

**Zeitschrift:** Revue Militaire Suisse  
**Herausgeber:** Association de la Revue Militaire Suisse  
**Band:** 120 (1975)  
**Heft:** 1

**Artikel:** Le droit de nécessité  
**Autor:** Diesbach, N. de  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-343926>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 13.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Le droit de nécessité**

## **INTRODUCTION**

La politique de sécurité de la Suisse a pour fins avant tout: de sauvegarder la paix dans l'indépendance, de maintenir notre liberté d'action, de protéger la population, de faire respecter l'intégrité du territoire. Pour que ces buts soient atteints, il sera dans la plupart des cas de crise, indispensable d'agir vite, souvent beaucoup plus vite que ne le permet notre lourd système démocratique. Il faut donc trouver une solution pour que dans ces cas de crise, l'action des gouvernants ne soit pas paralysée mais au contraire facilitée, soit par une législation exceptionnelle propre à un état de nécessité, soit par l'attribution de pouvoirs et l'application de mesures d'exception, qui n'ont pas leur base dans la Constitution. Nous allons tout d'abord définir les notions juridiques dont nous parlerons au cours de cette étude, nous verrons ensuite comment les autorités ont résolu ce problème pendant les deux dernières guerres mondiales et lors des crises où elles se sont vu attribuer les pleins pouvoirs. Nous analyserons finalement les possibilités qu'offre la législation suisse dans de telles situations.

## **L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ**

Dans la langue juridique courante, l'état de nécessité est avant tout une notion de droit pénal. C'est « un état de choses tel que la sauvegarde d'un droit ou d'un bien exige l'exécution d'un acte en lui-même délicieux et portant atteinte à un autre bien appartenant à une autre personne ». D'un point de vue formaliste, il est bien clair que l'état de nécessité du Code pénal suisse n'a pas le même fondement que celui qu'invoquent les autorités fédérales. L'état de nécessité du justiciable de la loi pénale ne crée pas à proprement parler un droit de nécessité, il constitue seulement un fait exclusif de la punissabilité. L'état de nécessité<sup>1</sup>, en droit public, nous entraîne sur un tout autre terrain, terrain d'ailleurs mouvant où règnent les équivoques. Voyons quelques définitions qui tendent à justifier l'existence d'un droit de nécessité.

<sup>1</sup> Donné par certains auteurs comme synonyme de la notion « militaire » de l'état de siège.

## LE DROIT DE NÉCESSITÉ

Kurt Reber tient le raisonnement suivant: « La mission essentielle de l'Etat est la réalisation de la justice; donc il importe à la justice qu'un Etat existe, de façon générale. Les autorités n'ont pas le droit de sacrifier l'Etat à la Constitution, car si l'Etat s'effondre, la Constitution s'effondre avec lui. C'est pourquoi il faut légitimer sur des bases politico-éthiques la violation du droit en vigueur. Et ce principe justificatif, nous l'appelons droit de nécessité. » Reber en arrive ainsi à sa définition du droit de nécessité: « Le droit de nécessité est un principe politico-éthique, qui s'adresse à l'autorité responsable d'un Etat, lorsque à son avis l'application des règles de droit en vigueur à l'intérieur de l'Etat serait contraire au maintien de l'existence de cet Etat, ou lorsque les moyens législatifs conformes à la Constitution ne parviendraient pas à éviter l'effondrement de l'Etat ou à écarter les commotions qui menacent son existence. » Reber a la loyauté de reconnaître que son système est ajuridique et repose essentiellement sur un axiome politico-éthique. Sa théorie ne tient aucun compte des principes fondamentaux, des idées essentielles de l'Etat fédéral suisse.

