Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 99 (1980)

Artikel: La protection de l'ordre public dans l'État régi par le droit

Autor: Abravanel, Philippe

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896095

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: 01.03.2026

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

La protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit

Rapport présenté par PHILIPPE ABRAVANEL

Docteur en droit
Juge au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Montpreveyres

Pour raison de santé, le rapporteur de langue allemande n'a pas été en mœsure de présenter son texte.

Table des matières

Bibliographie principale 5
Introduction 9

Première partie: L'Etat régi par le droit

Chapitre 1. La conception classique 11
Chapitre 2. Les limites de l'Etat régi par le droit 14
A. L'opinion publique 14
B. Les situations d'exception 15
C. Le droit de résistance et la raison d'Etat 16
Chapitre 3. Critique de la théorie classique 18
Chapitre 4. L'Etat régi par le droit au sens matériel 20
Chapitre 5. L'équilibre des pouvoirs 23
Chapitre 6. Le contrôle constitutionnel 25
Chapitre 7. Conclusion sur l'Etat régi par le droit 28

Deuxième partie: L'ordre public

Chapitre 8. Contours de l'ordre public 31
Chapitre 9. Ordre public et police 32
Chapitre 10. La clause générale de police 35
Chapitre 11. Les menaces contre l'ordre public 37
Chapitre 12. La violence 40
Chapitre 13. Le terrorisme 42
Chapitre 14. La réponse traditionnelle du pouvoir: la répression 45
Chapitre 15. La réponse traditionnelle du pouvoir: la prévention . . . 47
Chapitre 16. L'attitude du pouvoir face au terrorisme 50
Chapitre 17. Le caractère autoritaire 54
Chapitre 18. L'ordre public dans l'Etat régi par le droit 55

Troisième partie: La protection de la personne

Chapitre 19. La liberté et les libertés 59
Chapitre 20. La détention préventive 64
Chapitre 21. Le régime de détention 67
Chapitre 22. La liberté d'opinion 69
Chapitre 23. Association, réunion, manifestation 75
Chapitre 24. Les limites générales des libertés idéales 79
Chapitre 25. La hiérarchie des droits fondamentaux 84
Chapitre 26. Le noyau intangible des droits fondamentaux 88

Quatrième partie: Essai sur la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit

Chapitre 27. Synthèse des trois premières parties 95
Chapitre 28. L'ordre en danger 96
Chapitre 29. Les limites de la répression 100
A. La peine de mort 100
B. Torture et peines inhumaines ou dégradantes 102
C. Les peines privatives de liberté 103
D. Le renforcement des lois pénales 104
E. L'obligation de témoigner 106
F. Les infractions politiques 108
G. La lutte contre le terrorisme 110
Chapitre 30. Les limites de la prévention 113
A. L'internement administratif et la stérilisation 113
B. L'organisation de la police 116
C. Le traitement des informations privées 119
D. Le traitement des suspects 122
E. Les droits de la défense 122
F. Autres mesures préventives 123
Chapitre 31. Du procès d'intention 124
A. La censure morale 124
B. La censure politique 126
Chapitre 32. L'interdiction professionnelle 127
A. Liberté contractuelle et ordre public 127
B. L'administration publique 128
C. Quelques exemples vaudois 129
D. L'arrêt Narr 130
E. Conditions de l'interdiction professionnelle 131
Chapitre 33. De quelques tabous 132
A. Le refus de servir 132
B. L'avortement 133
C. Médecine et euthanasie 135
D. La protection contre soi-même 138
Chapitre 34. Prophylaxie politique 139

Conclusion 143

Bibliographie principale

Dans les notes du rapport, la référence est au nom de l'auteur, parfois au titre abrégé. D'autres ouvrages sont cités en note.

ATTALI, JACQUES. La parole et l'outil, Paris 1975.

AUBERT, JEAN-FRANCOIS. Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967 (cité: Traité).

– La liberté d'opinion, RDS 92 I, 1973, pp. 429–450 (cité: Opinion).

– Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées, Lausanne 1978 (cité: Exposé).

BÄUMLIN, RICHARD. Die rechtsstaatliche Demokratie, thèse Berne, Zurich 1954 (cité: thèse).

– Lebendige oder gebändigte Demokratie, Bâle 1978 (cité: Demokratie).

BERNARD, PAUL. La notion d'ordre public en droit administratif, Paris 1962.

BERSIER, ROLAND. Contribution à l'étude de la liberté personnelle, thèse Lausanne 1968.

BRIDEL, MARCEL. Sur les limites des libertés individuelles, in: La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, Zurich 1948.

BURDEAU, GEORGES. Les libertés publiques, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3e éd., Paris 1966.

CHOMBART DE LAUWE, PAUL-HENRI. La culture et le pouvoir, Paris 1975.

CONSTANT, BENJAMIN. Ecrits et discours politiques, présentés par O. POZZO DI BORGO, Paris 1964.

CORNU, DANIEL/VODOZ, JEAN–MARIE. La Suisse ou le piège des certitudes, Lausanne 1978.

DELESSERT, DANIEL A. Les méthodes techniques de surveillance des personnes suspectes dans le procès pénal, in: Revue pénale suisse, 91, 1975, fasc. 2, pp. 182–207.

EICHENBERGER, KURT. Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, Zbl 78, 1977, pp. 433–451.

FLEINER, F./GIACOMETTI, Z. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1948.

FLEINER, THOMAS. Rechtsstaat und Gerechtigkeit, in: La Justice – Gerechtigkeit, Fribourg 1977 (cité: TH. FLEINER).

FOUCAULT, MICHEL. Surveiller et punir – Naissance de la prison, Paris 1976.

FRAYSSE-DRUESNE, GHISLAINE. La Convention européenne pour la répression du terrorisme, in: Revue générale de droit international public, t. 82, 1978, 4, pp. 969 ss.

FRITSCHE/GOULON/ESER/BRAUN/RIQUET. Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod? Le malade – le médecin – la mort, Heidelberg/Karlsruhe 1977 (cité: Tod).

GERECHTIGKEIT in der komplexen Gesellschaft voir Studia philosophica.

GIACOMETTI, ZACCARIA. Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 1941.

GILLIARD, FRANÇOIS. L'expérience juridique – Esquisse d'une dialectique, Paris 1978.
GIRARD, RENÉ. Des choses cachées depuis la fondation du monde, Paris 1978.
GISCARD D'ESTAING, VALÉRY. La démocratie française, Paris 1976 (cité: Giscard).
GRISEL, ANDRÉ. Juridiction constitutionnelle de demain, Zbl 72, 1971, pp. 209–225 (cité: Juridiction).
– La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, in: Revue internationale de droit comparé, 1975, N° 3, pp. 549 ss (cité: A. Grisel).
GRISEL, ETIENNE. La définition de la police, in: Stabilité et dynamisme du droit..., Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975, pp. 91 ss (cité: Police).
– Les droits sociaux, RDS 92 II, 1973, pp. 1 ss (cité: Droits sociaux).
JAY, MARTIN. L'imagination dialectique – Histoire de l'Ecole de Francfort (1923–1950), Lausanne 1977.
JOST, ANDREAS. Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, thèse Berne (Abhandlungen zum schweiz. Recht 438), Berne 1975.
JOUVENEL, BERTRAND DE. Les débuts de l'Etat moderne – une histoire des idées politiques au XIX^e siècle, Paris 1976.
JULIEN, CLAUDE. Le rêve et l'histoire, Paris 1976, Deux siècles d'USA.
JUNOD, CHARLES ANDRÉ. Libertés économiques, ordre public et politique sociale, in: 14^e Journée juridique (octobre 1974), Genève 1975.
KÄGI, WERNER. Rechtsstaat und Demokratie, in: Festgabe Zaccaria Giacometti, Zurich 1953.
– Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von W'K', Zurich 1979 (cité: Festschrift Kägi).
KNAPP, BLAISE. Intérêt, utilité et ordre public, in: Stabilité et dynamisme du droit..., Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975, pp. 135 ss.
KREKELER, WILHELM. Durchsuchung des Verteidigers beim Betreten des Gerichtsgebäudes, in: Neue Juristische Wochenschrift, H. 5 (31.1.1979), pp. 185–190.
LABORIT, HENRI. L'homme et la ville, Paris 1971.
– La nouvelle Grille, Paris 1974.
– Eloge de la fuite, Paris 1976.
LACHARRIÈRE, RENÉ DE. Etudes sur la théorie démocratique, Lausanne 1963.
LAQUEUR, WALTER. Terrorisme (1977), Paris 1979.
LASSALE, J. P. La Cour suprême et le problème communiste aux USA, Cahiers de la fondation nationale de sciences politiques, Paris 1960.
LEPRINCE-RINGUET, LOUIS. Le grand merdier, Paris 1978.
LEUENBERGER, CHRISTOPH. Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes, thèse Berne, (Abhandlungen zum schweiz. Recht 441), Berne 1976.
LIEBSCHER, VICTOR. Menschenrechte in neuer Sicht!, Juristische Blätter 100, H. 19/20, 7.10.78, Wien, pp. 505–517.
MARCUSE, HERBERT. L'éthique et la révolution, in: Culture et Société, Paris 1970.
MAUS, INGEBORG. Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaates, in: Der bürgerliche Rechtsstaat, hrsg. von Mehdi Tohidipur, Frankfurt a. M. 1978.
MÉDECINE ET DROIT. 7^e Séminaire multidisciplinaire de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1979.
MEYER, FERDINAND. Die Untersuchungskompetenzen des amerikanischen Kongresses, Berne 1968.

MORAND, CHARLES-ALBERT. Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression, in: 12e Journée juridique (octobre 1972), Genève 1973.

MÜLLER, JÖRG P. Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, thèse Berne, (Abhandlungen zum schweiz. Recht 360) Berne 1964 (cité: thèse).

– Soziale Grundrechte in der Verfassung? RDS 92 II, 1973, pp. 697–964 (cité: Soziale Grundrechte).

MULLER, PIERRE. Le Principe de la proportionnalité, RDS 97 II, 1978, pp. 197 ss.

NIETLISPACH, FRITZ. Grundlagen des Freiheitsrechts, thèse Zurich, (Zürcher Beiträge zur Rechtswiss. 511), Zurich 1977.

PERRET, JEAN-DANIEL. La liberté d'opinion face à l'Etat, thèse Neuchâtel, (Histoire et société d'aujourd'hui), Neuchâtel 1968.

PEYREFITTE, ALAIN. Réponses à la violence, rapport 1977, vol II.

PINTO DE OLIVEIRA, C.J. Justice, Contestation et Solidarité, in: La Justice – Gerechtigkeit, Fribourg 1977.

PONCET, DOMINIQUE. La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, (Mémoires publ. par la Fac. de droit de Genève 52), Genève 1977.

POULANTZAS, NICOS. L'Etat, le pouvoir, le socialisme, Paris 1978.

QUINT, PETER E. Towards First Amendment Limitations on the Introduction of Evidence: The Problem of United States v. Rosenberg, in: Yale Law Journal, vol. 86, 1976–77, pp. 1622–1678.

RAWLS, JOHN. A Theory of Justice, Oxford 1972.

RAYMOND, JEAN. La Suisse devant les organes de la CEDH, RDS 98 II, 1979, pp. 1 ss.

REBEAUD, LAURENT. La Suisse, une démocratie en panne, Lausanne 1978.

REGAMEY, MARCEL. La Protection de la Personnalité en Droit civil, thèse Lausanne 1929.

RHINOW, RENÉ-A. Die bundesgerichtliche Praxis zur Demonstrationsfreiheit, Zbl 72, 1971, pp. 33 ss, 57 ss.

ROSSET, HENRY. La censure cinématographique en Suisse, thèse Lausanne 1979.

ROUGEMONT, DENIS DE. L'avenir est notre affaire, Paris 1977.

SALADIN, PETER. Grundrechte im Wandel, 2e éd., Berne 1975 (cité: SALADIN).

– Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Stabilité et dynamisme du droit... Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975 (cité: Fairness).

SCHULTZ, HANS. Gewaltdelikte, Geiselnahmen und Revision des Strafgesetzbuches, ZBJV 115, 1979, pp. 433–456.

SCHWARZENBACH, H.R. Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6e éd., Berne 1975.

SCHWARTZENBERG, LÉON/VIANSSON-PONTÉ, PIERRE. Changer la mort, Paris 1977.

STALDER, CHRISTOPH. "Preferred Freedom", das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu den anderen Grundrechten, (Abhandlungen zum schweiz. Recht. 447), Berne 1977.

STUDIA PHILOSOPHICA, vol. 38, Bâle/Stuttgart 1979: Gerechtigkeit in der komplexen Gesellschaft – la Justice et la complexité de la société.

TRECHSEL, STEFAN. Erste Erfahrungen mit der europäischen Menschenrechtskonvention, ZBJV 115, 1979, pp. 457–481.

VIALATOUX, JOSEPH. La répression de la torture – Essai de philosophie morale et politique, Paris 1957.

VIANSSON-PONTÉ, PIERRE. voir Schwartzenberg.

VOIGT, HEINZ ALEX. Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, thèse Zurich 1945.
WASSERMANN, RUDOLF. Terrorismus und Rechtsstaat, in: Gewerkschaftliche Monatshefte, 1978/2, Köln.
WATTEVILLE, JACQUES DE. La piraterie aérienne, thèse Lausanne 1978.
WILDHABER, LUZIUS. Erfahrungen mit der europäischen Menschenrechtskonvention, RDS 98 II, 1979, pp. 235–379.
ZELLWEGER, EDUARD. Staatsschutz und Freiheitsrechte, in: 5. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung, Recueil de travaux suisses, Zurich 1958, pp. 145–166.
ZIMMERLI, ULRICH. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, RDS 97 II, 1978, pp. 1 ss.
ZIRILLI, GENEVIÈVE. Problèmes relatifs à la détention préventive, thèse Lausanne 1975.

Les abréviations sont celles des arrêts du Tribunal Fédéral.

Introduction

> «Ceux qui donnent le branle à un Etat sont volontiers les premiers absorbés en sa ruine. Le fruit du trouble ne demeure guère à celui qui l'a ému, il bat et brouille l'eau pour d'autres pêcheurs.»
>
> MONTAIGNE, Pensées, livre I, chap. XXIII

Le rapport qui suit devrait s'intituler: La protection de l'individu dans l'Etat régi par le droit et essentiellement dans la Suisse du XX^{ème} siècle finissant. Car l'histoire montre de manière quasi permanente la personne humaine broyée par l'ordre public, et dans de rares soubresauts éphémères le contraire. Cependant quelques événements contemporains, en particulier le terrorisme, le brigandage et la désobéissance civile ont incité le comité de la Société suisse des juristes à prendre le thème par l'autre bout. Mais il s'agit au fond du même sujet. Le propos est de rechercher jusqu'où une démocratie libérale peut et doit se défendre pour rester une démocratie libérale, sans utiliser des armes qui la déshonorent et la rapprochent des tyrannies qu'elle condamne. Il y en a une vingtaine tout au plus, de ces Etats régis par le droit, dans le monde contemporain. Ceci depuis peu de temps et pour la première fois dans l'histoire de l'humanité. Ils représentent des sociétés qui sont loin d'être parfaites, mais où existent plus ou moins largement les droits de s'exprimer, de se déplacer, de ne pas travailler, de s'associer en syndicats autonomes, plus une certaine prospérité. Les citoyens de ces Etats voudraient conserver ces privilèges exceptionnels et perfectionner la justice sociale. Ils diffèrent sur les moyens d'atteindre ces deux buts: par la révolution[1]; par le renforcement de l'ordre et du pouvoir existants; ou par des réformes selon un rythme plus ou moins rapide.

