valoir sa prétention - dans les cas où cette possibilité n'existe pas, interdiction faite aux fonctionnaires en question de contraindre ledit individu à se faire immatriculer comme étranger.*

Arrêt rendu le 31 mars 1964

Les demandeurs, mari et femme, prétendaient avoir la qualité de citoyens des Philippines. Ils ont présenté une requête devant le tribunal de première instance, à l'effet qu'il soit interdit aux défendeurs, savoir au commissaire adjoint à l'immigration et au Chef du Service de contrôle des étrangers, de les obliger à se faire immatriculer comme étrangers. Fondant leurs arguments sur des opinions du Secrétaire d'Etat à la Justice, les défendeurs ont soutenu que les demandeurs n'étaient pas citoyens des Philippines. A l'issue des débats, le juge de première instance a jugé que les demandeurs étaient citoyens des Philippines, soit en raison de la naissance illégitime du mari, soit, si l'on accepte l'hypothèse où ses parents auraient été légalement mariés, du fait que la mère du mari avait repris sa nationalité philippine à la mort du père», et a fait interdiction permanente aux défendeurs d'obliger les demandeurs à se

faire immatriculer comme étrangers. Les défendeurs ont fait appel et ont notamment plaidé que le tribunal inférieur n'était pas compétent pour déterminer la citoyenneté du demandeur, lorsqu'il a statué sur la requête faisant l'objet de l'appel.

La Cour suprême a confirmé dans les termes suivants le jugement du tribunal de première instance:

Quelle voie de recours resterait ouverte à un citoyen de ce pays ou à un habitant prétendant en être citoyen, lorsqu'il se voit contraint de se faire immatriculer comme étranger par des fonctionnaires de l'Etat qui, s'appuyant sur des décisions ou des opinions de leurs supérieurs hiérarchiques, ne font de leur côté qu'accomplir leur devoir? Si la personne qui prétend être citoyen de ce pays et qui, en même temps, est l'objet d'une contrainte à l'effet de se faire immatriculer comme étranger, est en mesure de montrer, établir ou prouver qu'elle possède également cette qualité; l'interdiction faite à ces fonctionnaires de contraindre ladite personne à se faire immatriculer comme étranger est à coup sûr la voie de recours qui s'impose pour protéger son droit, et elle doit suffire.

---

**Conseil d'État, France**

### **ÉGALITÉ DE CHANCES**

#### **MARFAING c. MINISTRE DES FINANCES**

(Arrêt No. 56.939 de 1965)

*Droit de tout fonctionnaire à l'égalité de chances – Droit d'un fonctionnaire de profiter sans restriction des opportunités de promotion offertes par voie de concours – L'appréciation de l'aptitude d'un candidat à concourir relève de la seule compétence du jury du concours, auquel les supérieurs hiérarchiques du candidat ne peuvent se substituer – L'élimination irrégulière d'un candidat vicia l'ensemble des résultats d'un concours et en entraîne l'annulation.*

Arrêt rendu le 8 octobre 1965.

Le sieur Marfaing, contrôleur des douanes, avait voulu se présenter à un concours organisé au sein de son administration pour l'accès au grade supérieur d'inspecteur des douanes. En l'occurrence, il s'agissait de l'ultime session d'un concours, destinée spécialement aux candidats n'ayant pu se présenter à l'une des sessions précédentes à cause d'un empêchement valable. Un arrêté ministériel en date du 28 janvier 1950 portait organisation du concours et fixait les conditions d'admission des candidats. Son administration ayant refusé de l'admettre à concourir, sous le prétexte, jugé arbitraire par le sieur Marfaing, qu'il ne satisfaisait pas aux conditions requises, celui-ci se pourvut devant le tribunal administratif de Paris en demandant l'annulation pour excès de pouvoir de la décision ministérielle arrêtant les résul-

tats dudit concours. Après avoir été d'abord débouté de sa demande par le jugement du tribunal administratif, le sieur Marfaing obtint gain de cause en appel devant le Conseil d'État.

Les motifs du refus opposé par l'administration étaient de deux ordres. D'une part, s'agissant d'une session spéciale réversée aux agents ayant été empêchés, pour des raisons légitimes, de se présenter aux sessions antérieures, et le sieur Marfaing n'ayant pu justifier d'aucun empêchement légitime de participer aux sessions précédentes, il contrevenait donc aux prescriptions de l'arrêté ministériel du 28 janvier 1950 fixant les conditions d'admission au concours. En outre, un autre arrêté ministériel antérieur à celui-ci spécifiait que ledit concours était réservé aux fonctionnaires bien notés. En second lieu, l'Administration estimait que le requérant était inapte à remplir les fonctions d'inspecteur qu'il postulait, cette inaptitude s'étant manifestée, selon elle, dans ses fonctions de contrôleur.

Sur le premier point, le Conseil d'État a jugé que tous les fonctionnaires devaient avoir accès au concours et à la promotion dans des conditions d'égalité, et que la promotion devait être strictement fondée sur la qualité des épreuves remises par le fonctionnaire intéressé à l'issue du concours. Le Conseil d'État a également fait observer qu'un arrêté ministériel ne pouvait imposer de réserve à l'admission à concourir, étant donné que toutes les règles statutaires applicables aux fonctionnaires ne pouvaient résulter que d'un décret en conseil d'État, et non d'un simple arrêté ministériel. Sur le second point, le Conseil d'État a jugé que lorsque le ministre avait estimé que le sieur Marfaing n'était pas apte à l'exercice des fonctions d'inspecteur qu'il postulait, il prenait une décision que le jury était seul compétent pour prendre.

Considérant qu'aucun des motifs retenus par le ministre pour refuser d'admettre le requérant à concourir n'était de nature à justifier légalement ce refus; considérant, en outre, que cette exclusion illégale du sieur Marfaing ne pouvait manquer de vicier l'ensemble des résultats du concours; le Conseil d'État a annulé le jugement du tribunal administratif de Paris et prononcé l'annulation des résultats du concours, qui avaient proclamés sous forme d'un arrêté ministériel.

---

## Cour Suprême de L'Inde

## ÉGALITÉ DES SEXES

## SYNDICAT OUVRIER DE BOMBAY c. FRANCHISES (PRIVATE) LTD.

*Égalité des sexes garantie par la Constitution de l'Inde - Stipulation selon laquelle les femmes célibataires doivent quitter leur emploi lorsqu'elles se marient, viole cette disposition de la Constitution et devrait être abrogée dans l'intérêt de la justice sociale - Règle générale ne devant connaître d'exception que lorsque des raisons satisfaisantes et convaincantes l'exigent.*

Arrêt rendu par M. le Juge Wanchoo, le 3 novembre 1965.

En son article 15 1), la Constitution de l'Inde dispose:

L'État ne fera aucune discrimination à l'encontre d'aucun citoyen pour des raisons de religion, de race, de caste, de sexe, de lieu de naissance, ou pour l'une seulement de ces raisons.

Le Syndicat ouvrier de Bombay, appelant, représentant les employées du défendeur, les États *Franchises (Private) Ltd.*, demandait l'abrogation d'une condition de service imposée par l'employeur, qui interdisait aux femmes mariées de conserver leur emploi.

En vertu de ladite condition, dont les défendeurs soutenaient le bien-fondé et que le tribunal des Relations industrielles du Marashtra avait confirmée, les femmes travaillant dans un certain service de la firme devaient abandonner leur emploi au moment de leur mariage.

Au cours du procès en appel, le défendeur fit valoir que d'autres industries pharmaceutiques de la région imposaient des conditions d'emploi analogues. Dans le service auquel cette règle s'appliquait, le travail devait se faire en équipes. Or, on constatait parmi les femmes mariées une proportion élevée d'absentéisme, ce qui rendait le travail d'équipe impossible.

La Cour a déclaré quelle n'était pas convaincue par les arguments avancés en vue de conserver une stipulation de ce genre. En matière d'absentéisme, la seule différence qu'on a pu constater entre les sexes était due aux congés de maternité, et il était facile de pallier les effets de ces congés en embauchant quelques ouvrières de plus pour suppléer les absentes. Il n'y avait donc pas de motif sérieux à l'appui d'une stipulation draconienne qui oblige les femmes à abandonner leur emploi au moment de leur mariage. L'appelant eut donc gain de cause.

M. le Juge Wanchoo fit remarquer ce qui suit:

C'est la préoccupation intermittente de l'ouvrière pour son foyer qui explique la croyance selon laquelle l'emploi et le mariage sont deux conditions qui s'excluent mutuellement. Il est regrettable que ceci soit présenté comme un conflit entre ces droits de l'homme fondamentaux que sont le droit de l'enfant à sa mère et le droit de la femme au travail. Il ne s'agit ici, en réalité, que de permettre la coexistence de certains éléments de fait particulièrement importants.

La femme mariée qui travaille, soit par nécessité, soit parce qu'elle à un sens très aigu des valeurs sociales, soit parce qu'elle est mue par le désir de participer à l'activité économique du pays, doit être considérée comme contribuant doublement à la vie de la société et de la nation. Elle y contribue directement par le travail productif qu'elle fournit au bureau, à l'usine, au laboratoire, à l'école, et indirectement à titre gratuit en tant que mère de famille. Cette seconde contribution doit, bien entendu, demeurer la plus importante: elle seule, en effet, garantit la survie de la société.