Hœrni pense aussi qu'il existe, en dehors et au-dessus du droit écrit, un droit non écrit, qui permet à l'Etat de violer les règles juridiques positives chaque fois que les intérêts supérieurs de celui-ci sont en jeu; cette théorie lui fait définir l'état de nécessité ainsi: « Il y a état de nécessité en droit public lorsque, pour des raisons indépendantes de sa volonté, l'Etat se trouve dans l'impossibilité de se conformer aux formes régulières pour effectuer des modifications du droit positif reconnues indispensables en raison des circonstances. » Cette définition est particulièrement judicieuse car elle ne contient pas le mot « péril » ou « danger », termes propres à créer des confusions sur la nature véritable du droit de nécessité.

## L'ARRÊTÉ FÉDÉRAL URGENT

(ARTICLE 89 ALINÉA 2 DE LA CONSTITUTION JUSQU'EN 1939)

La forme de l'arrêté fédéral urgent ne peut être utilisée pour modifier ou suspendre les lois fédérales, et moins encore la Constitution fédérale. Les auteurs qui voient dans la clause d'urgence un droit de nécessité constitutionnel au profit de l'Assemblée fédérale semblent confondre

l'urgence avec la nécessité. Or, la différence entre ces deux notions est fondamentale. En effet, la première ne contient nullement la seconde. L'urgence est une question de temps: il y a urgence lorsqu'une mesure légale doit être prise immédiatement pour pouvoir être appliquée à une situation pressante. Au contraire, il n'y a nécessité que lorsqu'il y a impossibilité de suivre les voies normales pour réaliser une mesure indispensable. L'Assemblée fédérale ne peut donc édicter une mesure illégale sous prétexte qu'elle était urgente.

Nous allons maintenant faire un retour dans le temps et voir comment furent attribués les pleins pouvoirs en cas de nécessité lors des deux guerres.

#### LES PLEINS POUVOIRS EN 1914

C'est en 1914 que les autorités suisses ont dû formellement, pour la première fois, faire usage des pleins pouvoirs.

A la veille de la Première Guerre mondiale, le Conseil fédéral jugea nécessaire de prendre des mesures extraordinaires et immédiates en vue de la défense nationale. Il décréta la mobilisation générale et convoqua l'Assemblée fédérale en session extraordinaire pour lui demander de l'investir des pleins pouvoirs. Celle-ci les lui accorda sans discussion et à l'unanimité des deux Chambres. Aux termes de l'arrêté voté le 3 août 1914, l'Assemblée fédérale donne pouvoir illimité au Conseil fédéral de prendre toutes les mesures nécessaires à assurer la sécurité, l'intégrité et la neutralité de la Suisse, et à sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays, et, en particulier, à assurer l'alimentation publique. Le Conseil fédéral est tenu de rendre compte à l'Assemblée, dans sa prochaine session, de l'emploi qu'il aura fait des pouvoirs illimités qui lui sont accordés. Il n'y eut pas de compte rendu pendant toute l'année 1915, et il fallut « l'affaire des colonels », et la méfiance qui en résulta, pour que le Gouvernement devînt plus ponctuel. Sur la base de l'arrêté du 3 août 1914, une foule d'ordonnances ont été édictées par le Conseil fédéral dans les domaines les plus variés. Ces ordonnances étaient prises le plus souvent en opposition avec la législation en vigueur, et, dans plusieurs cas, elles allaient à l'encontre des dispositions constitutionnelles. Le régime fut démantelé en deux temps, par deux arrêtés, en 1919 et en 1921. Ces arrêtés ne rendaient pas *ipso jure* caduques les ordonnances émises par le Conseil fédéral sur la base de l'arrêté du

3 août 1914; celles-ci demeuraient provisoirement en vigueur et le Conseil fédéral pouvait les modifier de son propre chef, dans la mesure où « la sécurité du pays ou la sauvegarde de ses intérêts économiques l'exigeaient ». Cependant, c'est l'Assemblée fédérale seule qui décidait, en dernier ressort, du maintien en vigueur des ordonnances modifiées.