[1] «C'est-à-dire la position d'un nouvel ordre de la société et donc la création d'un pouvoir neuf, mais pas nécessairement le renversement violent du pouvoir existant» (ROUGEMONT, p. 345).

Il a paru impossible de traiter un tel sujet sans faire de larges références à la politologie, voire à la sociologie, disciplines que l'auteur ne maîtrise en aucune façon.

«Les paysans simples sont honnêtes gens et honnêtes gens les philosophes. Les métis qui ont dédaigné le premier siège d'ignorance de lettres, et n'ont pu joindre l'autre (le cul entre deux selles, desquels je suis, et tant d'autres) sont dangereux, ineptes, importuns: ceux-ci troublent le monde.» (MONTAIGNE, Pensées, livre I, chap. LIV)

Première partie

L'Etat régi par le droit

Chapitre 1er. La conception classique

Au sens formel, l'Etat régi par le droit[1] est celui dont tous les actes reposent sur l'ordre juridique, en une cascade remontant de l'acte administratif à la Constitution, en passant par les lois des divers degrés hiérarchiques[2]. Autrement dit, c'est l'Etat qui agit uniquement dans les limites du droit garantissant la légalité de toute son activité[3]. Le Tribunal fédéral distingue ainsi la loi formelle de la loi-programme et rejette une norme qui aurait le contenu de la seconde catégorie mais la force de la première[4].

L'Etat régi par le droit se distingue de l'Etat soumis à l'arbitraire du prince (légitime ou usurpateur), mais aussi de l'Etat dirigé par une caste. Il postule le pluralisme d'idée éthiques, politiques et sociales[5], la tolérance en tant que volonté de vivre en société aussi avec celui qui possède d'autres convictions[6].

[1] La traduction usuelle de «Rechtsstaat» est «Etat de droit». Comme l'a démontré E. THILO, ce terme est impropre. Ou bien il n'est qu'un calembour, par opposition à l'état de fait, ou bien il qualifie un sujet de droit international public, par opposition à l'Etat de fait, se distinguant par sa seule légitimité formelle. Une dictature, après un coup d'Etat réussi, constitue un Etat de fait, puis devient un Etat de droit par l'acquisition d'une légitimité en quelque sorte usucapée, et la reconnaissance internationale. Tel n'est manifestement pas le concept de «Rechtsstaat». Mais à la traduction de E. THILO, «Etat fondé sur le droit», qui dégage un parfum positiviste, nous préférons l'expression de VLADIMIR BOUKOVSKI, qui doit s'y connaître, d'«Etat régi par le droit» (... Et le vent reprend ses tours, Paris 1968, p. 227).

[2] Voir dans BÄUMLIN, thèse, pp. 43–49 diverses définitions formalistes, jusqu'à celle de KELSEN, pour lequel la Constitution tolère d'avance que des lois lui soient contradictoires; dans MAUS, la description de quelques doctrines du «Rechtsstaat».

[3] BÄUMLIN, thèse, p. 47.

[4] ATF 101 Ia 131 = JdT 1978 I 311, cons. 5 c: «Une obligation à ce point imprécise ne peut faire l'objet d'une loi dans un Etat fondé sur le droit.»

[5] Cf. W. J. HABSCHEID, in: Towards a Justice with a human face, Anvers 1978, p. 35.

[6] BÄUMLIN, thèse, p. 40 n. 16.

Il repose sur l'ordre policier, la libre concurrence, la séparation des pouvoirs, les principes de légalité et de respect de la procédure, la hiérarchie des normes juridiques, la participation démocratique[7]. Selon les théories libérales du XIX[e] siècle, il n'a pas à protéger la liberté individuelle, qui serait déjà garantie par la balance des intérêts que donne la nature dans la société. D'où la division entre l'Etat et la société: la liberté fondamentale du commerce et de l'industrie apparaît comme la frontière entre l'Etat menaçant la liberté et la société réputée sans maître[8]. Cette conception, déjà directrice des révolutions américaine et française, impose une norme extérieure à l'ordre étatique. Ce n'est plus le principe du droit naturel classique, d'essence religieuse, mais bien celui des lumières et du productivisme naissant. A l'encontre du positivisme d'un ordre juridique en circuit fermé, la doctrine libérale a recherché inlassablement la source du droit qui doit régir l'Etat. Depuis les encyclopédistes elle a cru la trouver dans la volonté de la majorité, dégagée des scrutins au suffrage peu à peu universel. «Il suffit que cette volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif.»[9] C'est la transposition de l'absolutisme royal dans l'absolutisme majoritaire, de HOBBES à ROUSSEAU.

Une telle école se survit sous la III[e] République française, inspirée par ALAIN, où règne le pouvoir du peuple ou de ses représentants de déposer les gouvernements à la minute s'ils ne conduisent pas les affaires selon l'intérêt du plus grand nombre[10]. Et WALINE écrit: «Libre à vous de désobéir au droit positif, mais à vos risques et périls; sachez que, ce faisant, vous vous rebellez contre le droit avec toutes les conséquences fâcheuses que cet acte peut avoir, et pour vous, et pour la société. Libre à vous de vous y exposer et d'y exposer la société; mais ne vous autorisez pas, pour ce faire, du droit.»[11]

[7] GIACOMETTI, p.164; TH.FLEINER, p.39ss; W.KÄGI, in: Reformatio, 1977, fasc.5, pp.270ss.

[8] J.P.MÜLLER, thèse p.23, 24.

[9] SIEYÈS, Qu'est-ce que le tiers Etat, cité par W.KÄGI, Rechtsstaat und Demokratie, p.114 ch.4.

[10] JOUVENEL, p.309, 310. Certains reprochent à la démocratie de permettre les démagogies. Au moins celles-ci peuvent-elles se combattre ou se contredire. Tandis que dans un régime autoritaire, une seule démagogie s'exerce, sans contradiction.

[11] G.WALINE, in: Mélanges Carré de Malberg, Paris 1933, p.532, cité par LACHARRIÈRE, p.19.

La même théorie est sous-jacente à l'ordre juridique suisse, refusant le contrôle constitutionnel au profit de la démocratie semi-directe.

Certes on ne soutient plus guère que le peuple aurait toujours raison. Déjà BENJAMIN CONSTANT a qualifié le Contrat social de «plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme». W. KÄGI a porté un coup décisif à l'adage *Vox populi, vox Dei,* déification de la majorité, toute-puissante, entraînant l'aliénation sans réserve de chaque citoyen à la communauté, au *Volk über alles*[12]. Car une telle doctrine falsifie la pensée démocratique en l'ancrant non pas dans l'Etat régi par le droit, mais dans l'absolutisme. Il n'en reste pas moins que l'Etat régi par le droit ne se conçoit pas sans démocratie. Celle-ci reste le meilleur régime politique, non seulement par élimination des autres (selon la boutade de WINSTON CHURCHILL), mais le plus naturel[13]. Elle représente l'ordre social qui n'est en contradiction qu'avec le plus petit nombre possible des citoyens[14].

Mais la démocratie n'a pas un pouvoir de décision absolu. Elle n'est ni illimitée ni illimitable; sinon l'éthique capitule devant la logique d'un système clos, qui devient un dogme, un axiome, une thèse métaphysique. La démocratie n'est pas une religion et la majorité n'a pas une compétence totale, car elle est liée aussi à des formes juridiques[15].

Il en résulte que la conception classique, libérale, de l'Etat régi par le droit doit se compléter, notamment à la suite des aventures totalitaires du XX^{e} siècle, par le respect des minorités et le contrôle des contre-pouvoirs. L'authenticité d'un Etat démocratique se vérifie par la place qu'il fait aux minorités, à cette fraction du peuple qui ne partage pas les idées de ceux qui sont au pouvoir. La minorité, c'est l'opinion dissidente, et la liberté c'est le droit à la dissidence[16].

[12] KÄGI, pp. 108–113, 118 ch. 7; BÄUMLIN, thèse, pp. 93–95.

[13] LACHARRIÈRE, p. 24. SPINOZA qualifie le système démocratique: «le moins éloigné que la nature reconnaît à chacun» (Traité de théologie politique, éd. La Pléiade, ch. XVI). C'est, sous une autre forme, l'avis du professeur de Harvard JOHN RAWLS, pour qui un principe n'est recevable que s'il est général. Or, dans un régime élitaire (monarchique ou aristocratique), les mêmes règles ne s'appliquent pas à chacun. Sur la règle de la majorité, cf. RAWLS, pp. 356 ss.

[14] KELSEN, La démocratie, Paris 1932, p. 8. Selon D. SCHINDLER, la démocratie repose sur la conviction du citoyen qu'une soumission à la majorité vaut mieux que le recours à la force; cette idée devrait stimuler l'homogénéité de la société.

[15] KÄGI, pp. 134–140.

[16] BURDEAU, p. 25.

Le présent rapport s'efforcera de tracer la limite entre ce droit et la subversion maligne.

Chapitre 2. Les limites de l'Etat régi par le droit

Les citoyens d'un Etat régi par le droit, insatisfaits d'une norme juridique, disposent de voies constitutionnelles pour la réviser. Ce processus, parfait en principe, n'échappe pas à toute critique.

A. L'opinion publique

Les démocraties occidentales ont abandonné le cens électoral et l'exclusion sexuelle. Elles n'ont pas pour autant donné à tout l'électorat (majeur et national) la faculté de comprendre les conséquences de son vote[17]. Et simultanément les centres de décisions se sont souvent déplacés de la politique à l'économie, de la circonscription à l'étranger. Autant les conducteurs d'opinion sont soumis à des contrôles plus sourcilleux (égalité des temps de parole à la radio et à la télévision, limitations des dépenses électorales), autant la transparence des processus de décision politique diminue, autant l'influence des officines commerciales de relations publiques augmente. Certains affirment que l'opinion publique est devenue une fiction, le pouvoir s'assure le contrôle, direct ou indirect, des *mass media,* filtre les informations, les met en relation de manière à créer chez le citoyen des automatismes de conformisme, ou des comportements d'abandon, d'abstentionnisme[18].

A cela s'ajoute que le mensonge électoral, pourvu qu'il intervienne peu avant un scrutin, est sans remède, alors que la concurrence déloyale, pour de simples affaires d'argent, est frappée de sanctions immédiates[19].

D'où la tendance technocratique. Or «la technocratie n'est pas

[17] JÜRG HABERMAAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied 1962, 7e éd. 1975. Selon BÄUMLIN (thèse, p. 19) l'opinion publique est sporadique et s'exprime en slogans dont le contenu se révèle ambigu. Cf. aussi BÄUMLIN, Demokratie, p. 17. Au sujet des sondages d'opinion manipulatoires, cf. LABORIT, L'homme et la ville, pp. 81, 144, 145.

[18] LABORIT, L'homme et la ville, pp. 176 ss. CHAMBART DE LAUWE, pp. 127, 128, 204, 319, 323.

[19] Cf. ATF 103 IV 157 = JdT 1979 IV 5.

plus justifiée dans son principe que ne le seraient des conducteurs de train à prescrire leur destination aux voyageurs»[20].

Ainsi chancellerait l'un des piliers majeurs de l'Etat régi par le droit: la formation libre et éclairée de l'opinion publique. Et ne resterait devant des problèmes de société de plus en plus complexe que le *consensus* passif de gens manipulés.

B. Les situations d'exception

Lorsque le territoire est menacé par un ennemi qui, à la place des garanties qu'assure l'Etat régi par le droit, instaurerait à court ou long terme une tyrannie, il est admis que l'autorité politique gouverne par décrets, hors de l'ordre constitutionnel. Il y a donc plus d'Etat, et moins de droit.

La tentation est grande, pour le pouvoir, de crier au feu lorsque flambe une allumette. Plusieurs pays ont ainsi institutionnalisé la juridiction d'exception en cas d'atteinte à la sûreté de l'Etat, voire une législation spéciale en vue de circonstances exceptionnelles. La Suisse y a sagement renoncé, car ce genre de règles pré-fabriquées peut fort bien servir à rétablir le délit d'opinion, ou même ouvrir la porte à la dictature[21]. La République de Weimar en a fait l'expérience, en offrant à Hitler un jeu de règles légales dont il a su jouer, et se jouer.

Il vaut beaucoup mieux que, devant le vrai péril, comme en 1939, le Parlement délivre au Gouvernement de pleins pouvoirs dont il contrôle encore l'exercice dans une certaine mesure. Ces pouvoirs seront mieux adaptés au danger réel.

Néanmoins, nul Etat n'est à l'abri de ratés de la légalité, même la plus vieille démocratie du monde[22]. Le vertige est particulièrement menaçant devant des actes qui bouleversent l'opinion publique[23].

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que les statuts spéciaux des étrangers constituent également des règles exceptionnelles diffi-

[20] LACHARRIÈRE, p. 53. Et la technocratie ou la «démocratie dirigée» conduit parfois à ne pas respecter la volonté populaire (par exemple en exploitant au maximum la législation existante contre le résultat d'un référendum), ce qui accentue la tendance à l'abstention usuelle.

[21] BURDEAU, pp. 48 ss, 54, 136 ss, notamment à propos de l'art. 16 de la Constitution française actuelle.

[22] Cf. MANFRED KUHN, Notstand des Rechtsstaates (Anmerkungen zu Luftpiraterie und Erpressung mit Geiseln), RSJ 66, 1970, pp. 297–299.

[23] Cf. chapitre 13 ci-dessous.

cilement conciliables avec les idéaux proclamés de l'Etat régi par le droit.

C. Le droit de résistance et la raison d'Etat

«La révolte est criminelle, lorsqu'elle est fille de la démesure; elle est légitime et sainte lorsqu'elle représente le sursaut spontané d'une conscience humaine qui s'assure dans sa foi au droit.» Tel est le message de SOPHOCLE dans son Antigone[24].

Dans Philoctète[25], il montre le héros, blessé et abandonné sur son rocher, refuser d'obéir aux ordres transmis par Néoptolème, fils d'Achille, et d'ainsi violer la parole donnée en restituant l'arc magique. Malgré les imprécations du subtil Ulysse, sa conscience l'emporte sur la raison d'Etat.

Pour ARISTOTE, la loi tire sa force obligatoire de la raison humaine dont elle est l'expression, et non pas de la volonté du souverain[26]. Et ST THOMAS professe qu'on n'a plus seulement la permission, mais l'ordre de désobéir aux lois qui violent les ordres de Dieu, à cette réserve près que sous prétexte de justice il ne faut point provoquer un désordre plus grand encore[27]. Telle

[24] SOPHOCLE, Tragédies I, Ed. les Belles-Lettres, Introduction de PAUL MAZON, p.XIII. Il vaut la peine de transcrire inlassablement un passage ultra-connu (p.91):
Créon: «Ainsi tu as osé passer outre à ma loi?»
Antigone: «Oui, car ce n'est pas Zeus qui l'avait proclamée. Ce n'est pas la Justice, assise aux côtés des dieux infernaux, qui a jamais fixé pareilles lois aux hommes, et je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois non écrites, inébranlables, des dieux! Elles ne datent, celles là, ni d'aujourd'hui ni d'hier, et nul ne sait le jour où elles ont paru...»
Et Antigone de lancer à la face de Créon (p.95): «Je suis de ceux qui aiment, non de ceux qui haïssent.»
JEAN DARBELLAY, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977, pp.299–320, donne une nouvelle définition, moins chargée de souvenirs ambigus, du «droit naturel».