S'il est vrai cependant que la maternité passe tout naturellement pour la fonction propre de la femme, qui lui procure ses satisfactions psychologiques profondes, elle n'en constitue pas moins un «travail» – non point certes au sens biologique du terme – mais tout simplement par le nombre d'heures de travail qu'elle impose.

Les femmes, elles, ont joyeusement accepté ce double rôle. Il suffit qu'on les aide à les harmoniser par la création de certains moyens matériels, tels que garderies d'enfants, possibilités d'emploi à temps partiel, congés de maternité et cours de reclassement dans certaines carrières.

Soutenir, comme je crois savoir que certains employeurs le soutiennent actuellement, pour ce qui est des mines, des carrières, des industries textiles et d'autres domaines d'emploi, que les employés du sexe masculin ont un meilleur rendement économique, reviendrait à soutenir aujourd'hui en Inde qu'un père de famille a le droit d'avoir autant d'enfants qu'il peut en nourrir. De nos jours, on considère – ou, du moins, on devrait considérer – ces questions d'un point de vue national et non plus individuel.

*Note de la Rédaction:*

A la date où nous mettons sous presse, le jugement ci-dessus, ainsi que d'autres jugements ci-après, rendus en Inde, n'ont pas encore fait l'objet de compte rendu dans la Presse ou les recueils de jurisprudence indiens, ce qui explique l'absence de références bibliographiques; mais, ces jugements sont d'une telle importance qu'il en sera assurément rendu compte ultérieurement.

---

**Cour Suprême du Pakistan**

**LIBERTÉ D'ASSOCIATION**

**ABDUL A'LA MAUDUDI c. GOUVERNEMENT DU PAKISTAN  
OCCIDENTAL**

(P.L.D. 1964 S.C. pp. 672 à 792)

*La loi No XIV de 1908 portant amendement au Code pénal, confère à un gouvernement provincial des pouvoirs discrétionnaires pour interdire complètement l'activité d'un parti politique – Restrictions inadmissibles au droit d'association – Violation du droit fondamental No 7 (Titre II, chapitre I) de la Constitution du Pakistan de 1962 – Loi nulle et de nul effet.*

*Par-devant* MM. le Premier Président Cornélius, et les juges S. A. Rehman, Fazle Akbar, Kaikaus et Hamoodu Rehman

Arrêt rendu à la majorité par MM. Rehman, Fazle Akbar, Kaikaus et Hamoodu Rehman, le Premier Président Cornélius ayant émis une opinion dissidente.

Le droit fondamental No 7, incorporé à la Constitution du Pakistan, a trait à la liberté d'association qui est énoncé dans les termes suivants:

Tout citoyen a le droit de former des associations ou syndicats, sous réserve de se conformer à toute restriction raisonnable imposée par la loi dans l'intérêt de la moralité ou de l'ordre public.

La loi No XIV de 1908 portant amendement au Code pénal, visait à conférer à un gouvernement provincial des pouvoirs discrétionnaires lui permettant d'interdire un parti politique sur la base d'une interprétation unilatérale de son activité et sans possibilité de recours. La Cour suprême du Pakistan a jugé en l'espèce que cette loi était nulle et de nul effet parce qu'elle portait atteinte au droit fondamental No 7, en cherchant à imposer des restrictions inadmissibles au droit de former des associations.

Pour M. le Juge S. A. Rehman: «Le législateur a fort justement estimé nécessaire de prévoir, dans ladite loi, qu'aucune mesure ne devrait être prise, à moins que la plus haute instance judiciaire du pays ne se soit d'abord prononcée sur la question en litige. Si on en juge d'après ce critère, la loi de 1908 confère à un gouvernement provincial le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à toutes les activités d'un parti politique, ce qui revient virtuellement à mettre fin à son existence, et ce sur la base d'une interprétation unilatérale de son activité. Ce pouvoir discrétionnaire n'est soumis à aucun contrôle, juridictionnel ou autre, et il peut d'un jour à l'autre offrir le moyen de faire taire et d'opprimer un parti d'opposition s'il repose entre les mains d'un parti au pouvoir sans scrupules (p. 734)».

Selon M. le Juge Fazle Akbar: «Les dispositions de la Loi de 1908, étant de caractère pénal, ne peuvent absolument pas être considérées comme apportant une restriction raisonnable à l'exercice d'un droit fondamental. En fait, cette loi permet de vider le droit d'association de tout son contenu, et cela pour une durée indéfinie, sans débat contradictoire et sans procès, mais simplement sur la base des désirs subjectifs de l'exécutif. Il est véritablement impossible, sous quelque constitution que ce soit, de qualifier de «Loi» un texte de ce genre (P. 744)».

Pour M. le Juge H. Rehman: «Le principe essentiel sur lequel doit se fonder une déclaration des droits fondamentaux dans une constitution est qu'il doit être possible de faire usage de ces droits à l'encontre, non seulement du pouvoir exécutif, mais aussi du pouvoir législatif, par un recours exercé devant les tribunaux. Ce principe essentiel a été incorporé à notre Constitution par l'effet conjoint du nouvel Article 6, paragraphe c), de l'Article 98, alinéa 2 et de l'Article 133, alinéa 3 de la Constitution amendée par la Loi portant premier amendement à la Constitution (I de 1964) (pp. 783-784)».

---

## Cour Suprême Fédérale du Nigeria

## LIBERTÉ D'EXPRESSION

## LA COURONNE c. THE ASSOCIATED PRESS OF NIGERIA LTD.

(1961 - 1 All N.L.R., 199)

*Publication de fausses nouvelles susceptibles de répandre la peur et la panique interdite par l'Article 59 1) du Code pénal non abrogé par l'Article 25 de la Constitution - Article 25 de la Constitution ayant trait à la liberté d'expression, ne garantit que la liberté dans l'ordre - Ne peut être invoqué pour diffuser des fausses nouvelles susceptibles de répandre la terreur et la panique dans le public.*

Par-devant MM. le Premier Président Ademola, et les juges Brett, Mbanefo, Taylor et Bairamian

L'article 25 de la Constitution de la Fédération du Nigéria, promulguée le 1er octobre 1963, garantit la liberté d'expression dans les termes suivants:

- (1) Tout citoyen a droit à la liberté d'expression et d'opinion et peut notamment adopter et diffuser des idées et des informations sans être inquiété.
- (2) Le présent article ne pourra en rien abroger aucune loi qui trouve sa justification dans une société démocratique
  - a) dans l'intérêt de la défense nationale, de la sécurité, de l'ordre, de la morale et de la santé publique;
  - b) pour protéger les droits, la réputation et la liberté d'autrui, empêcher la divulgation d'informations reçues sous le sceau de la confiance, maintenir l'autorité et l'indépendance des tribunaux ou réglementer les communications téléphoniques, la radiodiffusion, la télévision ou la projection de films cinématographiques;
  - c) imposant des restrictions aux pouvoirs de personnes titulaires d'une charge de l'État, des membres des forces armées de la Fédération ou d'une force de police.

Les défendeurs étaient notamment accusés d'avoir publié de fausses nouvelles susceptibles de répandre la terreur et la panique, et interdites de ce fait par l'article 59 1) du Code pénal du Nigéria.

La Cour a jugé que l'article 59 1) du Code pénal n'était pas abrogé par l'article 25 de la Constitution.

La Cour a accompagné son jugement de l'observation suivante: «Il suffira de dire que l'article 24 (maintenant article 25) de la Constitution fédérale relative aux droits fondamentaux de l'homme ne garantit que la *liberté dans l'ordre*, et que l'article de la Constitution ne peut être interprété comme donnant licence de répandre de fausses nouvelles susceptibles de provoquer la peur et la panique dans le public».

---

## Cour Suprême Fédérale du Nigeria

## DR. CHIKE OBI c. PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA FÉDÉRATION

(1961 - 1 All N.L.R. 186)

*Articles 50 et 51 du Code pénal nigérien qualifiant de crimes l'impression, la publication ou la distribution d'écrits séditieux - Articles qui ne sauraient être interprétés comme faisant obstacle à la critique mesurée justifiable dans une société démocratique - Droit de l'individu de critiquer, débattre et blâmer les actes du gouvernement, pour autant qu'il demeure dans les limites d'une juste critique - Légitimité et compatibilité évidente avec la Constitution des critiques contre le gouvernement au pouvoir en usant d'arguments honnêtes - Interdiction de critiquer le gouvernement par des moyens malveillants qui visent à porter atteinte à l'ordre public.*

Par-devant MM. le Premier Président Ademola, les juges Brett, Mbanefo, Taylor et Bairamian

Le défendeur a répandu une brochure contenant une attaque contre les ministres fédéraux, où il les accusait de s'emplier les poches à la faveur de leurs fonctions, et de se désintéresser du bien-être du peuple. Il fut traduit devant la Cour suprême de Lagos sous l'inculpation de comportement séditieux, prévu par l'article 51 1) c) du Code pénal nigérien qui dispose:

Quiconque. . .

c) imprime, publie, offre à la vente, distribue ou reproduit toute publication séditieuse  
se rend coupable d'un délit.

L'article 50 2), dans la mesure où il s'applique, dispose ce qui suit:

Est qualifiée de séditieuse toute intention:

- a) d'exposer à la haine, au mépris ou au mécontentement le Gouvernement légal du Nigéria
- c) de provoquer le mécontentement ou la désaffection entre les sujets de Sa Majesté ou les habitants du Nigéria.