#### LES PLEINS POUVOIRS EN 1939

La guerre de 1939, comme celle de 1914, amena une concentration des pouvoirs entre les mains du Conseil fédéral. Si nous comparons l'arrêté des pleins pouvoirs de 1939 et celui de 1914, nous constatons certaines différences. L'arrêté du 30 août 1939 n'est pas un arrêté de portée générale, car il ne contient ni clause référendaire, ni clause d'urgence. Il est assez difficile aussi de n'y voir qu'un arrêté simple. Outre cette divergence de forme, les deux arrêtés de pleins pouvoirs varient sensiblement quant aux termes employés. Ainsi, tandis que l'article 3 de l'arrêté de 1914 parlait de pouvoirs « illimités », l'arrêté de 1939 parle de « pouvoir et mandat ». De même, au lieu de parler de « crédit illimité » comme l'article 4 de l'ancien arrêté, le nouveau parle de « crédits nécessaires ». Ces termes moins généraux et plus réservés de l'arrêté de 1939 pourraient faire penser qu'on a voulu limiter par là les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral. Ce n'était pas le cas, et comme en 1914, le Conseil fédéral a fait largement usage des pleins pouvoirs qui lui ont été attribués. Il faut cependant reconnaître que le contrôle parlementaire était mieux réglé qu'en 1914. Non seulement les rapports étaient prévus deux fois l'an, mais en plus, les ordonnances, qui déployaient leurs effets dès qu'elles étaient publiées, devaient ensuite subir une épreuve; elles étaient présentées au Parlement, et, si elles n'y étaient pas agréées par les Commissions des pleins pouvoirs et les deux conseils, elles étaient caduques.

Les Commissions des pleins pouvoirs se distinguaient des Commissions parlementaires ordinaires, qui n'ont d'autres fonctions que de préparer le travail des Chambres et ne sont pas des organes distincts. Au contraire, les Commissions des pleins pouvoirs avaient des attributions propres, qui les érigeaient en quasi-organes autonomes. Leur rôle ne se bornait pas à « faire rapport sur le rapport », mais le Conseil fédéral devait les consulter au préalable si possible avant de prendre des mesures

importantes. Remarquons que le Conseil fédéral n'avait pas l'obligation de les consulter pour chaque ordonnance qu'il rendait, mais qu'il était seulement invité à le faire si possible, avant de prendre des mesures importantes. Or que signifiait « si possible » et « mesures importantes », et surtout, qui devait juger de cette possibilité et cette importance?

Si l'approbation leur était donnée, elles ne devenaient pas des actes mixtes, œuvres à la fois du Conseil fédéral et des Chambres. Elles demeuraient des ordonnances du Conseil fédéral, et lui seul pouvait les abroger. Il pouvait aussi les modifier, mais alors le texte modifié devait être à nouveau présenté à l'Assemblée. Comme à la fin de la première guerre, il fallut deux mouvements pour démobiliser le régime de 1939.

#### CONSTITUTIONNALITÉ DES PLEINS POUVOIRS

Se pose alors le problème de la constitutionnalité des pleins pouvoirs. Une partie des auteurs suisses considèrent la pratique des pleins pouvoirs et les entorses qu'elle apporte à l'ordre juridique normal comme étant purement illégales et inconstitutionnelles. Mais la majorité de la doctrine suisse cherche à justifier la pratique des pleins pouvoirs d'une manière ou d'une autre. Les uns fouillent dans la Constitution et invoquent des textes qui, selon leur interprétation, autorisent, en cas de nécessité, les autorités fédérales à se passer de l'observation des règles constitutionnelles. Tandis que les autres cherchent la justification des pleins pouvoirs en dehors des textes, en ayant recours soit au droit naturel, soit à des théories plus ou moins ingénieuses.

Nous nous proposons à présent d'examiner ces différents points de vue et la valeur de leurs arguments respectifs.

L'attribution des pleins pouvoirs en 1914 et en 1939 n'avait donc d'autre base que la nécessité. L'idée vient évidemment à l'esprit de voir s'il n'est pas possible d'introduire dans la Constitution le fondement d'un pareil système, autrement dit un article sur le droit de nécessité, et plus spécialement de vérifier s'il ne l'a pas été déjà, en 1949, avec le nouvel article 89 *bis* ou dans d'autres articles.