[25] SOPHOCLE, op.cit., p.397. Néoptolème plaide: «Impossible. Il me faut obéir aux pouvoirs établis. Justice et intérêt ensemble le demandent.»

[26] ARISTOTE, Politique, livre III, passim. CICÉRON le suit, comme à l'accoutumée, lorsqu'il plaide avec succès devant le Sénat romain, pour un débiteur qui, à la rigueur du droit, devrait être vendu en qualité d'esclave, avec femme et enfants.

[27] ST.THOMAS, Somme théologique, Ia, II al, p.96, art.4. Pour un tableau plus complet des théories de la désobéissance civile, LAQUEUR, pp.31ss; RAWLS, pp.363ss.

semble être également une doctrine réformée faisant autorité au XVI^e siècle[28].

Il y a cent ans, HENRY DAVID THOREAU[29], inspirateur de GHANDI et MARTIN LUTHER KING, refusait de payer l'impôt pour protester contre l'abominable traite des Noirs. «Sous un gouvernement qui emprisonne quiconque injustement, la véritable place d'un homme juste est aussi en prison.»[30] Il faut transgresser les lois injustes sans attendre leur amendement[31]. Il est disciple d'EMERSON: «Celui qui veut être un homme doit être un non-conformiste.»

Mais ce souffle – après SOPHOCLE – ne laissera de faire sourire le juriste de bonne souche. Il vaut donc mieux donner la parole derechef au professeur BURDEAU, pour lequel la loi injuste n'a pas force obligatoire car, en l'édictant, les gouvernements outrepassent leur compétence et n'ont plus aucun titre juridique à faire prévaloir leur volonté: il peut y avoir divorce entre un système vieilli et des circonstances nouvelles, ce qui entraîne l'incompatibilité de la loi injuste avec la règle morale et justifie le refus d'obéissance[32].

Plus sérieux encore l'art. 20 al. 4 de la loi fondamentale allemande, autorisant tout citoyen à se soulever contre celui qui entreprend d'écarter l'ordre démocratique et social de la République fédérale, ceci à défaut d'autre remède[33].

La doctrine suisse est peu loquace en la matière, forte du consensus traditionnel. Pourtant l'objection de conscience, l'affaire jurassienne et celle de Kaiseraugst ont commencé à troubler quelques certitudes[34], d'où le sujet du présent rapport.

[28] CLÉMY VAUTIER, Les théories relatives à la souveraineté et à la résistance chez l'auteur des *Vindiciae contra tyrannos* (1579), thèse Lausanne 1947.

[29–31] HENRI-DAVID THOREAU, 1817–1862, citoyen du Massachusetts, correspondant du naturaliste vaudois LOUIS AGASSIZ, auteur notamment de «La désobéissance civile», éditée en français par J.J. PAUVERT, Hollande 1968, pp. 72 et 79.

[32] BURDEAU, p. 82–90.

[33] Art. 20 al. 4 Grundgesetz: «Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.»

L'art. 18 GG suspend les droits fondamentaux de ceux qui les utilisent abusivement «zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung».

[34] AUBERT, Exposé, nos 88–92, 256–262, 301. EICHENBERGER, no 10, p. 433. GILLIARD, pp. 15, 121. BOUKOVSKI (note 1 ci-dessus) écrit: «Pour nous qui

Chapitre 3. Critique de la théorie classique

J.-F. AUBERT[35] exprime élégamment ces doutes sur la conception formelle de l'Etat régi par le droit: «Ce qui plaît aux conservateurs, c'est l'ordre. Le *Rechtsstaat,* conçu comme un ensemble de lois dont la révision n'est pas facile, garantit la stabilité du régime politique et des situations acquises.» Le droit est fait pour l'homme, non pas l'homme pour le droit, qui n'est qu'un instrument visant les moyens supérieurs d'atteindre «le plus grand bonheur du plus grand nombre d'hommes». Et le professeur neuchâtelois, sans se prononcer sur le problème spécifique des centrales atomiques, s'interroge: «Mais que faut-il penser de ceux qui disent oui aux centrales, quoiqu'elles soient pernicieuses, oui aux centrales parce que les centrales sont dans la loi, et tant que la loi n'aura pas été changée?»

J.P. MÜLLER rappelle que la conception classique libérale entraîne l'interprétation conservatrice donnée jusqu'au *New Deal* par la Cour Suprême des Etats-Unis qui déduit du XIV[e] amendement la prohibition de restreindre la liberté contractuelle, même au profit des législations sociales limitant la semaine de travail ou imposant des salaires minimaux. La doctrine du «laisser-faire», ainsi promulguée au rang de principe supérieur, élargissant la garantie de la propriété (donc du *statu quo*), finit par menacer les libertés individuelles, considérées seulement dans leurs fonctions secondaires de limitations de l'Etat[36].

La critique la plus sophistiquée de la conception formelle a probablement été apportée par l'Ecole de Francfort[37]. Pour HORKHEIMER[38], l'idéal du *Rechtsstaat* fut autrefois progressiste, mais ne sert maintenant qu'à perpétuer le *statu quo.* Selon FROMM[39], la tolérance ne serait plus que le masque du laisser-faire moral, et n'aurait jamais été étendue à ce qui menaçait sérieusement l'ordre établi, s'appliquant à la pensée et aux discours plutôt qu'aux actes. Quant à MARCUSE[40], il n'hésite pas à affirmer que le libéralisme et sa base économique sont morts. Très impressionné par les victoires du fascisme et du national-

sommes nés et avons grandi dans l'atmosphère de terrreur, nous ne connaissons qu'un moyen: la position du citoyen. Etre seul c'est l'énorme responsabilité. Acculé au mur, l'homme réalise: c'est moi, le peuple, c'est moi, la nation, c'est moi, le parti; c'est moi, la classe; et il n'y a rien d'autre... il préfère la mort physique à la mort spirituelle.»

[35] AUBERT, Exposé, nos 302–304.

[36] J.P. MÜLLER, pp. 125, 126.

[37–41] Lire JAY, pp. 79, 121, 147–150, 172.

socialisme, il écrit: «Le passage de l'Etat libéral à l'Etat autoritaire total s'effectue dans le cadre même du système social ... c'est le libéralisme lui-même qui engendre l'Etat autoritaire total, lequel apparaît comme du libéralisme à un stade de développement plus avancé... A mesure que le capitalisme évolue en un sens monopoliste, les institutions politiques et juridiques libérales sont remplacées de plus en plus par des institutions totalitaires ... la propriété privée des moyens de production est maintenue, mais les règles de droit ayant une validité générale et les contrats disparaissent, et sont remplacées par des mesures individuelles du souverain.»[41] Il n'y a plus de règles de droit ayant une validité générale lorsque la libre concurrence est abolie par des monopoles plus puissants que l'Etat lui-même, voire plus puissants que des groupes d'Etat.

Le marxiste POULANTZAS est encore plus sévère lorsqu'il professe que l'Etat dit de droit détient le monopole de la violence, qui reste sous-jacente, même quand elle n'est pas exercée, la loi n'étant rien d'autre que le code de la violence publique organisée à l'aide des appareils répressifs (armée, police, justice, etc. ...) qui s'expriment ouvertement chaque fois qu'il le faut[42]. Paradoxalement il est rejoint sur un point important par le nouveau philosophe GLUCKSMANN, qui reprend l'aphorisme de HEGEL: «Et le premier principe de tout Etat est qu'il n'y a aucune raison, aucune conscience, aucune honnêteté ou comme on voudra dire, qui soit supérieure à ce que l'Etat reconnaît pour le droit.»[43]

JACQUES ATTALI, dans sa critique de l'Etat keynésien, n'est pas très éloigné du même diagnostic: L'Etat moderne «a pour fonction essentielle d'assurer la régulation des divers sous-systèmes en harmonisant les valeurs et en canalisant la répression. Une telle structure le condamne à la myopie, c'est-à-dire aux déci-

[42] POULANTZAS, pp. 83–99. L'auteur aurait cité l'affaire du 9 novembre 1932 à Genève (cf. Genève, le 9 novembre 1932, Mémoire de licence en sciences politiques, présenté par JEAN-E. RODONDI et ALEX SPIELMANN, Lausanne, mars 1971) s'il connaissait l'histoire suisse. Il dépasse les mécanismes de la crainte (KAFKA) ou du «consentement-intériorisation de la discipline» (M. FOUCAULT). Il dénonce «un véritable complot des nantis, la loi moderne étant un secret d'Etat», que nul n'est censé ne pas ignorer, en mains d'un corps de juristes spécialisés; une levée de barrières traditionnelles entre le normal et l'anormal» (les «éléments asociaux»); un «déplacement du contrôle de l'acte criminel à la situation criminogène, du cas pathologique qu'on enferme à la situation pathogène qu'on surveille», tout citoyen devenant suspect *a priori* (pp. 99, 207, 208).

[43] A. GLUCKSMANN, Les Maîtres penseurs, p. 82. C'est aussi, mutatis mutandis, l'expression du théologien zuricois EMIL BRUNNER: «Das Urwesen des Staates ist nicht Gerechtigkeit, sondern Macht.»

sions à court terme»[44]. L'Etat moderne transfère vers la collectivité les problèmes sociaux et économiques issus de la croissance du système dominant, par des prêts, des subventions, la couverture des risques de recherche, un système fiscal préférentiel. «Peu à peu, l'Etat keynésien renforce ainsi le pouvoir des seules organisations capables de concurrencer son pouvoir et perd le moyen de s'opposer réellement aux grands déséquilibres nés de l'évolution en cours de la division internationale du travail.»[45]

Ces différents critiques mettent l'accent sur les ratés du système classique. Lorsque MARCUSE prétend que la seule alternative du libéralisme classique est soit le totalitarisme autoritaire de la droite, soit le collectivisme libérateur de la gauche, il ne prend pas encore conscience (il le fera plus tard) du fait que le collectivisme peut être aussi autoritaire et répressif que le fascisme. Ainsi que l'écrit son exégète: «Ne voir dans l'irrationalisme de l'idéologie fasciste qu'une affirmation du *statu quo,* c'était négliger les éléments du *statu quo* – les garanties légales formelles, les libertés publiques, etc. – que mettait en cause cet abandon de la rationalité. Le fascisme et le libéralisme avaient beau se situer ‹dans le cadre du système social›, il fut bientôt démontré que ce cadre était suffisamment vaste pour contenir des systèmes politiques et juridiques très différents. »[46]

Chapitre 4. L'Etat régi par le droit au sens matériel

L'aspect normatif des démocraties «populaires», des totalitarismes de toute idéologie, enfin des technostructures libérales, éveille la conscience que la soumission de l'Etat au droit a un contenu matériel et non seulement formel[47]. Le concept normatif de la démocratie rejette les problèmes de sa réalisation pour ne s'attacher qu'à l'organisation juridique de l'Etat, ce qui entraîne la confusion verbale[48]. L'Etat super-marché se lie aux forces de la nature et exclut la valeur humaine.

Or le respect des droits formels, quand bien même il reste la condition *sine qua non* de l'Etat régi par le droit, ne suffit plus

[44] ATTALI, p.216.

[45] ATTALI, pp.45, 46. C'est aussi la théorie de J.K.GALBRAITH.

[46] JAY, p.150.

[47] BÄUMLIN, thèse, pp.49–53. Pour CLAUDE BONNARD (RDS 94 II, 1975, pp.459ss), la puissance publique est soumise aux limites d'une législation qui respecte elle-même les principes de l'Etat libéral.

[48] BÄUMLIN, thèse, pp.15–17. BÄUMLIN, in: Reformatio 1977, H.5 pp.280ss.

pour le justifier dans l'esprit des citoyens, pour recueillir leur *consensus*. On recherche également le contenu juste. En héritage du temps de la guerre, le citoyen exige les moyens matériels de profiter des libertés garanties par l'Etat. Celui-ci doit donc intervenir dans ce libre développement social, où des abus tels que les monopoles, l'usure, la spéculation, la fraude fiscale, le lockout, certaines grèves et certains boycotts, peuvent détruire la liberté, et doit aussi assurer l'égalité des chances (formation) et la couverture des grands risques (âge, maladie, accident)[49]. Les droits sociaux représentent un devoir fondamental envers le prochain. Aussi longtemps qu'ils ne sont pas garantis, la liberté individuelle reste le privilège d'un petit nombre. La responsabilité individuelle est un leurre tant que les conditions minimales d'une existence digne ne sont pas réalisées[50].

Cet impératif de notre temps[51] conduit nécessairement à une institutionnalisation des libertés, réclamée par de nombreux publicistes[52]. Non seulement le sentiment de la justice l'impose[53], mais encore le simple réalisme[54]. Sans lien avec la réalité sociale, l'Etat tombe dans le fanatisme justicier; sans relation de valeur, c'est le règne de la force[55]. Dès lors l'abstention de l'Etat (les cages de JHERING) ne suffit plus; son intervention est nécessaire

[49] TH. FLEINER, pp. 39, 40. BÄUMLIN, Demokratie, pp. 105, 107. Voir aussi l'arbitrage de J. F. AUBERT entre les thèses de KÄGI et celles de BÄUMLIN (qui peut-être ne sont séparés que par une génération) in: Reformatio 1977, H. 5, pp. 289ss.

[50] SALADIN, pp. 444, 453–461. Voir aussi sa Préface, pp. XVIII–XXII.

[51] «Es ist ein Hauptproblem unserer Zeit, eine materiell verstandene Privatautonomie neu und wirksam zu schützen» (HANS MERZ, cité par SALADIN, op. cit., p. 273).

[52] SALADIN, passim. CH. A. MORAND, p. 34. C'est vraisemblablement aussi l'idée de J.-F. AUBERT, lorsqu'il place à deux niveaux différents d'une part la légalité, l'égalité, les libertés individuelles, principes directeurs du «Rechtsstaat», et d'autre part la liberté économique et la garantie de la propriété, qui «définissent un certain type de société, fondé sur l'esprit d'entreprise et sur l'égoïsme, qui correspond assez bien à la nature de l'homme occidental» (Traité, no 302).

[53] RAWLS, p. 226.

[54] «Il faut un très grand appareil de gouvernement pour maintenir l'ordre, lorsque le système politique ne tend point clairement à la prospérité sociale parce qu'alors, on est obligé de considérer la masse comme ennemie de l'ordre établi. Mais lorsque chacun aperçoit clairement le but d'amélioration vers lequel on marche et les pas successifs qui en rapprochent, la masse de la population exerce une force passive qui suffit presque seule pour contenir une minorité antisociale» (SAINT-SIMON, L'organisateur, Dixième lettre, p. 203).

[55] BÄUMLIN, thèse, p. 59. Contra: MAUS (pp. 13, 66, 67) pour qui la renaissance du droit naturel orienté vers les «valeurs» montre une tendance à une «déformalisation» du droit, qui entraîne la dissolution des positions constitutionnelles démocratiques et sociales et libère les intérêts économiques dominants.

pour assurer les libertés personnelles et leurs conditions de respect.

Jusqu'il y a peu d'années, le Tribunal fédéral semblait ratifier la théorie classique du *status negativus,* en raison de lacunes dans notre législation[56]. Il semble se dessiner une triple tendance: au droit à des prestations positives de l'Etat, à l'institutionnalisation des libertés personnelles, à la préséance de celles-ci sur les droits économiques[57].