Toutefois, un acte, un discours ou une publication ne peuvent être qualifiés de séditieux pour la seule raison qu'ils tendraient:

- i) à démontrer que Sa Majesté a été mal conseillée ou mal avisée dans telles mesures qu'elle a prises; ou
- ii) à appeler l'attention de l'opinion sur des erreurs ou des défauts dans le Gouvernement ou dans la Constitution du Nigéria ou de l'une des régions de la Fédération définies par la loi, ou dans la législation ou l'administration de la justice, et ce, afin de porter remède à ces erreurs ou à ces défauts; ou

- iii) à amener les sujets de Sa Majesté ou les habitants du Nigéria à modifier par des moyens légaux toute institution créée par la loi; ou
- iv) à mettre en évidence, afin de les faire disparaître, toutes questions qui provoquent ou tendent à provoquer des sentiments de malveillance et d'hostilité entre les différentes classes de la population du Nigéria.

Ayant égard à la garantie de la liberté d'expression contenue à l'article 25 1) et 2) de la Constitution nigérienne, la Cour suprême de Lagos a sollicité l'avis de la Cour suprême fédérale du Nigéria sur la question de savoir ce qui constitue une intention séditeuse et ce qui peut être qualifié de publication séditeuse au sens de l'article 52 a) et 51 c) du Code pénal nigérien.

La Cour suprême fédérale a arrêté ce qui suit:

1. Les articles 50 et 51 n'interdisent aucunement la critique reposant sur des arguments honnêtes et justifiables dans une société démocratique.

M. le Premier Président Ademola a déclaré:

«Pour moi, cet article signifie qu'une personne a le droit d'exprimer ses griefs et ses critiques, de discuter et de blâmer les actes et la politique générale du Gouvernement. Il est même loisible de le faire en vue de provoquer le départ du parti au pouvoir et d'appeler l'attention de l'opinion sur la faiblesse d'un Gouvernement, à condition de demeurer dans les limites d'une juste critique. Il est manifestement légitime et compatible avec la Constitution de critiquer le Gouvernement au pouvoir en usant d'arguments honnêtes. En revanche, il est interdit de critiquer le Gouvernement par des moyens malveillants . . . car de telles critiques, par leur nature même, tendent à porter atteinte à l'ordre public».

2. Sur la question de savoir si la véracité des déclarations suffit à les justifier, le caractère véridique d'une publication est une considération pertinente lorsqu'il s'agit de décider si une personne a eu pour unique intention l'une de celles qui soustraient l'inculpé aux effets de l'article 50 2). Toutefois, ce caractère véridique ne suffit pas *en lui-même* à constituer une justification.

3. Pour ce qui est de l'argument selon lequel la Constitution ne rend punissables que les actes visant à porter atteinte à l'ordre public, la Cour a fait l'observation suivante:

«On a soutenu qu'une loi ne produit effet que si les actes qu'elle interdit sont, sans exception, susceptibles de provoquer directement des désordres. Il peut paraître que c'est là, interpréter trop étroitement cette disposition, car il y a assurément justification, dans une société démocratique, à prendre toutes les précautions raisonnables en vue de préserver l'ordre public, ce qui peut entraîner l'interdiction d'actes qui, s'ils étaient autorisés sans aucune réserve, pourraient provoquer des désordres, quand bien même ils ne seraient pas de nature à en provoquer directement par eux-mêmes. C'est à la Cour suprême qu'il appartient de juger si une loi établie est justifiée en raison ou non».

4. Selon M. le juge Brett: «Il convient d'attribuer l'importance nécessaire au rôle du législateur, gardien de la société démocratique. Les tribunaux doivent considérer les lois comme des textes qu'une majorité des représentants élus de la population de la Fédération a déclarés fondés en raison. Le fait même que les lois aient été votées par le pouvoir législatif est un élément dont les tribunaux devront tenir compte lorsqu'il auront à juger de leur caractère raisonnable».

*Note de la Rédaction:*

1. L'article 25 de la Constitution de la Fédération du Nigéria a été reproduit plus haut, dans notre compte rendu de l'affaire «La Couronne c. *Associated Press of Nigeria* (1961)». (1 All N.L.R. 199)

2. La Cour suprême de Lagos a jugé l'accusé sur la base des directives juridiques fournies par la Cour suprême fédérale et l'a reconnu coupable sur le fond.

---

**Conseil d'État, France**

**LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR**

**MINISTRE DE L'INTÉRIEUR c. DAME VICINI**

(Arrêt du 20 janvier 1965 No 62.214)

*Droits des nomades – Pouvoir du préfet de réglementer les conditions de la circulation et du séjour des nomades dans son département seulement dans l'intérêt de la salubrité, de la sécurité et de la tranquillité publiques – Illégalité de l'interdiction permanente et absolue du stationnement et du séjour des nomades dans tout ou partie du département – Arrêté portant atteinte au droit fondamental de tout individu à la liberté d'aller et venir.*

Cette affaire, qui mettait en cause le droit des nomades à la liberté d'aller et de venir, et les pouvoirs du préfet (représentant du Gouvernement dans un département) d'imposer des restrictions à cette liberté dans le territoire dépendant de sa juridiction, appelait le Conseil d'Etat à statuer sur un recours formé par le Ministre de l'Intérieur contre un jugement du Tribunal administratif de Nice en date du 16 octobre 1963.

Le tribunal administratif de Nice avait annulé, pour excès de pouvoir, un arrêté du Préfet du département des Alpes Maritimes portant interdiction du stationnement et du séjour des nomades sur le territoire de 79 communes du département. D'autre part, le préfet avait rejeté par un arrêté la demande de la dame Vicini, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir dudit arrêté.

Le Conseil d'État a rejeté le recours du Ministre de l'Intérieur et a confirmé le bien-fondé du jugement du Tribunal administratif donnant gain de cause à la dame Vicini.

Dans son arrêt, le Conseil d'État a déclaré qu'aux termes de l'article 107 du Code de l'administration communale, un préfet a le droit de prendre dans son département toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sécurité et de la tranquillité publiques. Il ne peut réglementer les conditions de la circulation et du séjour des nomades que pour éviter qu'elles créent un danger pour la salubrité, la sécurité et la tranquillité publiques. En revanche, un préfet porte atteinte au droit fondamental de l'individu à la liberté d'aller et venir lorsqu'il interdit de façon permanente et absolue le stationnement et le séjour des nomades sur tout ou partie de son département. Par suite, et en l'absence de circonstances exceptionnelles, le préfet des Alpes Maritimes ne pouvait pas légalement, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 107 précité, prendre un arrêté d'interdiction générale.

Se référant à deux autres textes législatifs invoqués par le Ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État a observé qu'il n'existait aucun autre texte de loi constituant un fondement légal à l'arrêté préfectoral incriminé.

---

### Cour Suprême Fédérale du Nigeria

#### WILLIAMS c. MAJEDODUNMI

(1962 - 1. All N.L.R. 324)

*Droit d'aller et venir librement sur le territoire du Nigeria pour tout citoyen - Allées et venues ou résidence de toute personne sur le territoire du Nigeria ne peuvent faire l'objet d'aucune restriction, sauf exigences des intérêts de la défense, de la sécurité, de l'ordre, de la moralité ou de la salubrité publics - Notification à un avocat de l'arrêté portant restriction de cette liberté - Saisine d'un tribunal pour en contester la validité - Comparution personnelle - Droit reconnu, sauf si les nécessités de l'ordre public ne l'empêchent de façon évidente.*

Par-devant MM. le Premier Président Ademola et les juges Brett, Mbanefo et Taylor

En vertu de l'article 27 de la Constitution de la République fédérale du Nigeria:

1. Tout citoyen du Nigeria est libre d'aller et venir sur tout le territoire de la Fédération.
2. Rien dans le présent article n'aura pour effet d'abroger aucune loi qui soit fondée en raison dans une société démocratique, et qui
  - a) restreint la liberté d'aller et venir ou de résidence de toute personne sur le territoire de la Fédération, dans l'intérêt de la défense nationale, de l'ordre, de la moralité ou de la salubrité publics.

Agissant en vertu de l'article 2 1) a) du Règlement de 1962 sur les pouvoirs d'exception (arrêtés restrictifs), le défendeur, Administrateur du

Nigéria occidentale, notifia au demandeur un arrêté restrictif lui enjoignant de se trouver et de demeurer dans un rayon de cinq kilomètres de son domicile.

Le requérant, avocat de sa profession, voulut contester la validité de cet arrêté et, à titre de première démarche, s'adressa à la Cour suprême fédérale, lui demandant d'interdire au défendeur, avant dire droit, de mettre ledit arrêté à exécution en attendant que soit jugée contradictoirement l'action en annulation de l'arrêté restrictif qu'il désirait intenter contre le défendeur.

Le défendeur avait tout d'abord informé le demandeur qu'il l'autoriserait à se présenter devant la Cour suprême fédérale pour soutenir sa requête. Plus tard, il lui refusa cette autorisation parce que d'autres personnes assujetties elles aussi, à des arrêtés restrictifs analogues, avaient sollicité les mêmes autorisations. En conséquence, le demandeur a sollicité, de la Cour suprême fédérale, un arrêt interdisant provisoirement au défendeur de restreindre sa liberté d'aller et venir, jusqu'à ce que les débats contradictoires aient eu lieu.