Qu'en est-il de l'article 2? Il faut une bonne dose d'imagination pour voir dans ce préambule solennel qui ouvre la Constitution, et auquel seul un numéro donne l'apparence d'un article de loi, une norme de compétence suffisant à fonder en droit une législation d'exception.



Il est clair, en effet, que l'article 3, en posant le principe constitutionnel de la délimitation de la compétence fédérale et de la compétence cantonale, oppose à lui seul une barrière intangible à la prétendue compétence de l'article 2.

#### ARTICLE 102

Peut-on admettre que l'article 102, chiffre 8, 9, 10 confère implicitement au gouvernement fédéral la compétence de rendre des ordonnances indépendantes pour assurer la sûreté intérieure et extérieure de la Confédération? Mieux vaut reconnaître que l'article 102 laisse dans l'imprécision la nature exacte de la compétence gouvernementale dont il pose le principe. Le préambule de l'article 102 n'est pas susceptible de 36 interprétations. Il oppose une barrière nette à toute violation d'une norme constitutionnelle par le contenu normatif d'une ordonnance directe. Aucune dispense n'est prévue, dans les 16 chiffres de l'article pour le cas de nécessité. Admettre que le gouvernement a le droit d'assurer la sûreté publique par la promulgation d'ordonnances indépendantes *praeter legem*, n'équivaut pas à admettre la licéité d'ordonnances *contra constitutionem*!

L'ordonnance ne peut, par exemple, toucher à une liberté constitutionnelle, à la compétence cantonale ou porter atteinte à l'organisation constitutionnelle de l'Etat en rendant inopérante la volonté du législateur ordinaire. Il est exclu de tirer de l'article 102 une compétence générale de nécessité en faveur du Conseil fédéral.

#### DÉLÉGATION DE COMPÉTENCE

Certains ont reconnu le droit de nécessité en admettant la constitutionnalité des délégations de compétence, et particulièrement de la compétence législative. L'Assemblée fédérale, sans en avoir la compétence régulière, avait la possibilité, en un certain sens juridique, de donner force obligatoire *erga omnes* aux actes législatifs posés en violation de certaines normes constitutionnelles; elle se trouvait également en mesure de revêtir de positivité toute délégation portée en la forme d'une loi fédérale ou d'un arrêté de portée générale. Cette constatation permet d'affirmer que, en conférant au Conseil fédéral le pouvoir de franchir les limites posées par la Constitution, l'Assemblée fédérale opérait une

délégation effective, c'est-à-dire conférerait à un autre organe le pouvoir qu'elle aurait été en mesure, sinon en droit, d'exercer elle-même. La délégation du pouvoir de légiférer concentre la puissance étatique sur l'organe de gouvernement qui devient le juge de sa propre compétence exécutive. N'oublions pas que dans l'histoire cruelle des trente dernières années, le fascisme et le nazisme ont utilisé la délégation de la compétence législative, combinée d'ailleurs avec la théorie de l'état de nécessité, comme camouflage juridique d'une dictature totalitaire.

Les droits démocratiques nous empêchent de dire que, dans bien des circonstances, le peuple n'est pas apte à juger de la situation. La démocratie est un régime souvent périlleux pour la communauté et mal commode pour les gouvernements; cependant c'est incontestablement le régime de la Suisse.

Contrairement à certains auteurs, la doctrine suisse s'accorde à reconnaître que l'acte, et particulièrement l'acte législatif posé par un organe étatique ne peut être entaché d'une nullité primaire, équivalant à une inexistence juridique dont chacun pourrait se prévaloir. Quand un organe étatique dépasse sa compétence, son acte irrégulier demeure revêtu d'une présomption de validité nécessaire à la sûreté du droit et au maintien de l'ordre public. Des motifs essentiellement d'opportunité font ainsi admettre qu'une norme irrégulière, posée par un organe étatique, n'est jamais sous le coup de nullité absolue; un tel acte, une telle norme peuvent seulement être annulés ou déclarés non applicables, d'office ou sur recours, par l'organe étatique auquel le droit confère cette compétence.