Cette tendance se révèle également dans la Constitution du canton du Jura et dans le projet de révision totale de la Constitution fédérale, si décrié dans les milieux conservateurs. Elle est traduite clairement à l'art. 2 de la *Grundgesetz* de la RFA, et à l'art. 3 de la Constitution italienne[58].

L'opposition farouche à l'inscription des droits sociaux dans la Constitution s'explique en ce sens que ceux-ci ne sauraient être régis de manière élitaire. L'institution des droits sociaux ne se conçoit guère sans une participation active des citoyens non seulement dans les consultations populaires, mais encore dans les corps intermédiaires, dans l'entreprise, dans l'Université, voire à l'armée, ce qui heurte violemment les idées reçues de hiérarchie sociale, de *Machtordnung*[59]. Or en réalité il n'existe aucun conflit entre les libertés et les droits sociaux. Ils se complètent. Les premières, qui ont la préséance, postulent des règles constitutionnelles d'application directe; les seconds, qui permettent l'exercice des premières, sont inscrits dans des programmes couvrant un processus dynamique[60]. Au demeurant, l'évolution de l'ordre juridique suisse est déjà influencée par trois règles qui ont l'effet de normes-programmes: l'art. 4 Cst (égalité devant la loi), l'art. 2 CC (protection de la bonne foi, rejet de l'abus de droit), et l'art. 27 CC (protection de la personnalité), qui déploient chacun des effets horizontaux[61].

[56] SALADIN, Fairness, p. 41.

[57] SALADIN, préface à la 2e éd., pp. XI, XIV–XVIII; ATF 96 I 521; 97 I 896, 901; 98 Ia 365, Ib 305; 102 Ia 553. Sur la question des droits sociaux en Suisse, cf. le rapport d'ETIENNE GRISEL, RDS 92 II, 1973, pp. 1–153, et celui de J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung? (ibid., pp. 697–964).

[58] Art. 2, al. 1er GG: «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung des Sittengesetzes verstößt.»

[59] ATTALI, not. p. 33; BÄUMLIN, Demokratie, p. 36.

[60] BÄUMLIN, thèse, pp. 29, 30, 70, 76, 77.

[61] SALADIN, Fairness, p. 83; A. GRISEL, Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Bâle 1972, pp. 147, 154; ATF 94 I 521, 95 I 108.

Bref, la seule garantie de la liberté personnelle, physique ou des idées, ne suffit point. Elle est formelle, dont indispensable. Mais elle ne satisfait pas la justice, qui stipule les conditions matérielles des libertés, sous la forme de l'égalité des chances et de la sécurité. L'Etat régi par le droit doit être à la fois libre et social, c'est-à-dire ni gendarme, ni nounou. RAWLS va jusqu'à poser, pas tellement pour des motifs d'ordre moral que par déduction logique, une présomption d'égalité économique, qui ne peut être renversée que par la preuve qu'une distribution inégale des biens est dans l'avantage de tous[62]. Il est intéressant de rapprocher ce «*in dubio pro aequitate*» du «*in dubio pro libertate*» qui sera repris plus loin.

Chapitre 5. L'équilibre des pouvoirs

Si le contenu matériel paraît s'imposer, en revanche il faut se garder de la confusion des ordres politique et économique. Quand le premier domine, les syndicats sont muselés tout autant que les organisations patronales (s'il en reste), et tout le pouvoir est entre les mains d'une oligarchie, généralement bureaucratique. Lorsque le second triomphe, la politique n'est plus qu'un instrument dont jouent les géants de la finance[63]. La nature humaine étant ce qu'elle est[64], il s'impose d'établir ou de maintenir des contre-pouvoirs. Même le Président d'une des Républiques les plus centralisées du monde industriel le proclame:

«Le pluralisme de la société tout entière implique que les divers pouvoirs à l'œuvre dans nos sociétés ne puissent en aucun cas se confondre, et notamment les quatre types essentiels de pouvoir que sont: le pouvoir d'Etat, le pouvoir économique, le pouvoir dans les organisations de masse et le pouvoir de communication de masse. C'est le sens nouveau que revêt aujourd'hui la règle de la séparation des pouvoirs.»[65]

[62] RAWLS, pp. 150, 151. WETTSTEIN (Studia philosophica, pp. 33–47) voudrait ajouter aux principes dégagés par RAWLS (égalité et différence) celui de responsabilité, fondé sur la théorie des pouvoirs et de l'abus de pouvoir. GILLIARD (p. 92 n. 14 et p. 96) reproche à RAWLS, et notamment à sa théorie du *maximin,* de trop mettre l'accent sur la justice distributive. C'est probablement parce que l'éminent professeur lausannois ne distingue pas suffisamment (contrairement à son collègue américain) les droits idéaux des droits économiques.

[63] BÄUMLIN, thèse, pp. 66–72.

[64] NEUMANN, dissident de l'Ecole de Francfort, rejette les conceptions optimiste et pessimiste, et prône la conception agnostique (JAY, pp. 173–174).

[65] GISCARD, pp. 96 ss, 104. Cet ouvrage est un exemple de la distance qui peut séparer la théorie de la pratique.

La centralisation du pouvoir est un poison mortel. Une chose est la concertation au niveau planétaire pour la coordination de la recherche, la répartition des ressources limitées, le contrôle des *nuisances* sautant les frontières. Autre chose est l'unité de l'expression d'opinion qui nivelle les différences et étouffe toute création. Sous cet angle aussi, «... la règle de la majorité ne saurait être le modèle pour des organisations dont les éléments sont fonctionnellement diversifiés, tels les firmes ou les universités. L'autorité est sans doute nécessaire à la réussite d'un projet social, mais elle aura à se fonder soit sur une forme de contrôle et de remise en cause planifiée soit aux marées irrégulières de la désobéissance»[66].

Le fédéralisme est le système qui permet le mieux le gouvernement autonome du peuple, partant la vraie démocratie, quand bien même le principe «un homme, une voix» n'y est pas respecté à la lettre (FLEINER). Il est probablement le seul aussi à permettre la démocratisation des administrations locales (KELSEN), car jusqu'ici le «centralisme démocratique» des communes populaires accorde tout le pouvoir de décision au sommet, même s'il s'efforce d'informer patiemment la base. Le fédéralisme jugule la loi de PARKINSON. Il maintient le niveau de décision à la taille humaine. Il rapproche le peuple de ses autorités, en véritable symbiose et dans un échange constant, ce qui assure un double courant d'information. Il garantit un contrôle démocratique serré. Il permet des expériences parallèles, comparables et mesurables. Il évite le viol des cultures[67].

Puis le fédéralisme implique la protection des minorités. Il est nécessairement personnaliste. Il protège contre les coups d'Etat: la prise du pouvoir dans une grande ville n'achève rien dans une structure fédéraliste[68], pas plus que le rapt d'un conseiller fédéral dans une direction collégiale et semi-souveraine.

A un autre niveau l'autonomie communale fournit à l'Etat régi par le droit un *consensus* beaucoup plus large que la démocratie nationaliste massive. La démocratie locale influence la politique de l'Etat central. Ce sont finalement les mêmes responsables à l'un et à l'autre échelon, dépendant moins de la machine d'un

[66] J.K. ARROW, The limits of the organization, 1974, cité en exergue par ATTALI, op.cit., p.211.

[67] Domaine Public, 1978, n^{os} 454, 455. RENÉ FREY, Zwischen Föderalismus und Zentralismus, Bern/Frankfurt 1977. MACHIAVEL: «Les Etats pluralistes résistent mieux que les unitaires» (Le Prince, in: Œuvres, tome VI, La Haie MDCCXLIII, p.41).

[68] WERNER KÄGI, Vom Sinn des Föderalismus, in: Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch, Berne 1944. AUBERT, Exposé, p.370.

parti centralisé. Le gouvernement et le gouverné se confondent si la commune reste à la taille humaine[69].

Enfin, la famille, l'église, les associations professionnelles, culturelles, sportives, et naturellement les partis politiques protègent l'Etat de la tentation totalitaire, dans la mesure où le respect de l'individu règne aussi dans leur sein, comme le droit civil le garantit[70].

Chapitre 6. Le contrôle constitutionnel

Lorsque le contenu de l'Etat régi par le droit est purement formel, la règle de l'art. 113 al. 3 Cst, qui interdit au Tribunal fédéral de contrôler la constitutionnalité des lois et arrêtés fédéraux de portée générale, ne présente pas un inconvénient majeur. Les représentants du peuple et des cantons, ou ceux-ci directement en cas de référendum, donnent le contenu matériel de la législation fédérale[71]. Et en l'absence de l'initiative législative, il serait bien difficile de faire le départ entre les règles vraiment constitutionnelles et les règles législatives de la Constitution fédérale, qui n'a rien d'une *Grundgesetz.*

Certes le TF a fait quelques pas timides vers une sorte de contrôle marginal. Le juge, dit-il, doit respecter la Constitution lorsqu'il interprète et applique une loi; face à des concepts juridiques incertains, vagues ou mal déterminés par la loi, il doit choisir le plus conforme aux principes constitutionnels[72]. En revanche,

[69] BÄUMLIN, thèse, pp. 153–157. Certes la démocratie locale présente aussi ses faiblesses: copinage, crainte des voisins, esprit de clocher. Néanmoins, le pouvoir cantonal corrige largement ce défaut qui, dans la balance, pèse beaucoup moins que l'impuissance des communes françaises, par exemple. Sur la «démocratie participative», cf. EICHENBERGER (Festschrift Kägi, p. 88 n. 19).

[70] BÄUMLIN, thèse, pp. 121–126. Toutes ces institutions peuvent contribuer à donner à l'individu le respect de soi-même, le sentiment d'avoir une vie cohérente, qui constitue une valeur essentielle selon J. RAWLS (op. cit., p. 440).

[71] Les Chambres doivent s'assurer qu'une loi est conforme à la Constitution et qu'elle ne heurte pas les libertés fondamentales. Le législateur s'inspire de la jurisprudence du TF contrôlant la constitutionnalité des lois cantonales, à mesure que celles-ci sont remplacées par une loi fédérale (BRIDEL, p. 113). ZELLWEGER (pp. 164–166) investit le peuple de toute confiance quand il s'agit d'empêcher les atteintes excessives aux droits individuels.

[72] ATF 100 Ib 383; 103 Ia 417; 104 IV II, arrêt Baillod c. Luisier relatif à la liberté de la presse (art. 55 Cst) et aux délits contre l'honneur (art. 27, 173, 174, 177 CP). Il s'agit d'un cas-limite. La critique de J. P. MÜLLER (thèse, pp. 178–180) est ainsi accueillie.
Cf. aussi BVerfG 1972, vol. 33, N. 24, p. 367, où la Haute Cour allemande admet, dans des cas exceptionnels et sous de strictes conditions, qu'une limita-

le Haute Cour persiste, contre une partie importante de la doctrine, à ne pas s'immiscer dans le contrôle des dispositions constitutionnelles cantonales, réservé à l'Assemblée fédérale[73].

Si l'on admet le contenu matériel de l'Etat régi par le droit, le seul contrôle législatif et populaire ne suffit plus. L'administration qui se sait contrôlée travaille plus efficacement, si l'on en croit les exemples des USA et de la RFA, où les Cours constitutionnelles jouissent de larges pouvoirs, et l'exemple contraire de la France, où l'administration jouit d'une large autonomie devant les compétences devenues limitées du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel.

Il faut cependant reconnaître que la structure fédéraliste, par opposition au système centralisé, joue un certain rôle dans ces différences[74]. Mais alors comment ne pas constater que la prolifération de la législation fédérale depuis un siècle réduit la cognition du TF, qui ne contrôle plus un certain nombre de règles essentielles échappant aux législations cantonales. Un contrepoids devient nécessaire, car le référendum facultatif est peu utilisé comparativement à la profusion de la production parlementaire et l'alibi de la démocratie directe n'est plus une justification suffisante du système.

De surcroît, l'adhésion de la Suisse à des conventions internationales introduit des conséquences paradoxales: une loi fédérale discriminatoire, par hypothèse xénophobe (pour choisir un exemple dont le bon sens des Chambres et du peuple suisses démontrent jusqu'à présent l'absurdité ...) ne pourrait être soumise au contrôle, ni abstrait, ni concret du TF à Lausanne, mais bien à l'examen de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. La CEDH[75] «impose à la Suisse de garantir à ses

tion de l'obligation de témoigner peut se dégager par l'interprétation immédiate de la Constitution (ceci en l'absence d'une loi spéciale, comme il en existe en matière de presse).
Tout récemment, le TF a affiné la notion d'interprétation constitutionnelle: ATF 105 Ib 60, 61 cons. 5a, et 53 cons. 3a.
Voir aussi O. KAUFMANN, Etoilauto SA c. Confédération, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, pp. 139–144 et ATF 95 I 332, 99 Ia 636, 99 Ib 189.
WILDHABER, p. 342 n. 61, estime que la jurisprudence restrictive du TF doit changer, en vertu de l'art. 13 CEDH.

[73] ATF 104 Ia 215, arrêt Vecchi et Charpilloz contre Berne, séquelle de l'affaire jurassienne.
Cf. A. GRISEL (Juridiction), pp. 210–212.

[74] «... la cause du fédéralisme et celle des libertés individuelles sont intimément liées en Suisse» (BRIDEL, p. 114).

[75] La Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950, a été ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 avec deux réserves et deux déclara-

propres ressortissants, de même qu'à des tiers, la jouissance des droits protégés par ladite Convention (...). Or, d'après la jurisprudence, ces droits ont, de par leur nature, le caractère de droits constitutionnels (ATF 101 Ia 69, cons. 6)»[76]. Pour WILDHABER, le TF serait d'ores et déjà tenu de contrôler dans des cas concrets d'application la conformité à la Convention d'une loi fédérale, au moins lorsque la Cour européenne l'a déclarée contraire à la Convention dans telle ou telle de ses dispositions; et tout autant de règles cantonales, réputées nulles en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, dont ladite Convention fait partie intégrante[77].

Pour l'instant, la Cour européenne des droits de l'homme s'impose une réserve certaine à l'égard des Etats signataires, de leur «pouvoir» ou «marge d'appréciation», ou «pouvoir discrétionnaire». Elle ne s'y substitue pas, la Convention ayant un caractère subsidiaire[78]. Cependant d'ores et déjà elle se saisit d'office de toute violation de la Convention (*iura novit curia*), sans exiger un recours motivé[79]. Elle a déjà une fois au moins reconnu un effet horizontal à la Convention[80]. Elle interprète restrictivement les limitations aux droits et libertés garantis, ce qui équivaut au principe *in dubio pro libertate*[81].

Il n'est pas interdit d'imaginer qu'un jour la Cour de Strasbourg sera tentée de s'inspirer de la jurisprudence tirée par la Cour de justice des communautés européennes des articles 164 et 173 du Traité de Rome, qui ne se borne pas à interpréter et à appliquer le droit communautaire, mais surveille en outre la légalité de l'activité des Conseils et de la Commission[82].

tions interprétatives, et sans le protocole additionnel ni le 4e protocole. Cf. WILDHABER, pp. 373–379.

[76] ATF 104 Ia 222; WILDHABER, pp. 328–339. L'arrêt ATF 103 Ia 199 va encore plus loin (probablement trop loin) en disant que la CEDH fait partie intégrante du droit suisse (sans faire aucune distinction). Cf. aussi ATF 105 Ia 130, cons. 3a.

[77] WILDHABER, p. 342 ch. 2–344, 351 litt. A à 352.
Dans ATF 102 Ia 381 cons. 2 le TF déclare expressément que la jurisprudence des organes de la Convention doit être prise en considération pour apprécier l'application de l'art. 5 CEDH, qui concrétise un droit constitutionnel non écrit de la Confédération.