La Cour a donné gain de cause au demandeur, déclarant qu'il ne pouvait légalement être contraint de désigner un défenseur et ne devait pas être privé de son droit de comparaître en personne, sauf si les exigences de l'ordre public le rendaient absolument nécessaire. Elle a estimé que l'explication donnée par le défendeur au demandeur, lorsqu'il a changé d'avis, était bien la preuve que l'ordre public n'était pas en cause, et a fait interdiction au défendeur d'empêcher le demandeur de comparaître à l'audience pour soutenir sa requête.

---

## Cour d'Appel de Trinité et Tobago

### DROITS FONDAMENTAUX EN PÉRIODE D'EXCEPTION

**BECKLES c. DELLAMORE**

*(Magisterial Appeal No 440, 1965)*

*Principaux droits fondamentaux de l'homme protégés par la Constitution - Lois et règlements promulgués pendant une période d'exception ayant leur validité maximum fixée au terme de cette période, en vigueur en dépit de ces dispositions - Textes tels qu'ils puissent raisonnablement s'appliquer à la situation existante pendant cette période.*

*Par-devant* MM. le Premier Président Sir Hugh Wooding, et les juges Hugh McShine et Phillips

Arrêt rendu le 18 décembre 1965

En vertu des pouvoirs qu'il tenait de l'Ordonnance sur les pouvoirs en période d'exception (ch. 11, No 10), le Gouverneur général a déclaré qu'un état d'exception existait dans certaines régions définies par une proclamation émise le 9 mars 1965. Ces régions étaient composées dans leur majorité par des plantations de canne à sucre où une grève, provoquée par des différends

internes au sein du syndicat des ouvriers, était en cours. Selon le Premier Président Wooding: «Un groupe d'hommes se dénommant les combattants de la liberté cherchaient à provoquer le départ des chefs du syndicat, et tout le mouvement ouvrier du pays se trouvait entraîné dans cette lutte, la plupart des syndicats se rangeant du côté des combattants de la liberté. On relevait des actes de violence et des menaces. L'intimidation était devenue un procédé courant. Il fallut fermer les sucreries. Pour reprendre les paroles de l'appelant, «l'industrie sucrière était en état de crise». Sur ces entrefaites survint la controverse au sujet du projet de loi sur la stabilisation industrielle, qui était en butte à une campagne véhémente de la part des combattants de la liberté et des syndicats qui les soutenaient. Ce projet de loi était inacceptable pour ses opposants car, selon les termes de la brochure que l'appelant avait en sa possession et qui motivait son inculpation, ledit projet paraissait sonner le glas de la liberté pour les travailleurs ainsi que des négociations collectives, et les remplaçait par le travail forcé à des conditions imposées».

Le gouverneur général promulgua le Règlement d'exception de 1965, en application des dispositions de l'Ordonnance sur les pouvoirs en période d'exception, et l'appelant fut inculpé d'infraction à l'article 7 1) de ce Règlement, ainsi libellé:

Nul ne peut posséder ou avoir sous sa garde un document tel que sa diffusion doive vraisemblablement porter atteinte à la paix publique ou provoquer des sentiments de désaffection ou de mécontentement parmi les habitants de la région protégée.

En appel, le requérant soutint que le règlement était nul et sans effet, en raison de l'article 4 de la Constitution, qui dispose ce qui suit:

Une loi adoptée pendant une période d'exception et dont la validité est expressément limitée à cette période demeurera en vigueur nonobstant les articles 1 et 2 de la présente Constitution, sauf dans la mesure où il est possible de démontrer que ses dispositions ne peuvent raisonnablement se justifier au regard des moyens qu'il est nécessaire de mettre en oeuvre pour régler la situation prévalant pendant la même période.

L'argument de l'appelant a été rejeté, et le Premier Président a déclaré qu'à son avis, «la situation qui avait motivé la promulgation du règlement était dangereuse. Il lui paraissait donc impossible de soutenir que l'article 7 1) de ce règlement ne pouvait raisonnablement se justifier au regard de la situation existant pendant cette période».

*Note de la Rédaction:*

Les articles 1 et 2 de l'Ordre en Conseil de 1962 relatif à la Constitution de Trinité et Tobago visent à protéger les principaux droits fondamentaux de l'homme et en fournissent les moyens.

---

## Cour Suprême de l'Inde

## SADANANDAN c. ETAT DE KERALA

*Même pendant une période d'exception, le citoyen ne saurait être privé de sa liberté, sauf si une telle mesure trouve sa justification dans l'Ordonnance sur la défense nationale, selon une exigence majeure de la Constitution de l'Inde – Une situation d'exception et l'exercice prolongé de pouvoirs étendus dans le cadre de cette situation, tendent à rendre moins sensible à cette disposition de la Constitution l'autorité qui exerce lesdits pouvoirs – L'habitude de traiter les droits fondamentaux avec légèreté et désinvolture peut finalement faire peser une grave menace sur les valeurs essentielles qui sont le fondement de la vie démocratique en Inde.*

Arrêt rendu le 16 février 1966

Dans cette affaire, un certain Sadanandan, marchand de pétrole à Trivandrum, détenu par application de l'Ordonnance sur la Défense nationale, fut remis en liberté sur ordre de la Cour suprême, laquelle jugea que les mesures édictées contre lui par l'Etat de Kerala étaient inspirées par la malveillance. La Cour condamna en outre aux dépens (soit 500 roupies) l'Etat dont l'adversaire était ressortissant.

Le Premier Président, M. Gajendragadkar, fit observer que la Cour n'avait d'autre choix que d'entrer dans les vues du requérant, pour qui le maintien en vigueur après le 24 octobre 1965 de l'ordre de détention le concernant était totalement injustifié et sans valeur légale, et il déclara ce qui suit:

Lorsque nous sommes appelés à nous prononcer sur des ordres de cette nature, en vertu desquels les citoyens sont privés sans procès du droit fondamental à la liberté, sous prétexte que la situation d'exception proclamée par le Président en 1962 existe toujours et que les pouvoirs conférés à l'autorité compétente par l'Ordonnance sur la Défense nationale justifient une telle privation de liberté, nous nous sentons profondément troublés à la pensée que l'exercice prolongé des pouvoirs très étendus conférés aux diverses autorités par ladite Ordonnance peut affaiblir la conscience de ces autorités et les rendre insensibles à l'exigence essentielle de notre Constitution, suivant laquelle, même dans une situation d'exception, les citoyens indiens ne sauraient être privés de leur liberté, sauf si une telle mesure était justifiée par des circonstances prévues dans l'ordonnance même. La tendance à traiter ce genre de questions avec légèreté et désinvolture, qui résulte sans doute du recours prolongé à ces pouvoirs sans limites, risque finalement de faire peser une grave menace sur les valeurs essentielles qui sont le fondement de la vie démocratique dans notre pays.

Il est vrai, a ajouté le Premier Président, que de tels cas se présentent rarement, mais si rares soient-ils, ont valeur d'avertissement et la Cour Suprême se doit d'appeler sur eux l'attention des autorités appropriées.

Les membres de la Cour avaient déjà eu l'occasion de censurer les attes-

tations déposées par les autorités compétentes à l'appui d'ordres de détention selon les procédures prévues par l'Ordonnance, mais ils n'avaient pas encore vu d'attestation témoignant d'une désinvolture comparable à celle-ci. En l'espèce, l'attestation déposée par le Secrétaire à l'Intérieur du Gouvernement de Kerala était à tel point incomplète vague et ambiguë, qu'il était impossible d'en déduire quelle autorité agissant au nom de l'État de Kerala, défendeur, avait effectivement examiné le dossier du demandeur, et quelles pièces avaient été soumises à son examen. Il n'était affirmé nulle part dans cette attestation que l'autorité compétente, après avoir examiné les pièces pertinentes, en était arrivée à la conviction que le demandeur devrait être maintenu en détention, afin d'être empêché d'agir d'une façon qui eût pu entraver l'approvisionnement en marchandises et la fourniture de services essentiels à la vie de la collectivité. Il ne semble pas que les déclarations faites par le Secrétaire à l'Intérieur aient été précédées de la réflexion nécessaire.

### Cour Suprême de l'Inde

#### ÉTAT DE BIHAR c. RAMBALAK SINGH

*Ordre de détention émis en vertu de l'Ordonnance sur la défense nationale contesté — Ordonnance d'habeas corpus sollicitée en vertu de l'article 226 de la Constitution traitant du pouvoir des Cours Suprêmes de déléguer des ordonnances. Compétence de la Cour Suprême pour ordonner la mise en liberté, sous caution, même si l'ordre de détention a été émis en vertu de l'Ordonnance sur la défense nationale, Exercice de cette compétence cependant «inévitablement limité» par des considérations particulières à la procédure utilisée, et ayant trait à l'objet auquel l'ordre de détention se proposait de répondre — Importance de conserver à l'esprit la distinction entre l'existence d'une compétence et l'usage qui doit en être fait.*

Par-devant MM. le Premier Président Gajendragadkar et les juges Shah, Sikri, Ramaswamy et Satyanarayanaraju.

Arrêt rendu en janvier 1966.

La Cour suprême de Patna ordonna que M. Rambalak Singh (détenu en vertu de l'Ordonnance sur la défense nationale) soit mis en liberté sous caution de 500 roupies, moyennant deux cautions de 250 roupies chacune, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'ordonnance d'habeas corpus enregistrée par le greffier de la Cour Suprême. Dans sa décision, la Cour Suprême rappelait aussi que l'avocat qui avait représenté le détenu devant elle avait promis que, jusqu'à ce qu'il soit statué, et tant que le demandeur était en liberté sous caution, celui-ci ne se livrerait à aucune activité répréhensible et ne commettrait aucun acte délictueux. L'État de Bihar contesta devant la Cour Suprême de l'Inde l'ordre de mise en liberté sous caution émis par sa Cour suprême, et demanda à la cour suprême de l'Inde de dire et juger si sa Cour suprême était compétente pour ordonner la mise en liberté sous caution dans une affaire de

ce genre, sans toutefois se prononcer sur la forme des ordres de mise en liberté sous caution qu'elle avait émis dans cette affaire en particulier.

La Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de l'Inde jugea que, lorsqu'une Cour suprême régionale a à instruire une demande d'ordonnance d'*habeas corpus*, déposée en vertu de l'article 226 de la Constitution (qui traite du pouvoir des Cours suprêmes de délivrer des ordonnances), lorsque les ordres de détention mis en cause ont été délivrés par application de l'article 30 de l'Ordonnance sur la Défense nationale, cette Cour suprême a compétence pour ordonner la mise en liberté provisoire. La Chambre constitutionnelle fit cependant observer que l'exercice de cette compétence se trouvait «inévitablement limité» par des considérations qui étaient particulières à la procédure utilisée et qui avaient trait à l'objet auquel l'ordre de détention se proposait de répondre; qu'en outre, ledit ordre de détention avait été émis dans des conditions régulières, par application de ladite Ordonnance.

L'article 226 de la Constitution de l'Inde est ainsi rédigé:

1) Nonobstant toute disposition contraire de l'article 32, toute Cour suprême a le pouvoir, dans les limites de sa compétence territoriale, de délivrer à toute personne ou autorité, et en particulier à tout gouvernement, lorsque les circonstances l'exigent, des directives, ordres ou ordonnances, et notamment des ordonnances d'*Habeas Corpus*, de *mandamus*,<sup>1</sup> de *prohibition*,<sup>2</sup> de *quo warranto*<sup>3</sup> et de *certiorari*,<sup>4</sup> ou telle d'entre elles, soit en vue d'assurer l'application de tel droit énoncé au Titre III soit à toute autre fin.

2) Les pouvoirs conférés à une Cour suprême régionale par l'alinéa 1 ci-dessus ne font pas dérogation au pouvoir conféré à la Cour suprême de l'Inde par l'article 32, alinéa 1.

Le Premier Président, M. Gajendragadkar (qui rendit l'arrêt) déclara que, si la Cour suprême émettait un ordre de mise en liberté sous caution sans avoir examiné de la façon la plus complète les questions en litige et en se limitant à l'opinion à laquelle elle était parvenue d'après les premiers témoignages, son arrêt pourrait être contesté comme étant dû à l'exercice défectueux d'une compétence.

Il ajouta qu'il importait au plus haut point d'avoir présente à l'esprit la distinction entre l'exercice d'une compétence et l'usage qui doit en être fait. La Chambre constitutionnelle fit en outre observer que les tribunaux, lorsqu'ils ont à instruire des demandes de ce genre, doivent nécessairement éviter tout exercice défectueux de leur compétence.

La Cour suprême de l'Inde a encore fait observer que l'étendue de la compétence de la Cour suprême régionale, lorsque celle-ci prend une mesure suspensive, «n'est pas fonction» de la nature de cet arrêt (en l'espèce les ordres de détention contestés dans la demande principale d'ordonnance d'*habeas corpus*), mais seulement de l'autorité en vertu de laquelle ladite Cour prend,

<sup>1</sup> Mandement d'une cour supérieure à un tribunal inférieur ou à un fonctionnaire.

<sup>2</sup> Défense de statuer adressée par une cour supérieure à une cour inférieure.

<sup>3</sup> Ordre de présenter le texte en vertu duquel l'intéressé exerce un office.

<sup>4</sup> Voir p. 141, note 1.

à l'égard d'une partie, une décision suspensive qui a un caractère secondaire, par rapport à la mesure définitive à laquelle la partie pourrait s'attendre si elle avait gain de cause.

«La Cour s'empresse de souligner, lisons-nous dans ses attendus, que même si elle n'avait aucune hésitation à affirmer la compétence de la Cour suprême régionale lorsque celle-ci a pris une mesure suspensive sous forme d'ordonnance de mise en liberté sous caution, il existe dans des affaires de ce genre certaines «considérations inexorables» qui ont trait à ce genre de procédure et qui ne peuvent manquer de limiter l'exercice de la compétence de cette Cour, pour ce qui est de délivrer une ordonnance suspensive de mise en liberté sous caution en faveur du détenu en cause». D'autre part, la compétence de la Cour suprême régionale en cette matière «est très étroitement limitée». Ceci étant, si la Cour estime que, d'après les premiers témoignages, les arguments contenus dans la demande principale d'ordonnance *d'habeas corpus* démontrent que l'ordre de détention est entaché d'un vice grave, de nature à justifier la mise en liberté du détenu, «il serait plus avisé et plus raisonnable, dans tous les cas, d'examiner au plus tôt la demande d'ordonnance *d'habeas corpus*, et de statuer sur le fond sans délai».

«Il n'y a aucun doute que les tribunaux voudront protéger la liberté des citoyens en invoquant des motifs d'ordre juridictionnel dans les limites de leur compétence. Mais, tout en réaffirmant le droit à la liberté de l'individu, dans les limites permises par la loi, la Cour suprême a rappelé que l'on prendrait une décision «imprudente» en ne tenant pas compte de l'objet auquel les ordres de détention se proposent de répondre. En décidant «imprudemment» de mettre une personne en liberté sous caution, un tribunal pourrait s'exposer à des conséquences préjudiciables aux intérêts de l'ensemble de la collectivité. «Il y a là, a ajouté la Cour suprême de l'Inde, un élément qui doit dûment être pris en considération par la Cour suprême régionale, si celle-ci décide de mettre un détenu en liberté sous caution suivant une procédure de ce genre».

«Il serait très difficile, en pratique, dit-elle encore, de trouver un cas dans lequel la Cour d'Appel serait raisonnablement fondée à agir ainsi, sur la base des premiers témoignages enregistrés lors d'une phase antérieure de la procédure et sans se livrer à une enquête approfondie et sans examiner contra-dictoirement les conditions dans lesquelles l'ordre de détention a été contesté».

Le conseil de l'État de Bihar déclara cependant à la Cour suprême que si ledit État en avait appelé devant elle de la décision de la Cour suprême de Patna (ordonnant la mise en liberté sous caution du détenu jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande *d'habeas corpus* que celui-ci avait présentée à la Cour d'Appel, pour contester la validité de l'ordre de détention dont il était l'objet en vertu de l'Ordonnance sur la Défense nationale), c'était dans l'espoir d'obtenir de la Cour suprême de l'Inde un arrêt sur «l'importante question de la compétence de la Cour suprême régionale, lorsqu'elle avait ordonné la mise en liberté sous caution dans une affaire de ce genre, et l'État de Bihar n'avait l'intention de contester les décisions de la Cour suprême ni quant au fond ni quant à l'opportunité. Aussi, la Cour suprême ne s'est pas demandée si la décision prise par la Cour d'Appel de Patna était valable quant au fond et, statuant sur la «seule question de compétence», la Cour suprême a confirmé le jugement de la Cour suprême de Patna et a débouté l'État de Bihar.

---

## Cour Suprême de l'Inde

## ÉTAT DE MAHARASHTRA c. SANGZIVI

*Ordonnance sur la Défense nationale ne peut imposer à un détenu aucune autre restriction que celles qui sont prescrites par son article 30, alinéa 4 – Tentative pour imposer à un détenu une restriction qui ne serait pas ainsi prescrite équivaldrait à porter atteinte à sa liberté personnelle – La Cour d'Appel pourrait délivrer à l'autorité intéressée une ordonnance ou une directive appropriée en vertu de l'article 226 de la Constitution, dans de tels cas.*

Par-devant MM. les juges Subba Rao, Wanchwoo, Shah, Sikri et Ramaswami.

Arrêt rendu en septembre 1965.

M. Prabhakar Pandurang Sangzivi, défendeur, fut mis en détention à la prison de district de Bombay, en vertu de l'article 30, alinéa 1 (B) de l'Ordonnance sur la Défense nationale. Pendant sa détention, il écrivit un livre intitulé «Anuchu Antarangaat» (A l'intérieur de l'atome), avec l'autorisation du Gouvernement de l'Etat de Maharashtra. Ce livre était d'intérêt purement scientifique. La détenu demanda l'autorisation d'envoyer le manuscrit à son épouse, afin de le faire publier, mais cette autorisation lui fut refusée, et il s'adressa à la Cour suprême de Bombay pour obtenir gain de cause.

La Cour suprême de Bombay fit droit à sa requête et dit que les droits et libertés civils d'un citoyen n'étaient nullement restreints par l'effet d'un ordre de détention, et que le détenu était libre de poursuivre ses activités dans le cadre des règlements auxquels il était soumis pendant sa détention.

Le Gouvernement de l'Etat de Maharashtra se pourvut devant la Cour suprême de l'Inde contre l'arrêt de la Cour suprême de Bombay, et il fut débouté.

En rendant la décision, M. le juge Subba Rao dit que, si l'autorité compétente cherche à imposer au détenu une restriction non prévue par l'Ordonnance sur la Défense nationale, elle portera atteinte à la liberté personnelle de ce détenu, et par là contreviendra à la loi en vertu de laquelle il est détenu. En pareil cas, ajouta M. Rao, la Cour d'Appel pourrait délivrer à l'autorité intéressée, conformément à la loi, une ordonnance ou une directive appropriée, en vertu de l'article 226 de la Constitution, qui traite de la compétence des Cours suprêmes en matière d'ordonnances, etc.