Les circonstances extraordinaires et particulièrement la crise économique des années 1930 ont donc amené l'Assemblée fédérale à prendre sous forme d'arrêté fédéral urgent des mesures qui eussent dû être prises normalement selon la révision constitutionnelle ou législative. Pour légitimer cette procédure extraordinaire les autorités fédérales invoquent la nécessité et le droit de nécessité qui selon elles en découle. A supposer que les juristes contestent la légitimité juridique des pouvoirs extraordinaires, rien n'empêchera les politiciens de soutenir que ces pouvoirs sont conformes à l'intérêt général et de faire prévaloir cet intérêt sur toute considération juridique. Les juristes ne sauraient admettre en revanche que, dans leur tentative de justification, les politiciens fassent état de constructions juridiques inexactes et tendancieuses.



Pour réfuter cette théorie qui prétend reconnaître un caractère juridique à la nécessité en dehors du droit positif, il suffit de comprendre que si le droit positif ne prévoit aucune exception au respect des règles ordinaires, on peut faire appel à la raison ou à la morale pour s'écarter du droit positif mais non à un prétendu droit naturel, notion inutile qui n'apporte rien qu'un vocable nouveau et prête à confusion. L'état de nécessité ne peut servir aux gouvernants que de légitimation politique, logique ou morale, non de légitimation juridique.

#### L'ARTICLE 89 *bis*

L'article 89 *bis* marque certainement un progrès sur la situation juridique antérieure qui était caractérisée par l'absence totale de règle. En adoptant en 1949 cet article, le constituant fédéral a donné au problème du droit de nécessité une solution audacieuse et originale qui concilie en une large part les exigences pratiques des situations de crise et le respect de la Constitution fédérale. Ainsi l'Assemblée fédérale peut toujours soustraire au contrôle populaire des mesures d'urgence d'une durée limitée à un an. Si le temps presse, elle peut seule prendre une mesure valable en tout cas pour une année. Lorsque la mesure est prévue pour une durée supérieure, elle peut également être prise sans délai, mais elle est alors soumise à un référendum facultatif *a posteriori*. Le référendum législatif *a posteriori* met pratiquement un terme aux abus possibles de la clause d'urgence et assure ainsi le respect de la démocratie directe sans entraver l'action étatique. Cette disposition permet à l'Assemblée fédérale de déroger à la Constitution, et par conséquent d'habiliter le Conseil fédéral à y déroger. Malheureusement elle souffre d'une double insuffisance. D'abord elle ne permet la dérogation que pour un an au plus. Passé ce délai, il lui faut obligatoirement l'appui d'un vote du peuple et des cantons. Transposé aux deux périodes de guerre, cela signifie qu'il aurait fallu consulter l'électeur avant le 3 août 1915, ou avant le 30 août 1940. En l'espèce la chose n'aurait certainement pas été impossible, puisqu'il y eut des scrutins populaires, par exemple en juin 1915 et en décembre 1939. Mais on peut imaginer des circonstances où elle l'eût été. Ensuite, l'article 89 *bis* suppose que l'Assemblée fédérale est encore en mesure de se rassembler. Notre pays fut par deux fois miraculeusement épargné, mais il est évident que

si la guerre pénétrait sur notre sol, et si les Chambres ne pouvaient plus se réunir, ni la solution de l'article 89 *bis*, ni même la procédure qui fut effectivement suivie en 1914 et en 1939, ne seraient d'aucun secours. Il faudrait bien, pour que l'Etat survive, que les conseillers fédéraux, ou ceux qui peuvent encore agir, fassent l'usage d'un pouvoir qu'ils ne tiendraient de personne. C'est alors qu'au sens exact du terme, on devrait parler d'ordonnance de nécessité.