[78] WILDHABER, pp. 290–291.

[79] WILDHABER, p. 289 n. 39. Arrêts Neumeister, du 27.6.78, série A p. 41 G 16; König, du 28.6.78, série A p. 32 G 96.

[80] Syndicat national de la police belge c. Belgique, série A, vol. 19, 1975. WILDHABER, pp. 290, 291.

[81] WILDHABER, p. 305.

[82] «Toute l'activité de la Communauté et de ses institutions est soumise dans le sens le plus large aux principes du droit et de la légalité. C'est une émanation

Enfin, la pauvreté de la juridiction administrative dans de nombreux cantons rend d'autant plus nécessaire le contrôle constitutionnel des décisions touchant aux droits fondamentaux[83]. Le projet de Constitution fédérale (art. 109 al. 3) recherche un compromis en ouvrant la porte au contrôle sinon de la norme, du moins de l'application[84].

Chapitre 7. Conclusion sur l'Etat régi par le droit

L'Etat régi par le droit, dans son aspect purement formel et statique, est de plus en plus mis en question, non seulement par des terroristes sanguinaires, mais encore par des manifestants qui trouvent un écho favorable dans le peuple. Ceux-ci, et leurs sympathisants, ne peuvent se satisfaire du processus démocratique usuel, qui les laisse minoritaires et privés du droit à la différence.

du *Rechtsstaatsprinzip*. Avec la reconnaissance de ce principe est posée la base sur laquelle la protection des droits fondamentaux est construite» (PIERRE PESCATORE, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften, in EuGRZ 1978, pp. 441–445). Un jugement du 17.12.70 (Internationale Handelsgesellschaft) renvoie aux principes communs des Constitutions des Etats membres, qui lient la Cour de Justice aux principes des libertés de la démocratie et de l'Etat régi par le droit (op. cit., p. 442). Voilà une reconnaissance, au niveau supranational, du contenu matériel de l'Etat régi par le droit, et un *aggiornamento* du droit naturel.

Les art. 100 al. 1er et 25 de la Grundgesetz ouvrent un recours au Tribunal constitutionnel de la RFA contre la carence du législatif d'un Land à garantir un droit tiré du droit des gens (cf. GRISEL, Droits sociaux, pp. 108, 143).

[83] Cette carence de la *Rechtsweggarantie* est jugée par SALADIN (Fairness, p. 69) incompatible avec l'Etat régi par le droit et la CEDH. EICHENBERGER (in Festschrift Kägi, p. 83) souligne la contradiction existant dans la société suisse contemporaine entre les exigences sans cesse accrues de l'individu envers la Justice et le refus de la juridiction constitutionnelle.

[84] L'examen des objections à la juridiction constitutionnelle dépasse le cadre de ce rapport. Trois réflexions méritent d'être au moins avancées:

a) en Suisse, la procédure de révision constitutionnelle est facile, relativement à d'autres systèmes,

b) la politisation d'une Cour constitutionnelle est moins à craindre qu'en France, aux USA ou même en RFA, en raison du mode d'élection des juges fédéraux et de la très longue tradition fédéraliste et démocratique,

c) les tentations élitaires d'une Cour constitutionnelle sont rapidement réfrénées par la menace d'une diminution de ses pouvoirs; on l'a vu aux Etats-Unis au temps du New Deal, puis à l'époque du *busing;* récemment, en République fédérale, l'arrêt sur l'avortement a été suivi sans retard de l'arrêt sur la participation dans l'entreprise.

Cf. aussi AUBERT, Traité, nos 420–460.

De surcroît, la répression pose des problèmes presque insolubles: faut-il sacrifier les otages au nom de l'ordre juridique, ou céder à leurs ravisseurs en les finançant pour leur prochain forfait?

L'adage *fiat justitia, pereat mundus* laisse toujours un goût amer[85]. Il représente la survivance d'un monde instinctif de violence et de «dominance», qui correspond à l'aspect programmé de l'animal humain, mais non pas à la faculté de liberté dont la personne humaine est gratifiée[86]. L'Etat dominateur perd le soutien des citoyens, indispensable dans une démocratie. Il est condamné à devenir autoritaire, à ressembler à ceux qu'il combat, à n'être plus régi par le droit. Ou alors, s'il veut conserver l'attachement des citoyens et leur appui, notamment contre les opposants aux valeurs qui le caractérisent, il doit pouvoir fonder ses décisions sur les critères de la justice au sens matériel: autonomie de l'homme, participation, égalité des chances, procédure loyale, solidarité. Ainsi le plus grand nombre se soumet-il librement à la loi. La devise de l'Etat régi par le droit ne saurait être «*law and order*», mais bien «Paix sociale intérieure»[87]. En d'autres termes, l'Etat doit être régi par la justice au sens matériel, ce qui le conduit non seulement à interdire toute violation des droits individuels fondamentaux, mais également à assurer les conditions économiques minimales de la jouissance de ces droits.

En effet, comme le rappelle précieusement PETER SALADIN dans la dernière partie de son ouvrage magistral, l'homme n'est pas seulement individu, mais partie d'une double institution, la famille et la communauté politique. L'Etat doit la protéger positivement car les droits fondamentaux sont orientés sur le «Tu» davantage que sur le «Je». Il doit fournir en outre les conditions de la vie spirituelle, sans bien sûr jamais l'imposer[88].

Ces conceptions optimistes de la société se heurtent-elles au péché originel, à la machine humaine, à l'égoïsme? Pas nécessai-

[85] TH. FLEINER, pp. 37, 38.

[86] Cf. LABORIT, Eloge de la fuite, pp. 72, 133, 165; L'homme et la ville, pp. 40, 72, 81. Voir aussi: ANDRÉ LEROI-GOURHAN, Le geste et la parole (2 vol.), Paris 1969, et CHOMBART DE LAUWE, pp. 123 ss, 300, 313.

[87] TH. FLEINER, p. 50. En page 47, l'auteur écrit: «Diese inhaltliche Gerechtigkeit ist nur dann gegeben, wenn sich staatliche hoheitliche verpflichtende Entscheidungen an die dem Staate gesetzte Schranke der Beachtung der geistigen Freiheit des Menschen halten.» HAEFLIGER (in Festschrift Kägi, p. 379) professe que le principe de l'égalité devant la loi lie non seulement les autorités mais également le législateur. MAUS critique ce même principe dégagé par le BVerfG (p. 13).

[88] SALADIN, pp. 446, 450–452, 461, 462. GILLIARD (p. 123) écrit: «.... le *Sollen* surgit dans la signification de la présence de l'Autrui pour le Moi.»

rement, car une fois levé le voile de l'ignorance, les personnes qui adoptent les règles de justice et de *fairness* s'aperçoivent qu'elles peuvent améliorer leur position dans le cadre de la vie en société, ceci sans détériorer pour autant la position du prochain[89]. C'est une pure question d'objectif. Or si l'on affirme la supériorité de notre ordre juridique et philosophique sur celui d'autres civilisations, plus ou moins violées par l'occidentale, qu'elles soient asiatiques, africaines ou amérindiennes, il faut bien se référer à l'idée de charité active[90].

En vertu du principe de cohérence, notre tissu social ne saurait se passer de la garantie supérieure de la justice au sens matériel, venant compléter les garanties formelles.

Cela étant, l'Etat régi par le droit peut se définir comme celui dont les actes respectent non seulement le principe de légalité, mais encore les valeurs de justice[91]. L'examen de la notion d'ordre public révélera mieux si les deux idées convergent ou s'opposent parfois.

[89] RAWLS, pp. 5, 136. Faut-il traduire *fairness* par *équité*? ou par *participation loyale?* (Studia philosophica, vol. 38, p. 14)

[90] Mais il ne s'agit pas de se payer de mots pour se donner bonne conscience. L'important, ce n'est pas de gloser sur l'amour du prochain, mais de le pratiquer dans la conscience qu'aujourd'hui, dans un monde resserré, la morale ouverte (H. BERGSON, Les deux sources de la morale et de la religion, Genève 1945, pp. 58 ss) impose des actes positifs (LABORIT, Eloge de la fuite, p. 166, 167). Cf. aussi LEWIS MUMFORD, Les transformations de l'homme (1956), Paris 1974, p. 46. Sur la relativité des valeurs de civilisation, lire RUTH BENEDICT, Patterns of culture, Londres 1935. GILLIARD (p. 15) oppose l'expérience juridique ouverte à l'expérience juridique fermée.

[91] NIETLISPACH, pp. 87 ss. Sur la notion politique, et non pas religieuse de la justice: RAWLS, pp. 384, 5. Sur la différence entre droit naturel et droit immanent: MARCEL REGAMEY, La Protection de la Personnalité en Droit civil, thèse Lausanne 1929, p. 14. GILLIARD offre une solution originale, celle de l'expérience juridique, à l'opposition dialectique entre le droit naturel (et son éternel retour!) et le droit positif (p. 61–64).

Cf. aussi TROLLER (RSJ 75, 1979, pp. 373–381); J. P. MÜLLER (Soziale Grundrechte, pp. 744, 808–819): désuète et fausse est la théorie selon laquelle l'organisation étatique se borne à édicter des règles purement défensives contre une puissance préjugée monarchique. Elle vise également à tracer des directions indispensables à l'organisation d'une vie politique libre. Partant, les droits fondamentaux doivent aussi développer des chances égales d'un libre épanouissement de la personnalité pour tous. Plan et liberté ne sont pas antinomiques, à condition toutefois que le plan n'abolisse pas totalement la liberté et n'hypothèque pas les générations futures (pas plus que la libre entreprise débridée, d'ailleurs).

On peut se demander s'il ne conviendrait pas d'introduire la notion de rythme dans l'analyse de la politique constitutionnelle, comme EINSTEIN consacra celle de temps, quatrième dimension, dans la géométrie (cf. CHOMBART DE LAUWE, p. 313).

Deuxième partie

L'ordre public

Chapitre 8. Contours de l'ordre public

> L'ordre pèse toujours à l'individu. Mais le désordre lui fait désirer la police ou la mort.
>
> PAUL VALÉRY

Le problème fondamental de tout Etat est d'équilibrer les libertés de ceux qu'il faut contenir et les libertés de ceux qu'il faut protéger. Une balance de pharmacie est nécessaire. A quel moment un Etat régi par le droit devient-il policier? A quel moment, pour se protéger, cesse-t-il d'être régi par le droit? On a pu croire que l'Etat policier est celui dans lequel la police, de sa propre initiative, sort du cadre légal. L'histoire récente dément cette thèse: «Un Etat policier est un Etat dans lequel la police, sur ordre du gouvernement ou avec son assentiment, se lance dans des opérations illégales. Où s'arrêtera-t-elle? Le souci de sauvegarder l'ordre suggère une première violation de la loi. Ce n'est qu'un premier pas, qui incite bien vite à en franchir un second»[1].

Le problème devient plus épineux lorsque la loi au sens formel, ne correspond plus à la justice, au sens matériel[2]. Ainsi l'admi-

[1] JULIEN, p. 148. Le pas suivant est franchi lorsque le chef de la police est promu ministre de la Justice, comme on a pu le voir dans des républiques latino-américaines ou à l'est de l'Europe.

[2] En 1955, un scandale éclate parce qu'une dame noire refuse de céder sa place à un blanc dans un autobus de Montgomery (Alabama). Le pasteur MARTIN LUTHER KING réunit une équipe d'automobilistes qui transportent 42000 noirs pendant 381 jours, boycottant la compagnie d'autobus. Il est condamné en février 1956, avec 23 autres pasteurs, à 140 jours de prison et 500 dollars d'amende pour violation de la liberté de commerce, celle-ci primant l'égalité des noirs. (Cité par JULIEN, p. 278.) Peu d'années après, M. L. KING est assassiné et la Cour Suprême impose l'accueil des enfants noirs dans les écoles blanches.

Dans notre pays paisible, nourri de liberté et de mesure, on n'emprisonne pas les démonstrateurs pacifiques de Kaiseraugst, quand bien même, pour certains,

nistration française a-t-elle refusé d'exécuter certaines décisions judiciaires d'expulser des grévistes occupant des mines, des sans-logis occupant des appartements ou des intégristes accaparant l'église St-Nicolas du Chardonnet. Ceci par le motif qu'il existe un ordre public supérieur à l'ordre judiciaire, mais seulement si l'exécution risque d'entraîner des troubles plus grands que l'inexécution[3].

Une telle théorie présente cependant le danger d'une part de laisser incertain l'ordre juridique en renonçant à sa sanction, d'autre part de permettre à l'autorité exécutive de choisir ce qu'il convient de poursuivre[4]. On a vu au même printemps 1979 la justice française fermer les yeux sur les révoltés de Longwy et frapper durement les «autonomes» de St-Lazare et de l'Opéra. Les premiers, appuyés par de puissants syndicats, condamnaient toute une politique gouvernementale et patronale, mais ne troublaient que l'ordre de l'aciérie lorraine; les seconds, groupusculaires au relent de «Commune», menaçaient les vitrines parisiennes et devaient servir d'exemple.

Le sujet sera repris en conclusion de ce chapitre.

Chapitre 9. Ordre public et police

En principe, l'ordre public démocratique est un instrument des libertés car il en organise l'exercice, conformément au vieil adage républicain: la liberté de l'un finit où commence celle de l'autre. L'Etat oblige à rouler à droite et interdit de rouler à gauche parce qu'à l'évidence on ne saurait rouler simultanément du même côté dans les deux sens[5]. L'ordre public vise essentiellement la protection des «biens de police» dans leur acception étroite (paix, santé, sécurité, tranquillité, moralité publiques) pour éviter le désordre, l'anarchie, la mise en danger de l'Etat lui-même[6]. Il

la garantie de la propriété est la condition première des libertés. Mais quelle propriété? et quelle liberté..?

[3] BERNARD, pp. 128ss. L'auteur se demande (p. 122) si l'ordre public ne serait pas, *supra legem,* source de droit. Quand l'administration française refuse d'exécuter une décision judiciaire, elle est tenue en principe d'indemniser le bénéficiaire de la décision.

[4] EICHENBERGER, p. 441.

[5] BURDEAU, p. 31.

[6] ZELLWEGER, pp. 148–150, ch. 5. KNAPP, p. 152. ATF 92 I 24; 96 I 207, 357, 389, 701; 99 Ia 510, 516; 99 Ib 58; 100 Ib 395; 101 Ia 175; 103 Ia 315. SALADIN

exprime l'intangibilité de l'ordre juridique objectif et des droits subjectifs et biens juridiques de l'individu; en ce sens il est troublé non seulement quand des représentants de l'autorité sont gênés dans leurs fonctions, mais aussi quand deux groupes ennemis se battent sur la rue ou quand le trafic est gravement perturbé[7].

Pour certains il y a antinomie entre l'ordre public et la liberté individuelle, qui seraient des valeurs opposées[8]. La protection de la vie en société, tâche de la police, serait inconciliable avec la présomption «*in dubio pro libertate*»[9]. En réaction contre la toute-puissance policière dans les pays totalitaires, on aurait tendance, disent-ils, à énerver l'intervention de la police, qui ne défendrait que timidement les biens à protéger[10].

Pour d'autres, au contraire, «la réglementation n'étouffe pas les libertés, elle les définit»[11]. L'Etat étant créé pour le citoyen et non pas le citoyen pour l'Etat, la liberté est présumée face à la contrainte étatique, en cas de doute. Et la police ne doit intervenir que si le trouble à l'ordre public est suffisamment important[12].