La Cour suprême de l'Inde a constaté que l'ordonnance définissant le régime de détention applicable dans les prisons de Bombay, notamment pour ce qui est des personnes détenues par le Gouvernement de l'Etat de Maharashtra en vertu de l'article 30 de l'Ordonnance sur la Défense nationale, ne contenait rien qui eût trait à la publication de livres par un détenu. Elle a donc estimé que le détenu n'était soumis à aucune restriction à cet égard et a précisé que lesdites conditions réglementant les restrictions apportées à la liberté personnelle d'un détenu ne constituaient pas pour celui-ci un privilège mais représentaient les conditions auxquelles il était possible de restreindre sa liberté.

S'il fallait accepter l'argument avancé par l'État, pour qui les conditions réglementant les restrictions apportées à la liberté d'un détenu ne font que lui conférer certains privilèges, il s'ensuivrait, a dit la Cour suprême, qu'il serait loisible de laisser un détenu mourir de faim en l'absence d'une condition prévoyant expressément l'obligation de le nourrir. La Cour suprême a conclu que, lorsque la liberté de la personne est en cause, il ne saurait être question de donner ce genre d'interprétation au règlement en question, sauf pour raisons majeures.

---

### Cour Suprême de l'Inde

#### SALEM ERODE ELECTRICITY DISTRIBUTION CO. c. PERSONNEL DE LA SOCIÉTÉ

*Tout le personnel a droit à un traitement égal et à des chances égales – Une entreprise industrielle ne peut maintenir concurremment en vigueur deux règlements intérieurs différents, l'un destiné au personnel existant et l'autre aux nouveaux arrivants.*

*Par-devant* MM. le Premier Président Gajendragadkar et les juges Wanchoo, Hidayatullah et Ramaswami.

Arrêt rendu le 3 novembre 1965.

Dans l'affaire ci-dessus, la Cour suprême a jugé qu'une entreprise industrielle ne pouvait maintenir concurremment en vigueur deux règlements intérieurs différents, enregistrés aux termes de la loi sur les règlements intérieurs régissant l'emploi dans l'industrie, l'un pour les employés déjà en service et l'autre pour les nouveaux arrivants.

L'appelant avait élaboré un règlement intérieur destiné à régler les conditions de service de ses employés. Ce règlement fut dûment enregistré en 1947. En 1960, l'appelant voulut modifier les conditions de ce règlement relatives au régime des congés et aux jours fériés, de façon que les anciennes conditions de service demeurent en vigueur à l'égard du personnel existant, le règlement modifié étant applicable aux nouveaux arrivants.

Le fonctionnaire chargé de l'enregistrement de ces règlements en vertu de la loi se refusa à enregistrer les nouvelles conditions de service qui lui étaient soumises par le requérant, et sa décision fut confirmée en Appel. Devant la Cour suprême, l'appelant soutint que les nouvelles conditions de service étaient équitables et ne s'appliquaient qu'aux nouveaux arrivants, les droits du personnel existant étant respectés, et que le fonctionnaire en question avait commis une erreur de jugement en refusant l'enregistrement.

La Cour suprême a confirmé la décision du fonctionnaire chargé de l'enregistrement et a fait observer que les dispositions de la loi n'envisageaient l'existence que d'un seul règlement intérieur applicable à l'ensemble du personnel de l'entreprise, et que l'existence de deux règlements distincts ne se justifiait pas.

---

**Cour Constitutionnelle Fédérale de la  
République Fédérale d'Allemagne**

**DROIT À LA VIE ET À LA SÉCURITÉ PERSONNELLE**

(1 BvR 93/64 – Communiqué dans BVerfG 18/112)

*Peine de mort – Abolie par l'article 102 de la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne – Décision d'abolir cette peine d'une grande importance juridique et politique – Affirmation de la valeur essentielle de la vie humaine – En France toutefois, l'assassinat est toujours punissable de mort – Ordre d'extradition en France sous l'inculpation d'assassinat délivré à l'égard du plaignant – Extradition pour un crime punissable de mort non en contradiction avec la loi fondamentale – Non plus incompatible avec l'article 2, 2) de cette loi, prévoyant que toute personne a droit à la vie et à la sécurité – Déclaration universelle des droits de l'homme, en dépit de son caractère profondément humanitaire, n'a pas pris position à l'égard de la peine de mort.*

Arrêt rendu par la première chambre, en date du 13 juin 1965.

Le requérant avait fait l'objet d'une demande d'extradition de la part de la France, sous une inculpation d'assassinat, crime punissable de mort selon la loi française. Or cette peine a été expressément abolie en République fédérale d'Allemagne par l'article 102 de la Loi Fondamentale. Le Tribunal constitutionnel a fait à ce propos les observations suivantes:

« Sans doute l'abolition de la peine de mort signifie-t-elle davantage, pour la République fédérale d'Allemagne, que la simple suppression de l'une des diverses formes de châtement prévues par le Code pénal utilisé jusqu'ici. C'est une décision d'une grande portée juridique et politique, par laquelle se réaffirme la valeur essentielle de la vie humaine. De même, cette décision définit la position hostile d'un Etat à l'égard des concepts fondamentaux d'un régime politique qui faisait peu de cas de la vie humaine et qui, pour cette raison, a abusé massivement de son pouvoir, d'ailleurs arbitrairement acquis, de vie et de mort sur ses citoyens.

Eu égard à la situation du droit et à l'état de l'opinion politique dans le monde d'aujourd'hui, il est impossible de déclarer que la peine de mort est assez nettement incompatible avec le niveau actuel de notre civilisation pour que les Etats qui l'ont abolie puissent ou doivent faire prévaloir leur point de vue et, par là, prétendre à une conception supérieure de la morale juridique et prendre leurs distances à l'égard des systèmes juridiques étrangers.

La Déclaration universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies, en dépit de son caractère profondément humanitaire, ne prend pas position sur la peine de mort et, par conséquent, ne la rejette pas. La Convention européenne des Droits de l'Homme l'accepte en tant que forme possible de châtement, de même que le Traité européen d'extradition».

La Cour a arrêté ce qui suit:

1. L'extradition pour crime punissable de la peine de mort n'est ni contraire à la Loi Fondamentale ni incompatible avec l'article 2, 2) de cette loi, selon lequel «toute personne a droit à la vie et à la sécurité personnelle»
2. L'article 102 de la Loi Fondamentale n'interdit pas aux autorités allemandes de collaborer à l'imposition ou à l'exécution de la peine de mort dans un autre État.

---

### Cour Suprême du Japon

#### DROIT DE CHOISIR SA PROFESSION

##### AFFAIRE KEI-SHU

(Rapports de la Cour Suprême, Chambre civile, Vol. 17, No 12, p. 2437)

*Article 22 de la Constitution japonaise garantissant à chacun le droit de choisir sa profession – Loi sur les transports routiers interdisant le transport à titre onéreux par véhicules privés – Constitutionnalité de cette disposition contestée – confirmée par la Cour – Droits individuels ne peuvent être exercés de manière à porter un grave préjudice à l'intérêt public – Droit au libre choix de la profession exercé dans le cadre des lois adoptées dans l'intérêt de l'ordre public et de l'intérêt général.*

Arrêt rendu par le «Grand Bench» le 4 décembre 1963.

L'appelant a été poursuivi pour avoir violé l'article 101 de la Loi sur les transports routiers, qui interdit le transport à titre onéreux par véhicules privés. Il a soutenu que cette disposition était inconstitutionnelle parce qu'elle lui déniait l'exercice du droit «de choisir sa profession», garanti par l'article 22 de la Constitution, et que l'interdiction en question était injustifiable et ne pouvait servir qu'à protéger les intérêts des entreprises de transport automobile existantes. La Cour suprême a confirmé le caractère constitutionnel de la disposition en litige, disant que la multiplication des transports par véhicules privés pourrait provoquer l'effondrement du système de licences qui a été établi à bon droit, en vue de préserver des conditions d'exploitation saines dans l'industrie des transports automobiles.

---

## Cour suprême des États-Unis

## DROIT DE VOTE

HARMAN c. FORSSENIUS

(380 U.S. 528 – 1965)

*Loi de Virginie, prévoyant qu'un citoyen qui réunit toutes les autres conditions requises, ne pourra prendre part au vote au cours d'élections fédérales que s'il s'est acquitté d'une taxe électorale ou a fait enregistrer un certificat de domicile, invalidée – Droit de vote ne peut être ni dénié ni restreint en raison du non-paiement d'une taxe – Loi de Virginie incompatible avec le vingt-quatrième amendement de la Constitution des États-Unis en vigueur depuis le 4 février 1964.*

En vertu du vingt-quatrième amendement à la Constitution promulgué le 4 février 1964,

Le droit de vote des citoyens des États-Unis, lors de toute élection, primaire ou autre, organisée à l'effet de choisir le Président, le Vice-Président, ou leurs électeurs au second degré, ou les Sénateurs ou Représentants au Congrès, ne peut être ni dénié ni restreint, soit par le pouvoir fédéral, soit par un État, en raison du non-paiement d'une taxe électorale ou d'une autre taxe.