#### RÉPERCUSSIONS DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ DANS LES CANTONS

La structure fédérative de la Confédération a pour conséquence qu'un état de nécessité influe également sur les relations entre la Confédération et les cantons, et que les cantons eux-mêmes peuvent se trouver dans un état de nécessité. Du point de vue du droit public, la situation des cantons en tant que membres de l'Etat fédéral est caractérisée par ce qu'on nomme la souveraineté cantonale. Dans les limites fixées par la Constitution fédérale, les cantons jouissent d'une souveraineté propre sur le plan de l'Etat, comme aussi dans certains domaines particuliers (ordre public, organisation en cas de catastrophe...). Les cantons sont en outre souverains dans plusieurs domaines particuliers, tels que l'hygiène publique, l'approvisionnement en eau, la construction des routes, la prévoyance sociale, les écoles publiques, les affaires ecclésiastiques, les finances, la police. Un état de nécessité peut mettre en cause l'exercice de la souveraineté cantonale établie par le droit ordinaire en vigueur, au point que les parlements ou gouvernements cantonaux se voient obligés de recourir à une compétence en matière de droit de nécessité. S'il survient un état de nécessité affectant la souveraineté cantonale, c'est aux cantons eux-mêmes qu'il incombe en premier lieu de faire face à cette situation.

Plusieurs Constitutions cantonales accordent expressément au Gouvernement cantonal une compétence en matière de droit de nécessité. Dans le canton de Saint-Gall, le Parlement cantonal jouit d'une compétence d'urgence, mais il est lié par le régime de compétence établi par le droit constitutionnel. La compétence des Gouvernements cantonaux en matière de droit de nécessité n'est pas liée expressément à la Constitution, comme l'est la compétence du Conseil fédéral selon l'article 102 de la Constitution fédérale; les Gouvernements cantonaux

peuvent donc, dans l'exercice de la compétence que leur confère le droit constitutionnel en matière de droit de nécessité, mettre en vigueur des arrêtés à l'échelon constitutionnel et suspendre le droit constitutionnel en vigueur. Les attributions dont disposent certains Gouvernements cantonaux dans un état de nécessité sont plus étendues que la compétence du Conseil fédéral.

Selon le principe du partage de la souveraineté, les structures d'organisation du niveau le plus bas, les communes, disposent d'une souveraineté s'exprimant sous la forme de l'autonomie communale. Les communes peuvent elles aussi se trouver dans un état de nécessité exigeant des autorités communales qu'elles recourent à la compétence en matière de droit de nécessité.

#### PROPOSITIONS ET CONCLUSIONS

L'analyse des différents articles ayant un rapport avec l'état de nécessité nous montre qu'à l'exception de certains cas où l'article 89 *bis* suffira, le recours à l'illégalité sera souvent inévitable. Ne serait-il donc pas préférable de régulariser la situation une fois pour toutes en insérant dans la Constitution un article prévoyant les périodes de nécessité.

En Suisse cette attitude négative des autorités fédérales a été motivée surtout par la considération suivante: il est impossible d'établir une énumération complète des cas constitutifs de nécessité.

Par conséquent, lorsqu'on veut rédiger un article constitutionnel sur le droit de nécessité, on se trouve devant cette alternative: ou bien on choisit une formule toute générale et élastique, mais qui ne permet pas de délimiter clairement ni de restreindre le droit de nécessité et implique même le danger que ce droit ne se développe encore beaucoup plus que précédemment; ou bien on adopte une formule étroitement circonscrite, mais alors on aboutit à une limitation inflexible du droit de nécessité, en sorte que l'article constitutionnel risque de se révéler inopérant dès qu'on devra l'appliquer.

Cependant on peut se demander s'il n'est pas possible d'introduire dans la Constitution un article réglementant le recours aux mesures exceptionnelles sans chercher pour cela à définir l'état de nécessité. En somme on peut avoir de bonne foi des opinions divergentes sur

l'opportunité d'avoir un article concernant l'état de nécessité, mais ce qui ne peut être admis c'est que, en l'absence d'une disposition constitutionnelle, on ait recours à la théorie du droit de nécessité non écrit (droit naturel). Il peut bien y avoir état de nécessité, mais il n'existe pas de droit de nécessité.

Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, il devient nécessaire de recourir à des moyens irréguliers, les gouvernements doivent le faire en pleine conscience de leur responsabilité. On doit alors admettre qu'il existe une supériorité temporaire des faits sur les normes juridiques; on doit franchement reconnaître l'illégalité des méthodes employées et ne point chercher à démontrer qu'elles sont conformes au droit.

C'est un triste paradoxe que, pour défendre la liberté, on soit obligé de recourir à des moyens dictatoriaux. C'est pourtant là une réalité dont il est impossible de faire abstraction. Il est des cas où les peuples démocratiques doivent momentanément sacrifier leur liberté afin de pouvoir en sauver le principe pour toujours. Mais l'institution d'un régime autoritaire provisoire comporte de multiples dangers, et, pour les éviter, on ne saurait prévoir trop de garanties ni prendre trop de précautions. Un peuple libre ne peut pas, même lorsque le pays se trouve menacé d'un grave danger, abandonner sans condition ses droits et ses libertés entre les mains d'une administration arbitraire, incontrôlée et irresponsable. Il faut donc trouver un système gouvernemental qui, tout en accordant à l'Exécutif la plus large liberté d'action, garantisse les individus contre tout empiètement injustifié. Ce problème est, en gros, réglé par l'article 89 *bis* malgré sa double insuffisance. Cependant le fait que l'Assemblée fédérale risque de ne pas pouvoir se rassembler est très important et pousse de nombreux auteurs à vouloir la création d'une législation applicable uniquement en temps de crise. D'autres auteurs pensent que la volonté politique est encore si forte dans notre pays, qu'en cas de nécessité, on est prêt à renoncer temporairement aux limites que la Constitution fixe aux attributions des autorités; la confiance mise dans le bon sens et la rectitude de ceux qui doivent prendre des décisions au moment voulu est trop marquée pour qu'on soit tenté de fixer des limites trop rigides à l'exercice du droit de nécessité.

Dans ces circonstances il n'existe aucune raison de s'écarter de l'attitude observée jusqu'ici, qui veut qu'on renonce à créer une Constitution détaillée pour l'état de nécessité. Mais il faudrait néanmoins

décider qui doit être habilité à agir en cas de nécessité. De plus, il est possible et même nécessaire pour certains cas particulièrement graves, si ce n'est pour tous les cas de nécessité, de procéder à des préparatifs d'ordre technique ou sur le plan de l'organisation.

En matière de législation, plus le niveau auquel on légifère est proche de l'exécution technique, plus il est indispensable que les mesures préparatoires soient minutieusement élaborées, pour qu'il soit possible de faire face à certains genres de situations de nécessité. Il sera indispensable d'établir non seulement à l'échelon fédéral, mais aussi au niveau des cantons, un véritable réseau de mesures, de précautions tant sur le plan de l'organisation qu'à d'autres égards pour permettre aux autorités de pouvoir poursuivre leur tâche.

En résumé, il faut voir si l'on peut se contenter des bases légales actuelles ou s'il est nécessaire de préparer déjà en temps de paix un droit de nécessité.

S'appuyant sur l'exemple des deux guerres, certains juristes pensent qu'il n'est pas nécessaire de créer un droit de nécessité et que le régime des pleins pouvoirs, aussi anticonstitutionnel qu'il soit, suffit. D'autres se basent sur l'article 89 *bis*, voire même sur l'article 102, et déclarent que nous avons un droit de nécessité. Les auteurs les plus prévoyants dans un sens ou pessimistes dans un autre pensent que la situation actuelle ne peut pas durer, que les données politiques et économiques ont changé et qu'il est donc indispensable de créer une législation d'exception rentrant en vigueur sous condition suspensive.

Lieutenant N. de DIESBACH