Mais les uns et les autres semblent admettre le devoir de l'Etat de protéger les droits de l'individu en tant que tel, le critère étant l'intensité de la menace, même sur un seul, et non pas le nombre des individus menacés. A cet égard, la menace sera réputée plus intense si elle vise une liberté idéale qu'un droit matériel[13]. En corollaire, le droit de l'Etat de limiter les libertés est plus incisif dans le domaine des droits matériels que dans celui des libertés

(p.344) ajoute à la liste des biens de police l'honneur personnel et la sphère intime, et JUNOD (p.70) la bonne foi en affaires. La liste n'est nullement close, il n'y a pas un *numerus clausus* des biens de police. Il s'agit d'une notion souple, évoluant à mesure que se transforment les bases de la société, s'adaptant à la réalité de la vie (BERNARD, pp.222, 227, 246).

BRIDEL (p.109) qualifie de cercle vicieux la définition classique de l'ordre public par le TF (ATF 54 I 102, 56 I 439, 57 I 116).

[7] SCHWARZENBACH, p.151; ATF 53 I 401, 87 I 362, 91 I 327, 93 I 7.

[8] E.GRISEL, Police, p.99.

[9] JOST, pp.58–60: «... schon weil häufig des einen Freiheit des anderen Last bedeutet». GILLIARD (p.77, 78, 101) critique le principe de liberté probablement parce qu'il se réfère plus au problème philosophique du libre arbitre qu'à celui, juridique, de la présomption légale, et qu'il laisse de côté la distinction entre droits personnels et droits patrimoniaux.

[10] JOST, p.65 ch.5.

[11] BURDEAU, p.30–32.

[12] VOIGT, pp.62, 63.

[13] J.P.MÜLLER, thèse, pp.197–199; E.GRISEL, Police, p.99; JUNOD, p.81.

idéales. Celles-ci ne peuvent être restreintes que pour des raisons de police, ceux-là peuvent être limités dans l'intérêt public[14].

Les restrictions aux uns comme aux autres sont soumises à un certain nombre de conditions: légalité, intérêt public, danger immédiat, concentration sur l'auteur du trouble, bonne foi; le principe de proportionnalité représente enfin la limitation des limitations aux droits individuels[15]. La jurisprudence et la doctrine suisses s'inspirent surtout du droit de la République fédérale allemande. Les juristes français ont développé une casuistique plus compliquée, peut-être d'une part en raison des états d'exception quasi permanents de 1914 à mai 1968[16], d'autre part parce qu'ils ne disposent pas des normes de l'art. 4 Cst et de l'art. 2 CC, dont l'effet est horizontal[17].

La difficulté de saisir la notion d'ordre public provient probablement du fait qu'elle se trouve à la limite du droit et de la morale sociale. «Entre la protection de la liberté de chaque citoyen et la garantie de sécurité pour tous, le chemin est parfois bien étroit. La conciliation entre deux exigences aussi fondamentales ne devient possible que par une intervention de la conscience morale. La théorie de l'ordre public serait donc davantage une morale qu'un système, car elle exige moins de l'habileté que de l'honnêteté. Or, la liberté, qui ne doit pas être abusivement

[14] JUNOD, p. 75, à propos de la garantie de la propriété qui n'est plus que celle de l'indemnisation, ATF 98 Ia 63. Au sujet de l'intérêt public et de l'intérêt général, cf. KNAPP, pp. 152 et 157.

[15] Il n'est pas question, dans le cadre limité de ce travail, de développer la question. Que l'on se réfère aux ouvrages cités de SCHWARZENBACH (pp. 150–156), VOIGT (p. 41), KNAPP (pp. 157, 158), JOST (pp. 19–25), et à la jurisprudence citée, ainsi que U. ZIMMERLI et P. MULLER. Egalement F. PICOT, La bonne foi en droit public et K. SAMELI, Treu und Glauben im öffentlichen Recht (RDS 96 II, 1977, pp. 115 et 287). JOST (p. 68) voudrait étendre la règle de police au danger abstrait, même futur, voire aux *nuisances;* cette opinion ne semble guère partagée. En France, pour être légitime, une mesure de police doit être a) nécessaire, b) efficace, c) raisonnable (ou proportionnée) (BURDEAU, p. 43).

[16] Guerre 1914–1918, réarmement allemand, mouvements d'extrême-droite et front populaire, régime de Vichy, guerre du Vietnam, guerre d'Algérie, OAS. Paradoxe dans la patrie de MONTESQUIEU, de ROUSSEAU et d'ALAIN.

[17] Mais on lira avec intérêt l'ouvrage important de PAUL BERNARD cité plus haut, qui est un essai, exceptionnel en langue française, d'exposer exhaustivement la notion d'ordre public.

La terminologie du Tribunal fédéral en matière d'ordre et de sécurité publics n'est pas devenue uniforme d'un jour à l'autre: ATF 86 I 274; 89 I 30; 91 I 104 et 460; 92 I 30; 94 I 600; 95 I 334; 96 I 207, 227, 275, 357, 366, 384, 589; 99 Ia 510, 516; 99 Ib 58; 100 Ia 175, 256; 103 Ia 310. Car il s'agit de notions fluides qu'on identifie surtout lorsqu'elles chancellent, et qu'on appelle au secours lorsque le désordre ligote la liberté.

identifiée à n'importe quelle libération, pose une question fondamentale de civilisation.»[18]

Dès lors, l'Etat qui réduit les libertés non pas en vue de les garantir mieux, mais pour satisfaire un ordre abstrait, n'obtient plus cette obéissance consensuelle qui asseoit le maintien de l'ordre public[19].

Chapitre 10. La clause générale de police

La notion d'ordre public traduit une réaction de défense de la société contre les troubles et les menaces, autrement dit l'instinct de conservation de l'être social. Elle vise la protection du minimum vital de la société, le minimum de communauté sur un certain nombre de principes et d'institutions qui réalisent l'accord quasi unanime. C'est une loi de vie sociale tendant à la conservation du type de civilisation helléno-chrétienne[20]. Il ne s'agit d'ailleurs pas de l'opinion majoritaire, qui varie d'âge en âge, sujette à des fluctuations, mais du principe démocratique assurant les droits de l'individu, même isolé, même marginal, même antipathique[21].

Or la variété des situations possibles ne permet pas au législateur de prévoir tous les cas dans lesquels l'ordre public serait menacé et l'intervention de la police nécessaire. Ce serait d'ailleurs fort dangereux pour la liberté que l'on veut protéger. D'où la nécessité d'une clause générale de police, relevant en principe du droit coutumier, permettant des interventions immédiates, sans base légale, pour la sauvegarde de l'ordre public[22]. Selon JELLINEK, il faudrait fermer un œil sur les exigences du *Rechtsstaat*. Cette réflexion cynique, partagée secrètement par beaucoup, ouvre la porte à toutes les occasions de mutiler la liberté sous prétexte de ne pas mutiler l'ordre. Il n'en reste pas moins

[18] BERNARD, p. 282. ZELLWEGER (pp. 146 et 147 ch. 3) pose le problème à la lumière des expériences de la première moitié du XX^e siècle.

[19] La violation des libertés idéales par l'administration est d'autant plus grave que la loi en a réglementé l'exercice: partant, l'administration ne se conçoit pas en dehors d'elle (BURDEAU, op. cit., pp. 33, 34).

[20] BERNARD, pp. 278–280.

[21] VOIGT, pp. 74, 75, 80, 82.

[22] J. P. MÜLLER, thèse, pp. 192–194. – En revanche, il existe des bases constitutionnelles, nécessairement larges: par exemple l'art. 16 Cst. féd., l'art. 61 Cst. vaudoise («le Conseil d'Etat dispose de la force armée pour le maintien de l'ordre public»).

vrai qu'il n'y a pas de liberté sans ordre, car si l'on ne peut se promener dans les rues sans risquer d'être égorgé, le droit d'aller et venir est circonscrit à ceux qui peuvent entretenir une escorte.

Dès lors, il s'agit d'apporter des cautèles extrêmement fermes à ce pouvoir de l'Etat qui échappe au principe de légalité. La menace doit être grave et imminente[23]. La police représente en cas d'urgence le premier secours de la société ou même d'un seul particulier devant toute atteinte à l'ordre fondamental – et non pas les seuls actes réprimés par le droit pénal – qui ne peut être évitée par une décision judiciaire ou administrative. Cette mesure d'urgence ne saurait intervenir qu'à titre préventif, et jamais à des fins répressives ou expiatrices. Son contenu se limite à l'urgent et à l'indispensable, et respecte la proportionnalité entre les droits fondamentaux du lésé et du lésant. En aucun cas le droit individuel ne doit être subordonné à l'intérêt collectif[24]. Et la vie privée, essentiellement celle du foyer, est retirée du contrôle policier, en tant qu'elle ne rayonne pas sur la vie publique (comme dans une épidémie)[25]. Mais, vu la position marginale de la clause générale de police dans un Etat régi par le droit, le doute profite à la privauté.

Le professeur EICHENBERGER expose subtilement la perplexité du juriste et de l'humaniste devant la clause générale de police. D'une part, écrit-il, on en attend une haute capacité de réaction de la société devant les dangers et toutes les atteintes inattendues à la sécurité publique; c'est la défense à tout prix contre le danger qui l'emporte sur la liberté du citoyen. D'autre part, on en craint un accroissement de l'Etat, un surdimensionnement de l'appréciation des administrants, qui risquent de surestimer les dangers mineurs et de perdre de vue l'esprit de l'Etat régi par le droit.

En revanche, continue le professeur, si l'on vide la clause générale dans la mesure du possible en multipliant les lois spéciales, celles-ci ne sont pas adaptées aux nouveaux dangers. De plus, lorsqu'il s'agit de lois fédérales, elles privent les cantons de leur compétence de police.

[23] Arrêt Kämpfer, ATF 60 I 108 (JdT 1934 I 360); ATF 67 I 74. Arrêt Rassemblement jurassien et Unité jurassienne c/Berne, ATF 103 Ia 310. Cf. aussi ATF 91 I 326, 92 I 30 cons. 5, 97 I 842, 101 Ia 256. Selon une décision genevoise récente, la mise en fourrière du véhicule d'un homme pris de boisson est la seule mesure adéquate et proportionnée; même sans base légale, elle est fondée sur la clause générale de police (Conseil d'Etat, S.J. 1979, 492).

[24] Ce développement est tiré de J.P. MÜLLER, thèse, pp. 200–205, qui fournit une analyse remarquable de ce sujet fuyant qu'est la clause générale de police.

[25] VOIGT, p. 82.

La dernière solution est celle des lois-programmes, qui pourtant tendent à déléguer le pouvoir de décision aux autorités inférieures[26].

L'auteur penche finalement pour la loi spéciale précise et circonscrite. Néanmoins il restera toujours une zone d'urgence, de soins intensifs, que les autorités judiciaires ne pourront contrôler qu'*a posteriori* pour donner des directives aux exécutants. La meilleure garantie est celle d'un encadrement rigoureux de la police par des supérieurs sincèrement attachés au primat de la liberté.

Chapitre 11. Les menaces contre l'ordre public

Essai personnel de classification, en tant qu'hypothèse de travail, sans jugement de priorité.

1. Les biens à protéger

a) L'intégrité du territoire
b) Les institutions libérales-démocratiques, parlementaires et directes, les droits politiques
c) La vie des individus, leur intégrité corporelle, leur faculté d'aller et venir
d) Les valeurs spirituelles, morales et intellectuelles, l'honneur, la dignité
e) Les libertés idéales, de pensée et de différentes expressions
f) Les droits patrimoniaux et économiques, la prospérité.

2. Les menaces contre ces biens

a) Les attaques ennemies contre le territoire, la guerre civile, la guérilla
b) La subversion politique, les manipulations électorales, les manipulations de l'opinion
c) La criminalité sous toutes ses formes et le terrorisme, les infractions routières, les accidents du travail, les maladies contagieuses propagées, la pollution du biotope et des aliments, la démoralisation conduisant au suicide, l'avortement, l'euthanasie, le commerce de drogue, de tabac et d'alcool, la peine de mort, la torture, les peines privatives de liberté

[26] EICHENBERGER, pp. 442–444.

d) Les campagnes calomniatrices, l'obscénité, le fanatisme, l'ordre moral[27], les peines infamantes et les procédés dégradants
e) La dictature politique, économique ou morale, l'inquisition, la chasse aux sorcières, l'internement administratif, hospitalier, militaire ou scolaire, la censure et l'auto-censure
f) La spoliation, la fraude fiscale, les crimes en col blanc, les concentrations économiques, l'orientation égoïste de la consommation, les grèves, lock-outs et mises au chômage.

Cette liste, condamnée à de sévères critiques de toute tendance, n'est pas exhaustive. Elle mélange des actes du pouvoir et les actes contre le pouvoir. Seuls certains points seront développés dans ce rapport. La ligne directrice sera que les attaques contre la dignité humaine, la liberté au sens strict et l'intégrité corporelle, bref le mal fait à autrui, seront séparés de la contestation intellectuelle et du mal fait à soi-même. En d'autres termes, il y a départ entre la subversion maligne et le délit d'opinion.

La contestation, surtout celle des jeunes, a de tout temps été flétrie[28]. Elle peut aussi être considérée comme un devoir civique. Dans un Etat autoritaire, c'est l'évidence même, mais elle est périlleuse, exposant aux pires représailles, jusqu'à la mort. Dans un Etat régi par le droit, elle est plus confortable, mais discutable puisqu'il existe des voies démocratiques pour atteindre les réformes souhaitées. Cependant ces voies sont lentes, ou paralysées par les media. Si le contestataire est toléré, met-il en péril l'Etat qui le tolère? Ou cesse-t-il d'être contestataire en devenant l'opposition institutionnalisée de sa Majesté? Tant qu'il reste sage l'Etat peut le considérer avec indulgence, «il faut que jeunesse se passe», ou «c'est un original». Un luxe que s'offre la démocratie. Lorsqu'il empêche la construction d'une centrale atomique, ou provoque une manifestation irrédentiste, ou refuse de payer sa taxe militaire ou s'insurge contre la démolition de logements modestes, le pouvoir doit-il faire respecter la lettre de la loi ou au contraire s'appliquer à connaître et à respecter les opinions des

[27] L'«ordre moral» à toujours été répressif et hostile aux droits individuels. Que ce soit sous Vichy (1940–1944) ou sous le duc de Broglie (1873), oubliant qu'il était le petit-fils de CONSTANT (cf. DANIEL HALÉVY, La République des ducs, Paris 1973, pp. 33–38).

[28] «Notre jeunesse aime le luxe, elle a de mauvaises manières, elle méprise l'autorité et ne respecte plus l'âge. Aujourd'hui les enfants sont des tyrans. Ils ne se lèvent plus lorsqu'une personne d'un certain âge entre dans la pièce où ils se trouvent, ils contredisent leurs parents...» SOCRATE (d'après PLATON).

citoyens insupportables, devançant en quelque sorte la législation?[29]

Il est clair que dans une démocratie participative, ou encore dans une société rurale où les comportements sociaux sont contrôlés par tous, l'anticonformiste est moins brimé que dans une démocratie «gouvernée», qui ne repose que sur un *consensus* fictif, où le citoyen critique est vite réputé trublion[30]. La situation actuelle en Suisse est ambiguë. Il reste une tradition de rigueur morale et de goût de l'ordre, et surtout une nostalgie de larges couches de la population à l'égard de cet âge d'or dans lequel triomphait encore l'argument d'autorité. En revanche, le pouvoir actuel semble assouplir sa politique lorsque l'indignation populaire dépasse les limites de la légalité sans atteindre celles de la violence[31].