Une loi de Virginie antérieure à 1963 subordonnait le droit de vote, pour les électeurs fédéraux comme pour les électeurs d'État, au paiement d'une taxe électorale. Prévoyant l'adoption de l'amendement, l'État de Virginie promulgua une loi portant amendement à sa loi électorale et disposant qu'un citoyen qui réunirait toutes les autres conditions ne pourrait prendre part au vote au cours d'élections fédérales que si, au moins six mois avant chaque élection à laquelle il désirait participer, il s'était acquitté d'une taxe électorale ou avait fait enregistrer un certificat de domicile. Pour les élections de l'État le paiement de la taxe électorale était seul imposé.

Les plaignants demandèrent aux tribunaux de dire et juger que cette loi était inconstitutionnelle et d'en interdire l'application. Un tribunal composé de trois juges leur donna gain de cause, motif pris de ce que les lois électorales de Virginie ainsi amendées subordonnaient l'exercice du droit de vote, lors d'élections fédérales, à des conditions différentes de celles qui étaient exigées pour les élections à l'Assemblée législative de l'État, la plus importante, et ce en violation de l'article 1, section 2 et du dix-septième amendement à la Constitution.

Faisant sienne l'opinion de M. le juge Warren, la Cour suprême des États-Unis a confirmé le jugement du tribunal inférieur, en fondant toutefois son opinion sur la constatation que les dispositions de la loi de Virginie violaient le vingt-quatrième Amendement. M. le juge Harlan a exprimé les mêmes vues dans une déclaration distincte. La Cour suprême a insisté sur le libellé très large de l'amendement, qui interdit non seulement de dénier le droit de vote, mais aussi d'en restreindre l'exercice.

---

**Section Judiciaire du Conseil Privé  
(Appel d'un Arrêt de la Cour Suprême de Ceylan)**

**INDÉPENDANCE DE LA MAGISTRATURE**

**PROCUREUR GÉNÉRAL DE CEYLAN c. LIYANAGE ET AUTRES**

*Changement de souveraineté à Ceylan n'affecte en rien le pouvoir judiciaire qui demeure soustrait à l'autorité des pouvoirs politique, législatif et exécutif – Constitution silencieuse quant au dépositaire du pouvoir judiciaire, il en résulte que ce pouvoir est demeuré entre les mains de la magistrature qui le détiennent depuis plus d'un siècle – Loi introduisant des dispositions spéciales dans le Code pénal, et le Code pénal lui-même, l'un et l'autre de 1962, visent indéniablement des personnes dont l'identité ne fait aucun doute – Textes non suffisamment généraux et d'un caractère rétroactif – Obligation faite en outre aux juges d'infliger à tout condamné une peine de dix ans de prison au moins et d'ordonner la confiscation de ses biens, quelle que soit l'importance du rôle qu'il a joué au sein de l'association de malfaiteurs – intrusion grave et délibérée dans le domaine judiciaire – Juges ainsi privés de leur liberté normale dans la fixation de la peine appropriée – De telles lois déclarées valides feraient du pouvoir judiciaire une partie intégrante du pouvoir législatif – Lois nulles et sans effet et condamnation infirmées en conséquence.*

*Par-devant* Lord MacDermot (Premier Président de la Cour suprême de l'Irlande du Nord), Président, les Lords Guest, Morris of Borth-Y-Gest, Pearce et Pearson.

Arrêt rendu le 2 décembre 1965.

Dans cette affaire, la Section juridique du Conseil privé a cassé le jugement rendu par la Cour suprême de Ceylan en avril dernier, à l'issue du procès qui suivit le coup d'État, condamnant onze hommes à dix ans de prison et à la confiscation de tous leurs biens.

A l'issue d'un procès long et complexe, ils furent tous reconnus coupables de s'être réunis pour commettre des actes hostiles à la Reine et pour renverser le Gouvernement de Ceylan par la menace et l'intimidation.

L'appel devant le Conseil privé se bornait à évoquer un point de droit préliminaire, à savoir la validité des lois spéciales en application desquelles les onze hommes avaient été jugés et condamnés *Criminal Law (Special Provisions) Act* et *Criminal Law Act, 1962*.

Lord Pearce, qui a donné lecture du jugement du Conseil privé, rappela que l'histoire détaillée du coup d'État et de son échec à la toute dernière minute figurait dans un Livre Blanc, publié le 13 février 1962 par le Gouvernement de Ceylan.

Ce document donnait les noms de trente hommes accusés d'association

de malfaiteurs et spécifiait le rôle joué par chacun d'eux. Tous les accusés du procès y étaient nommés.

Il se terminait par l'observation suivante: «Il n'est pas moins essentiel qu'une peine sévère ayant valeur de dissuasion soit infligée à tous ceux qui sont coupables d'avoir voulu soumettre des innocents à la violence et au massacre dans la poursuite de leurs objectifs réactionnaires».

«L'enquête doit se poursuivre jusqu'à sa conclusion logique et le peuple de Ceylan peut être assuré que le Gouvernement fera son devoir».

«Il est évident que la première des deux lois était dirigée contre les acteurs du coup d'État et qu'on lui a donné un effet rétroactif», poursuit Lord Pearce. «Elle disposait en effet que le Ministre de la Justice pourrait ordonner qu'ils soient traduits devant un tribunal composé de trois juges sans jury».

«Elle disposait en outre que ces trois juges pouvaient être désignés par le Ministre. La Cour suprême ayant admis une objection préliminaire selon laquelle le pouvoir de nomination conféré au ministre était sans valeur, la seconde loi fut alors promulguée et disposa que le Premier Président de la Cour suprême pourrait désigner trois juges».

Les défenseures des appelants poursuivirent en disant que ces lois étaient anti-constitutionnelles puisqu'elles revenaient, en fait, à ordonner la condamnation des intéressés, ou qu'elles n'étaient pas autre chose qu'une machination en forme de texte législatif, destinée à assurer leur condamnation et à leur infliger à coup sûr une peine sévère. Elles constituaient une mainmise injustifiée sur le pouvoir judiciaire par le pouvoir législatif ou une intervention dans le pouvoir judiciaire, lequel échappait à la compétence du pouvoir législatif. De tels procédés étaient incompatibles avec la séparation des trois pouvoirs ordonnés par la Constitution.

Dans les attendus de l'arrêt, Lord Pearce a fait observer que l'ordre en Conseil de 1946, donnant une Constitution à Ceylan, et la Loi de 1947 accordant l'indépendance à Ceylan, devaient avoir et avaient en fait pour effet conjoint d'attribuer au Parlement de Ceylan les pleins pouvoirs législatifs qui caractérisent un Etat indépendant et souverain.

Toutefois, comme c'est le cas pour tous les pays ayant une Constitution écrite, ces pouvoirs doivent être exercés conformément aux dispositions de la Constitution d'où ils sont tirés.

A Ceylan, le changement de souveraineté n'a produit par lui-même aucun changement visible dans le personnel ou dans le fonctionnement de la magistrature. Pour ce qui est des tribunaux, ils continuent de siéger sans être touchés par la nouvelle Constitution qui manifestait l'intention de garantir la magistrature de toute emprise des pouvoirs politique, législatif et exécutif.

Si la Constitution ne dit rien quant au dépositaire du pouvoir judiciaire, il en résulte implicitement que ce pouvoir demeure entre les mains qui le détiennent depuis plus d'un siècle, à savoir celles des magistrats.

Les Lois de 1962 visent indéniablement certaines personnes dont l'identité ne fait aucun doute, qui ont été nommées dans un Livre Blanc et qui attendent en prison qu'il soit statué sur leur sort. Une telle personnalisation dans une loi pénale ne lie pas nécessairement la fonction judiciaire, et les membres du Conseil privé n'étaient pas disposés à conclure que chaque texte législatif de ce genre doive inévitablement représenter une usurpation du pouvoir judiciaire ou une atteinte portée à ce pouvoir. Il convient de juger chaque affaire selon les faits et les circonstances qui lui sont particulières.

En l'espèce, il était hors de doute pour les membres du Conseil privé que les attributions du pouvoir judiciaire avaient subi une atteinte.

«La nature et le but véritables de ces lois apparaissent dans leur effet conjoint sur les projets particuliers en vue desquels elles ont été conçues, et leur consistance particulière se révèle notamment dans les modifications qu'elles visaient à apporter à leur objectif ultime, à savoir le châtiement des condamnés», a dit encore Lord Pearce.

«Ces modifications constituent une violation grave et délibérée du domaine judiciaire. Elles avaient tout simplement pour objet d'assurer que les juges, lorsque ces personnes comparaitront devant eux, répondant de ces inculpations, n'auraient plus la faculté de décider eux-mêmes des condamnations qui leur sembleraient appropriées, comme ils l'eussent fait en des circonstances normales».

«Ils ont été contraints de condamner chaque coupable à dix ans de prison au moins et d'ordonner la confiscation de ses biens, quand bien même il n'eût joué qu'un rôle insignifiant dans l'association de malfaiteurs».

Lord Pearce conclut en ces termes: «Si des lois comme celles-ci étaient déclarées valides, le pouvoir judiciaire pourrait tout aussi bien être absorbé par le pouvoir législatif et soustrait des mains des juges. Nous voulons croire que le pouvoir législatif n'a pas eu une intention d'une portée aussi vaste. Il se trouvait face à une situation grave et il a pris des mesures graves pour y faire face, estimant sans doute qu'il en avait le pouvoir et qu'il agissait à bon droit.