Enfin, cette esquisse d'un catalogue des menaces contre l'ordre public ne saurait négliger l'une des plus sérieuses, car elle fausse complètement le système de la solidarité civique: la fraude fiscale. Permettant aux privilégiés d'accroître encore leurs privilèges, non seulement face aux biens de consommation, mais aussi face à la santé, à la durée de vie, aux chances des enfants, elle confère en outre le pouvoir en une progression géométrique. Et pourtant, le devoir de payer l'impôt a toujours été considéré comme une règle cardinale du comportement vis-à-vis de l'Etat, échappant à l'option du contribuable[32]. Aussi longtemps qu'une lutte honnête et efficace n'est pas engagée contre ce fléau, les moins nantis pourront en tirer argument contre l'injustice, en faveur de l'insoumission civique, de la subversion, car la charge fiscale glissant des épaules de ceux qui disposent d'une solide capacité contributive vient obérer davantage ceux à qui le coût de la vie laisse peu ou pas de disponibilité. Et il est d'autant plus difficile d'obéir aux règles lorsqu'on sait que de nombreux autres, parmi les plus respectés, les tournent[33].

[29] GISCARD, p. 149.

[30] GISCARD, p. 137; BÄUMLIN, Demokratie, p. 119.

[31] Le «Canard enchaîné» n'aurait pas été toléré en Suisse, pas plus que ne l'a été le «Bonjour de Jack Rollan». ANDRÉ BONNARD a été condamné pour des fautes plus intellectuelles que pénales (Encyclopédie illustrée du pays de Vaud, vol. 7, p. 175). Mais «Domaine public» n'est pas inquiété lorsqu'il suggère le boycott des factures d'électricité (no 494, du 29 mars 1979) contre la piscine de Lucens, vouée au stockage de déchets atomiques.

[32] KARL BARTH, Petit Commentaire de l'Epître aux Romains, Trad. Parlier, Genève 1956, pp. 147/48; ad 13: 1–7.

[33] RAWLS, p. 336. Lire ANDRÉ HOFER, La fraude fiscale en Suisse, Genève 1978.

On ne court guère le risque de se tromper en affirmant que l'évasion fiscale – légale ou occulte – constitue l'un des plus importants facteurs de déstabilisation pour l'Etat et la société. C'est ainsi dès qu'une force, dès qu'un pouvoir, dès qu'un groupe se laisse conduire de façon excessive par son intérêt ou sa passion sans égard pour le bien commun; il introduit la violence dans la société, et tôt ou tard la subira à son tour[34].

Chapitre 12. La violence

Les actes de violence sont moins nombreux aujourd'hui qu'au XIX[e] siècle, pourtant si ordonné! Se promener dans Paris, parcourir la campagne était impossible jadis: des bandes armées inquiétaient le voyageur[35]. Le nombre des crimes de sang a diminué en Suisse aussi, proportionnellement à la population, sans augmenter en valeur absolue[36].

En revanche, on en parle beaucoup plus et l'opinion publique s'en alarme puissamment au risque de réagir parfois hystériquement. Est-ce dû à la loi de sensation des *media*? A la sensibilité du citoyen exacerbée d'une part à la suite des génocides nazis, cambodgiens (et l'on en passe), d'autre part en raison des progrès de la médecine tranquillisante et réparatrice? Ou encore à la qualité des victimes: les juges Renaud et Daix en France, le procureur Bubak et le grand patron Schleyer en Allemagne, le chef d'atelier Faggiola et le Président Aldo Moro en Italie? Enfin

Sur l'effet exponentiel de l'évasion fiscale aux USA: FERDINAND LUNDBERG, Les Riches et les Super-Riches, Paris 1969.

Le terme de fraude fiscale est employé ici dans un sens générique, englobant la soustraction d'impôt par négligence comme le faux. Pour les distinctions, cf. JEAN GAUTHIER, Fraude fiscale et droit pénal, in RPS 1979, pp. 264 ss, not. 271. L'évasion fiscale est la soustraction d'impôt légale.

[34] GISCARD, pp. 137 ss.

[35] GISCARD, op. cit. L. LEPRINCE-RINGUET, de l'Académie française, Le grand merdier, Paris 1978, p. 84.

[36] Cf. Statistiques de la Suisse publiées par le Bureau fédéral de statistique.

Les instruments statistiques ne se sont renforcés que récemment. Il est donc difficile de faire des extrapolations de caractère scientifique. Il semble cependant que la diminution des crimes de sang continue à être une tendance suisse.

Cf. aussi: Statistiques pénitentiaires, Vaud 1955 – 1970 – 1976, publiées par l'Office de statistique de l'Etat de Vaud en juin 1978.

La publication de l'Office fédéral de la statistique en 1979, «Les condamnations pénales en Suisse en 1977» note une constance remarquable dans les infractions de diverses catégories, entre 1974 et 1977 (p. 9).

à la révolte légitime des femmes contre les viols, ces actes lâches et meurtrissants, naguère dissimulés, au moins aussi graves que des prises d'otages et des attaques de banques?

Il convient d'être prudent dans un domaine où les méthodes scientifiques balbutient. On peut retenir tout au plus qu'il n'y a pas davantage de violence que du temps de la bande à Bonnot et que l'on s'est déjà indigné autant, lorsque s'effondraient les archiduchesses sous la main des anarchistes.

L'agressivité humaine n'a rien de nouveau. Est-elle inhérente à sa nature ou contingente à son mode de vie? Caïn ne manquait pas d'espace, la concentration urbaine ne favorise pas plus le surin que l'absinthe à quatre sous; à tout le moins l'entassement de trop d'individus, notamment masculins, dans un logement étroit, semble criminogène[37].

L'Etat ne saurait rester indifférent devant ces troubles de l'ordre public sous le prétexte qu'ils ont toujours existé. D'un côté son abstention favoriserait la vengeance privée, dont l'humanité s'efforce de sortir dès l'aube des civilisations (code d'Hammourabi, loi du talion, etc. ...). Le justicier disproportionné est toujours prêt à montrer le bout de l'oreille[38]. D'un autre côté les moyens pharmacologiques de luttes contre l'agressivité existent, parfaitement efficaces. Ils se heurtent toutefois à des objections fondamentales quant au respect de la personne humaine, et ceux qui en ont le plus besoin se gardent bien de les utiliser[39]. Enfin demeurent les moyens classiques de prévention et de répression, qui seront examinés plus loin.

En passant, il vaut pourtant la peine de se demander si la persistance de la violence, dans une société évoluée, est sans relation avec l'indulgence à l'égard de la menace verbale, du chantage plus ou moins policé[40], voire de la muflerie. Pour l'instant, il est indispensable de consacrer quelques pages à un phénomène qui, sans être absolument nouveau, occupe le devant de la scène publique par le fait même qu'il se nourrit de publicité: le terrorisme.

[37] K. Lorenz, L'agression (1963), Paris 1969. Laborit, L'homme et la Ville, p. 165. Girard, pp. 20 ss.

[38] La France a connu en 1977–1978 huit à onze procès de justiciers privés, dont l'un a tué à son propre piège son propre petit garçon. Certains de ces Zorros furent acquittés. Sur la polémique, voir: le Nouvel Observateur du 18.9.1976, pp. 53–54; le Point du 30.7.1978, pp. 54, 55.

[39] Laborit, L'homme et la Ville, pp. 90–93.

[40] Catherine Ballé, La menace, un langage de violence, Paris 1976.

Chapitre 13. Le terrorisme

Le terrorisme typique est celui des révolutionnaires russes d'avant la révolution de 1905, qui visaient la répression absolutiste par les moyens les plus violents, mais acceptaient en retour l'exil en Sibérie, et refusaient de jeter la bombe sur le carrosse du prince quand il était accompagné de ses enfants; ou celui des anarchistes espagnols et français exaspérés par certaines injustices sociales[41]. S'y apparentent aujourd'hui les révolutionnaires sud-américains, les irrédentistes basques, palestiniens, irlandais, sud-moluquois. Mais cette dernière décennie a vu surgir le terrorisme atypique d'intellectuels, issus de la bourgeoisie, de démocraties industrielles poussant le respect des libertés formelles plus loin que nulle part ailleurs dans l'histoire, essentiellement en République fédérale allemande, en Italie, au Japon. Les seconds se réclament souvent des idéologies des premiers[42].

On comprendrait que les seconds justifient leurs actions aveugles – puisqu'elles tuent et estropient des innocents – par référence au pillage du Tiers-Monde par les pays industrialisés: ils seraient les prophètes millénaristes d'une conflagration globale ne distinguant point la famine des uns et les maladies d'abondance des autres, attirant l'attention sur les crimes abominables perpétrés au nom de l'ordre public par certains gouvernements amis des puissances[43]. Pour sa part, FANON a dénoncé sévèrement le néo-colonialisme, mais n'a appelé à la violence que dans les pays colonisés, contre les «complices-exploiteurs», et non pas à la guerilla urbaine atteignant des innocents, eux-mêmes exploités, dans les pays industriels[44].

En revanche, l'idéologie de la dernière génération des terroristes de l'Allemagne fédérale ou des Brigades rouges italiennes paraît confuse et absconse. On y trouve un curieux mélange de thèses marxistes mal digérées, de théories fascistes et de truanderie pure[45].

[41] LAQUEUR, p. 136.

[42] FRANK FANON, Les damnés de la Terre, Maspero 1978; CARLOS MARIGHELA, Pour la libération du Brésil, Pool d'éditeurs, 1970, qui, dans son «Manuel du guerrillero urbain», préconise toute sorte de mesures, y compris les brigandages, rapts, prises d'otages et exécutions, en vertu du principe «La fin justifie les moyens».

[43] FANON, op. cit. (note 42); Réforme, no 1781, du 12 mai 1979, au sujet de l'Amérique centrale.

[44] FANON, op. cit. (note 42), pp. 40, 53–62.

[45] LAQUEUR, p. 190. – JACQUES KAUFMANN, L'Internationale terroriste, Paris 1977.

Les tactiques des terroristes urbains sont diverses. Elles visent toujours à répandre un climat de terreur et d'intimidation pour discréditer le pouvoir, déstabiliser l'Etat et provoquer la répression sauvage de sorte que cet Etat, cessant d'être démocratique et libéral, pratiquant lui-même la violence, ne trouve plus le *consensus* populaire. Elles ne réussissent qu'avec l'appui, ou du moins la sympathie d'une partie de la population[46]. A moyen terme, l'échec est constant, car les terroristes suscitent la haine des citoyens et la répression farouche. L'exemple des Tupamaros qui fournit le prétexte de transformer la démocratie uruguayenne en une dictature très dure est éloquent[47]. Mais en retour la répression entraîne souvent une nouvelle vague d'opérations terroristes et une nouvelle hécatombe d'innocents.

On rencontre chez les terroristes essentiellement des jeunes, de nombreuses femmes, des minorités ethniques cherchant à démontrer leur loyauté, et des gens psychologiquement instables[48]. Ces caractéristiques évoquent le risque de voir un jour une centrale nucléaire tomber aux mains de terroristes. Pourtant l'histoire montre que ceux-ci n'ont pas utilisé des armes redoutables, comme les gaz ou les bactéries, parce qu'elles détruiraient aussi ceux qu'ils prétendent libérer[49].

W. LAQUEUR, abondamment cité dans ce chapitre, affirme qu'il n'y a guère de similitudes ni dans le caractère, ni dans les motifs, ni dans les idées des différents terroristes. Il ajoute que le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau, et qu'il ne faut pas en exagérer l'importance[50]. Il est vrai qu'en RFA les terroristes ont tué 28 personnes en dix ans, c'est-à-dire beaucoup moins que la route et le désespoir. Mais avec l'aide de la télévision, il suffit d'assassiner un homme pour en terroriser un million. A cela s'ajoute le mystère des appuis étrangers, par le financement, l'entraînement, la fourniture de matériel ou simplement l'asile, qui font du terrorisme l'arme de la guerre froide. C'est donc peut-

Dans le *Verfassungsbericht* de 1977, publié en septembre 1978 par le Ministère fédéral de l'Intérieur à Bonn, on constate un accroissement des infractions commises par l'extrême-droite, spécialement le parti néo-nazi allemand-américain (616 cas poursuivis), et une régression des groupes d'extrême gauche, de la «Nouvelle gauche» et de la *Rote Armee-Fraktion.*

Sur la conjonction en Italie des diverses extrêmes et de la maffia, cf. «24 Heures» des 30.9 et 14.12.78.

Il faut ajouter que traditionnellement les groupes terroristes sont infiltrés d'agents provocateurs de la police, qui vont jusqu'à financer des tracts et fomenter des opérations meurtrières (LAQUEUR, pp. 62, 76, 78).

[46–50] LAQUEUR, pp. 115–121, 127–131, 131–133, 247–251, 235 ss.

être dans cette direction qu'il convient de concentrer la défense contre le terrorisme, par des ententes entre gouvernements et la décision courageuse de ne pas céder au chantage d'Etat. Ainsi la menace de boycotter les aéroports de pays protégeant les terroristes serait la meilleure arme contre la piraterie aérienne[51]. On peut rêver aussi que des Etats sacrifient l'automobilisme dominical et les marchés lucratifs pour ne plus acheter le pétrole d'un certain pays. De tels moyens, que l'on se borne à mentionner, mériteraient d'être étudiés attentivement comme alternative à l'engrenage terrorisme-répression-terrorisme accru-dictature.

Enfin, y a-t-il un pignon qui précède les quatre phases de cet engrenage? Suivant l'option politique, on est tenté de le rechercher soit dans la malice de la nature humaine, soit dans celle de la société. Il est clair qu'un MARCUSE choisit le second terme, en relevant que les classes dirigeantes n'abandonnent jamais volontairement leurs positions sans y être contraintes par une forme de révolution. Mais lui-même condamne sans ambiguïté la violence aveugle, qu'il accuse le seul GEORGES SOREL de prôner comme valeur en soi. MARCUSE défend le principe de proportionnalité, de l'adéquation des moyens aux buts, dans le cadre même de la Révolution[52]. De son côté LABORIT semble plutôt rechercher les causes du terrorisme dans la nature humaine, savoir dans l'inadaptation des réflexes reptiliens aux possibilités du néocortex[53].

[51] DE WATTEVILLE, pp. 13, 33, 34.

[52] «Il y a des formes de la violence et de la coercition qui ne peuvent être justifiées par aucune situation révolutionnaire, parce qu'elles sont la négation de la fin pour laquelle la révolution est un moyen. La violence arbitraire, la cruauté et la terreur aveugle font partie de cette catégorie.» (p. 303)

L'auteur précise que l'histoire a toujours réclamé des sacrifices, et que la société non violente est encore l'apanage d'un stade historique qui doit être compris, mais qu'aucun sacrifice n'est justifié s'il n'a pour résultat de promouvoir le progrès de la liberté (p. 310).

Cette pensée subtile peut certes être utilisée par des semi-intellectuels pour justifier leur passion sanguinaire, mais il est incorrect d'attribuer à MARCUSE et à l'Ecole de Francfort, comme le font certains, la responsabilité des exactions terroristes. C'est le même genre de déviation de la pensée qui justifie l'Inquisition par des citations tronquées de l'Evangile.