«Cette considération est cependant hors de propos et ne suffirait pas à conférer validité à des lois qui portent atteinte à la Constitution. Ce qu'il a été fait une fois, si l'on n'y prend garde, peut être fait de nouveau, au cours d'une crise moins grave et dans des circonstances moins tragiques, et c'est ainsi que le pouvoir judiciaire peut se trouver émoussé. De telles conséquences seraient contraires à l'esprit de la Constitution. Aussi, les membres du Conseil privé estiment-ils que les lois en question étaient entachées d'excès de pouvoir et qu'elles sont nulles et de nul effet». Les parties sont convenues que, du moment que ces lois sont nulles et de nul effet, les condamnations doivent être ramenées et que les requérants auront donc gain de cause.

*Note de la Rédaction:*

Les arrêts de la Cour suprême de Ceylan, à l'issue des procès manqués qui ont marqué cette affaire, ont été reproduits dans le Recueil des décisions judiciaires publié dans la dernière livraison de la «Revue», sous les rubriques de: «Indépendance de la Magistrature» et «Loi rétroactive et discriminatoire». Voir Revue de la Commission internationale de Juristes, Vol. VI, No. 2 (Hiver 1963), pp. 356 et 365.

---

**Cour Suprême d'Espagne****DISTINCTION ENTRE OUTRAGE À LA NATION ET  
OUTRAGE AU RÉGIME****MINISTÈRE PUBLIC c. R. M. JOSE**

(R. 4.772/65)

*Crimes d'outrage à la nation espagnole - Critique du régime ne constituant pas nécessairement un outrage à la nation - En droit pénal, nécessité de distinguer clairement entre les notions de Nation, d'État et de Régime - La Nation, entité suprême, composée de divers éléments spirituels et matériels, doit être tenue distincte des organes et des personnes qui, pour le moment, la représentent.*

*Par-devant:* Le Premier Président Don Julio Calvillo Martinez

Arrêt rendu le 25 octobre 1965

Au cours d'une audience du Tribunal de l'Ordre public, l'inculpé étant R. M. José, le Président du Tribunal a ordonné à l'un des policiers de l'escorte de libérer le prisonnier de ses menottes. Lorsque ce policier se mit en mesure d'obéir à l'ordre du tribunal, le prisonnier se leva et dit, d'une voix tout à fait calme: «Je désire conserver les menottes que je suis obligé de porter sous ce régime qui opprime et emprisonne les travailleurs».

Le tribunal le condamna à deux ans de travaux forcés pour outrage à la Nation espagnole, crime puni par l'article 123 du Code pénal.

Le condamné se pourvit devant la Cour suprême, qui l'acquitta, cassant le jugement du Tribunal de l'ordre public.

La Cour suprême, dans ses attendus, fit observer qu'en droit pénal il existe une distinction très nette entre les notions de Nation, d'État et de Régime. Ces notions n'ont pas la même ampleur. Considérant aussi bien la loi que les faits de la cause, une seule conclusion s'imposait, à savoir: que l'accusé, un modeste employé d'administration, n'avait ni ne prétendait aucunement avoir l'intention d'attacher à sa critique du régime, en tant qu'incarnation d'un certain ordre politique, le sens d'une critique contre la Nation, celle-ci ayant été définie dans un jugement de la Cour suprême en date du 25 mai 1959 (R : 1. 797/59) comme «une entité suprême composée de divers éléments spirituels et matériels».

Pour tomber sous le coup des dispositions pénales invoquées, il eût fallu que l'attaque visât expressément la Nation et non les organes qui, pour le moment, la représentent dans le cadre des institutions politiques existantes.

Il est donc impossible de conclure que l'appelant est coupable du crime pour lequel il a été condamné, parce que les faits établis ne sauraient constituer ce crime. Ils ne peuvent non plus être interprétés comme une atteinte à la sûreté intérieure de l'État, laquelle, en vertu du Livre II, Titre I, ne peut résulter que de crimes contre l'intégrité de l'Etat ou contre le droit international, ou de piraterie.

*Note de la Rédaction:*

Il est réconfortant de constater que, dans le jugement ci-dessus, la Cour suprême d'Espagne a défini clairement et objectivement les diverses notions en cause et a suivi les normes judiciaires les plus élevées en résolvant les points de droit qui étaient soulevés.

---

**Cour Suprême Fédérale du Nigéria**

**DROIT DE COMPARAÎTRE EN PERSONNE**

**WILLIAMS c. MAJEDODUNMI**

(1962 - 1. All N.L.R. 324)

*Tout citoyen a le droit d'aller et venir librement sur le territoire du Nigéria - Liberté pour toute personne, d'aller et venir ou de choisir sa résidence sur le territoire du Nigéria restreinte seulement dans l'intérêt de de la défense nationale, de la sécurité, de l'ordre, de la morale ou de la salubrité publics - Avocat ayant été l'objet d'un ordre restrictif, pris en vertu des ordonnances sur l'état d'exception - Contestation devant la Cour de la validité de cet ordre et désir de comparaître en personne - Privation de ce droit seulement si les exigences de l'ordre public le rendent manifestement nécessaire.*

(Pour les faits, prière de se reporter aux pages 153 et 154 ci-dessus).

---

**Cour d'Appel de New York**

**DROIT À ÊTRE ASSISTÉ D'UN CONSEIL  
DÉCLARATIONS ENTRAÎNANT LA CULPABILITÉ FAITES  
EN SON ABSENCE**

**LE PEUPLE c. FRIELANDER**

(16 N.Y. 2° 248)

*Perquisition faite au domicile de la défenderesse en vertu d'un mandat en bonne et due forme - Désignation d'un avocat autorisé à avoir des contacts avec elle - Défenderesse interrogée ultérieurement par un officier de police, en l'absence de son avocat - Déclarations tendant à prouver la culpabilité faites au cours de cet interrogatoire - Défenderesse non informée à l'avance de son droit à être assistée d'un avocat ou à garder le silence - Déclarations de la défenderesse tendant à prouver sa culpabilité obtenues illégalement, nouvelle instruction.*

Arrêt rendu le 24 novembre 1965.

En vertu d'un mandat en bonne et due forme, une perquisition a eu lieu dans l'appartement de la demanderesse, accusée d'exercer la profession de bookmaker, et certaines pièces furent saisies. L'après-midi du même jour, la défenderesse fut emmenée dans les locaux du Parquet pour interrogatoire. Dans la soirée, son avocat put la joindre et fut autorisé à converser avec elle, puis il demanda à un officier de police de mettre sa cliente en état d'arrestation et de l'inculper. Il ne reçut pas de réponse et s'en alla. Au cours de la nuit, le même officier de police interrogea la défenderesse en l'absence de son avocat; pendant son interrogatoire la défenderesse admit que certaines des pièces saisies lui appartenaient. Le procès-verbal de l'interrogatoire montrait qu'elle n'avait pas été informée à l'avance de son droit à être assistée de son avocat ou de garder le silence, et il ne semble pas qu'elle eût soit demandé la présence de son avocat, soit refusé de répondre. La Cour d'Appel a jugé que recevoir ces déclarations de la défenderesse et leur donner valeur de preuve était une procédure préjudicielle aux intérêts de celle là. Les autorités de police, tout en sachant que la défenderesse était assistée d'un avocat, lequel les avait requises de mettre sa cliente en état d'arrestation et de l'inculper, l'avaient néanmoins amenée, après le départ de son avocat, à reconnaître certains faits de nature à lui porter préjudice. Une nouvelle instruction fut ordonnée.

---

### Cour Suprême des États-Unis d'Amérique

#### DROIT À UN PROCÈS RÉGULIER

ESTES c. ÉTAT DU TEXAS

(381 U.S. 532 - 1965)

*Télédiffusion d'un procès criminel éveillant un grand intérêt dans le public - Privation de l'accusé d'une procédure régulière en découlant.*

L'accusé comparut devant un tribunal de district du Texas, sous une inculpation d'escroquerie. Passant outre à ses objections, le tribunal avait accepté qu'une certaine partie de son procès et de l'instruction préliminaire fussent télévisées. Après avoir été reconnu coupable, il fit appel devant la Cour des Appels criminels du Texas, qui confirma le jugement de première instance. Il sollicita alors de la Cour suprême des États-Unis une ordonnance de *certiorari*.<sup>1</sup> La Cour suprême fit droit à sa demande et, par la suite, cassa le jugement le condamnant, motif pris de ce que la télévision du procès constituait une violation de la garantie constitutionnelle d'une procédure régulière, même en l'absence de preuve d'un préjudice distinct.

---

<sup>1</sup> Voir page 141, note 1.

## **PUBLICATIONS RÉCENTES DE LA COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES**

### **Revue de la Commission internationale de Juristes**

Tome VI, No. 2 (Hiver 1965): La Cour constitutionnelle fédérale de la République Fédérale d'Allemagne; Le droit comparé en Europe de l'Est; Corée: la Primauté du Droit – mais qu'est-ce que le Droit?; La Rhodésie et la Primauté du Droit; Projet de convention internationale de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse; Jurisprudence de la Primauté du Droit (recueil de décisions judiciaires); Livres à lire.

### **Bulletin de la Commission internationale de Juristes**

Numéro 26 (juin 1966): Le congrès de Ceylan sur la primauté du droit; Divers aspects de la légalité: Continent américain, Iran, Ouganda, U.R.S.S.; Nouvelles de la Commission.

### **ÉTUDES SPECIALES**

**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. Dépositions 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