Cf. aussi COLIN WILSON, Etre assassin, Paris, 1977, p. 244: «Une société qui n'offre aucun débouché aux passions idéalistes de l'homme est une société qui se condamne elle-même à la destruction par la violence.»

[53] «Le savant comprend que certains ne trouvent d'issue à l'injustice que dans la révolution, mais craint que celle-ci ne reproduise les mêmes inégalités de structure au profit du nouveau groupe dirigeant» (LABORIT, L'homme et la ville, p. 145).

Quant au professeur PINTO DE OLIVEIRA, il pourrait résoudre l'opposition dialectique lorsqu'il décrit «la sensation d'absurde ressenti comme imposé; le manque de sens dans l'action et pour la vie, qu'il soit réprimé ou refoulé ... se diluant en malaise, en dégoût de vivre ou explosant en ressentiment, en agressivité ou dans la révolte»[54].

En d'autres termes, les frustrations, non seulement matérielles, mais surtout spirituelles, engendrent la violence.

Pour conclure sur une note sceptique, LAQUEUR estime aussi vain de chercher un lien entre le système politique et le terrorisme qu'entre la fréquence des cigognes et le taux des naissances. Mais sa remarque est aussitôt démentie par son autre constatation que la Scandinavie, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Suisse et le Bénélux ont connu très peu de terreur[55]. Et finalement ni la poignée de terroristes allemands, ni même les autonomes italiens et moins encore les fanatiques japonais n'ont réussi à déstabiliser l'Etat. Dans le deuxième cas, on se demande même comment celui-ci résiste aux empoignades de la classe politique.

Chapitre 14. La réponse traditionnelle du pouvoir: la répression

Dans une conférence donnée le 30 avril 1976 à l'Université de New-York, Lord WIDGERY, *Chief Justice of England,* proclamait qu'on était trop doux, qu'on recherchait trop le progrès social, qu'on abandonnait toute discipline. Il faut sévir, insistait-il, rétablir des peines très sévères, y compris les châtiments corporels et la peine de mort, faire des exemples; c'est le seul moyen de rétablir l'ordre dans les rues[56].

[54] PINTO DE OLIVEIRA, p. 25.

[55] LAQUEUR, pp. 145–161. Il veut expliquer ce phénomène par la faible densité de population, alors que la Belgique et les Pays-Bas connaissent une des plus fortes densités du monde; par le protestantisme, alors que la Belgique est catholique, que les Pays-Bas et la Suisse n'ont qu'une faible majorité protestante; ou par la ligne politique pacifique, ce qui est une explication plus intéressante, mais partielle.

[56] New York University Law Review, vol. 51, pp. 365–373.

Cet avis semble partagé par l'Ayatollah KHOMEINY et Mgr LEFÈBVRE, celui-ci affirmant que les droits de l'homme étaient inspirés du démon, celui-là rétablissant les châtiments coraniques les plus cruels, y compris la peine de mort contre les adultères, les homosexuels et, bientôt, les rouquins.

Même en Suisse, cet état d'esprit trouve probablement plus d'écho qu'on ne le croit. Cf. Domaine public no 453, du 11.5.1978: «Le bon docteur F.G-B».

Il est curieux, et un peu triste, de noter qu'un tel discours réapparaît de temps à autre. L'Etat musclé reste attrayant pour un large cercle de citoyens se sentant menacés dans leur vie, dans celle de leurs enfants, dans leurs biens, mais aussi, ce qui est plus curieux, pour les élites pourtant nettement plus à l'abri, et même pour des juristes dont la culture historique devrait éveiller le sens de la relativité des choses.

Le rapport PEYREFITTE rappelle les finalités de la justice pénale, autrefois expiation, élimination, intimidation, sous la Révolution légalité, chez les positivistes mesure préventive, aujourd'hui défense sociale, action d'amendement et de resocialisation[57]. Pourquoi cet appel du chef de la justice anglaise à la régression de la civilisation? Une des raisons est la crainte évoquée ci-dessus. Quand bien même la violence est plutôt en diminution, sa publicité – d'ailleurs recherchée par ses fauteurs – affole le public. Et très naturellement la proclamation des droits de l'homme, pour tous, est aussi revendiquée par les victimes des délinquants, car ceux-ci ne respectent nullement les droits des innocents.

Mais surtout un facteur renouvelle le débat. Quand VOLTAIRE préférait les travaux forcés perpétuels à la peine de mort, pour que le condamné «serve ainsi la société»[58], il n'imaginait pas qu'à la fin du XX^{e} siècle, les terroristes détenus serviraient de points d'appui à d'autres terroristes cherchant à les faire libérer par chantage sur des gouvernements en prenant des otages. D'où la tentation d'une justice définitive et expéditive – pour ne pas donner aux complices le temps d'intervenir – ou d'une police autorisée à tirer à vue – pour ne pas salir la justice, et, partant, le risque d'abattre des innocents et de commettre des erreurs judiciaires sans remède[59].

Le chef de la justice britannique parle aussi des châtiments corporels, mais ne va pas jusqu'aux mutilations de membres ou d'organes essentiels. La torture montre également le bout de l'oreille même dans les pays démocratiques, sans égard aux conséquences psychotiques qu'elle exerce non seulement sur le suspect,

[57] PEYREFITTE, Rapport 1977, vol. II, pp. 473 ss.

[58] Commentaire sur le Livre des délits et des peines, de BECCARIA, cité par W. WICHSER, in RSJ 74, 1978, p. 371.

[59] La peine capitale sera discutée plus avant au chapitre 29. Il suffit de rappeler ici qu'elle frappe essentiellement des jeunes, beaucoup moins attachés à la vie que les aînés, qui restent en arrière des lignes.

La question du tir à vue a préoccupé la police italienne lors de l'enlèvement d'Aldo Moro: fallait-il, sous le couvert de la nécessité, risquer d'atteindre des innocents en visant les agresseurs?

mais aussi sur le tortionnaire, serviteur de l'Etat[60]. Certains préconisent le retour aux châtiments humiliants[61].

Mais évidemment c'est la rigueur dans les peines privatives de liberté qui est surtout revendiquée. De longues peines de détention assouviraient la colère du public et dissuaderaient les délinquants potentiels. Cette opinion passe pour axiomatique et reste peu discutée en dépit des résultats incertains de la méthode[62]. Le système devient au demeurant plus compliqué depuis que certains accusés refusent d'observer les règles du jeu judiciaire, en ne comparaissant pas aux audiences, en se confinant dans un mutisme complet ou même en recherchant le martyre de la condamnation.

Il y a lieu de citer encore pour mémoire les amendes exorbitantes imposées dans les procès de presse, en fait pour réduire à merci un pamphlétaire d'opposition[63]. Quant aux moyens, on a parfois recours à l'armée. Toutefois, celle-ci n'a ni la vocation ni la préparation idoine pour le maintien de l'ordre intérieur. C'est ainsi qu'en Irlande du Nord, le gouvernement britannique, après quelques mauvaises expériences, a rendu à la police son rôle traditionnel, l'armée ne fournissant qu'un appui logistique. La situation semble s'être sensiblement améliorée depuis lors[64].

Chapitre 15. La réponse traditionnelle du pouvoir: la prévention

L'ordre public serait à l'abri de toute atteinte dans une société parfaite, univoque, stérilisée: République de PLATON, Ordre nou-

[60] F. FANON, op. cit. (note 42), pp. 177 ss. Cour européenne des droits de l'homme, Irlande c. Royaume-Uni, no 167, 18 janvier 1978.

La France et les USA connaissent ce phénomène douloureux à la suite des guerres d'Algérie et du Vietnam.

Sur l'ingéniosité des législations tortionnaires, même en Suisse, il n'y a pas si longtemps, RSJ 74, 1978, H. 19.

[61] Un sénateur italien proposait l'exposition des auteurs de viols tout nus en public, sans songer aux plaisirs masochiste de l'exposé et sadique des spectateurs, et à la honte de la famille, innocente, de celui qui est cloué au pilori.

[62] Lire MICHEL FOUCAULT, Surveiller et punir, Naissance de la prison, Paris 1976, et THIERRY LÉVY, Le désir de punir, Paris 1979.

Pour le Garde des Sceaux français ALAIN PEYREFITTE, dans une émission télévisée, les peines très courtes et très longues seraient véritablement efficaces, mais guère les moyennes.

[63] PAUL-LOUIS COURIER, Œuvres complètes, Paris 1834, notamment son procès, p. 207 du tome I.

[64] OLIVER J. NAPIER, Northern Ireland Today, in: Wilton Park Journal 1979, no 58, pp. 5–13.

veau, Goulag, 1984 d'ORWELL. Cependant tout homme tant soit peu réfléchi n'ignore point que derrière l'angélisme se dissimule l'enfer. C'est dire que les sociétés humaines imparfaites ne peuvent se passer de mesures préventives et prophylactiques contre les attaques ouvertes, ou insidieuses, ou même involontaires, dirigées contre elles. La pesée des droits de l'individu – suspects et victimes – et des nécessités de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit rend extrêmement délicate l'application de ces mesures.

a) L'*armée* est l'instrument indispensable de la défense contre les menaces extérieures. En revanche, préparé à détruire l'ennemi, le soldat n'est pas, comme le policier, formé pour maintenir l'ordre et supporter les provocations d'un adversaire qui, dans une guerre civile, peut être son frère ou son ancien condisciple.

Mais une armée de milice comme en Suisse représente dans un autre sens un moyen préventif de défense de l'ordre: par son entraînement à la discipline et à l'obéissance, elle assouplit les nuques raides, provoque des automatismes de subordination, enseigne la solidarité patriotique. Malheureusement ses méthodes suscitent parfois au contraire des révoltes. Ceci ne met d'ailleurs pas en question le principe de la défense nationale, mais sa conception[65].

b) *La police judiciaire* est le bras du pouvoir dans la lutte contre toutes les formes de délinquance. Elle a le droit d'user de la force (art. 32 CP), d'appréhender et de garder à vue tous suspect (sous réserve des règles cantonales inspirées de l'*habeas corpus*), d'opérer des visites domiciliaires, des séquestres, et des investigations corporelles (dans les limites des dispositions légales cantonales; en droit vaudois, sont applicables l'art. 4 Cst VD, les art. 57 à 60, 126 à 129, 165, 168, 212 à 233 CPP).

Elle collabore avec les autorités judiciaires dans l'enquête pénale, notamment dans les interrogatoires par délégation. En l'occurrence, elle est limitée par des règles extrêmement strictes visant la protection de la personnalité[66].

[65] Les gaîtés de l'escadron, de GEORGES COURTELINE (Théâtre III, Paris 1942 [Flammarion], pp. 47 ss.), ne sont pas entièrement démodées.

Il est intéressant de noter que l'opposition à la préparation d'une armée de guerilla plutôt qu'une armée de campagne repose notamment sur la crainte des infiltrations subversives dans les petites unités semi-autonomes.

[66] Art. 190–205 CPP Vaud. Art. 39 al. 5 Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA): «Le fonctionnaire enquêteur ne doit se permettre aucun contrainte, menace ou promesse, aucune indication contraire à la vérité, ni aucune question captieuse ou autre procédé analogue». Cf. art. 41 al. 1er PPF.

Un problème particulièrement délicat est celui de la pénétration du milieu et de l'emploi d'indicateurs protégés par l'anonymat. Sans prétendre le resoudre ici, il faut affirmer en tout cas que nul ne saurait être condamné sur la seule déposition d'un témoin anonyme. Quant à l'agent provocateur, il est réputé participant, voire coauteur (art. 24, 25 CP)[67]. Il existe toutefois une exception inquiétante en matière de lutte contre les stupéfiants (Loi fédérale sur les stupéfiants, art. 23 al. 2).

L'emploi d'appareils d'écoute, en soi contraire aux art. 179 bis ss CP, a été accepté par le Tribunal fédéral, appliquant l'art. 32 CP, lors du Congrès national de la Ligue marxiste révolutionnaire à Epalinges le 4 mai 1973. Cet arrêt mérite la discussion[68].

Sont en revanche proscrits dans les interrogatoires l'emploi de substances pharmaco-dynamiques et le détecteur de mensonges, sauf accord libre du prévenu[69].

En conclusion provisoire, on peut poser que la police ne saurait être jugulée à l'excès dans l'usage de moyens techniques destinés à prévenir le crime, notamment lorsque la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté de victimes potentielles sont menacées, mais en revanche les interventions dans le domaine de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté de coupables potentiels doivent être sévèrement limitées et contrôlées.

C'est ainsi que l'étalage de la force policière en uniforme peut être un moyen dissuasif efficace, tandis que l'usage des armes représente l'*ultima ratio* de la légitime défense, cette exception devant être interprétée avec la plus grande réserve quand il s'agit de la force publique.

c) La *justice* ordonne et contrôle la détention préventive, les perquisitions et séquestres non urgents, la violation du secret postal et téléphonique. Elle peut saisir des ouvrages littéraires et

[67] Peter Studer, Die anonyme Gewährsperson im Strafprozeß, Zurich 1975.

[68] ATF 100 Ib 13 ss; Année politique suisse 1978, pp. 15–16. Voir aussi: Markus Peter, Das neue Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre, in RSJ 75, 1979, pp. 305–313, en particulier note 16.

[69] Pierre Freymond/Marcel Wurlod, L'emploi du pentothal et d'autres substances pharmacodynamiques en procédure pénale et civile, JdT 1949 IV, pp. 97 ss et Revue internationale de Droit pénal, 1972, Nos 3 et 4: Daniel A. Delessert.

Jean Graven professe une opinion assez nuancée (Les procédés nouveaux d'investigation scientifique et la protection des droits de la défense, in: V. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung, Recueil de travaux suisses, Zurich 1958).

Le problème de l'ordinateur doit être développé par le rapporteur de langue allemande.

artistiques, empêcher des représentations culturelles, théâtrales ou cinématographiques.

d) La *police administrative* délivre les permissions d'usage accru du domaine public, de conduite et de mise en circulation des véhicules à moteur. Ses compétences sont immenses, de l'octroi des permis de construire à la censure préalable des films. Toutes conditions légales réunies, elle a le pouvoir d'interdire des manifestations de caractère politique[70], et même d'ordonner des internements administratifs[71].

e) *L'éducation, l'instruction et l'information* sont des moyens préventifs subtils et la plupart du temps légitimes[71bis]. Entre les mains d'un parti au pouvoir, ils sont cependant capables de fausser le jeu de la démocratie et du libre examen.

f) *L'influence sur l'économie* est non moins insidieuse. En 1883, la loi française réprimait les opinions visant l'abolition du droit de propriété[72]. Or l'Etat doit rester neutre en matière de doctrine économique[73].

Chapitre 16. L'attitude du pouvoir face au terrorisme

L'opinion publique s'émeut, à juste titre, de la violence. Elle n'est pas tant impressionnée par le nombre des actes de violence, qu'elle est incapable de mesurer, que par les nouvelles formes de violence: détournements d'avions, prise d'otages, attaques de banques, d'offices postaux et de pharmacies, mitraillages et plasticages aveugles. Même lorsque des formes ne sont pas nouvelles, le développement des moyens de communication massifs, et notamment la télévision, les renouvelle. Même quand elles sont peu menaçantes, telles les manifestations et démonstrations pacifi-

[70] AUBERT, Exposé, Nos 144, 145; 149–156 (Jura), 256–262 (Centrales atomiques).

[71] Cf. chap. 30 A, ci-dessous. BURDEAU (p. 148) condamne l'internement administratif.

Certaines législations permettent même de saisir un journal qui diffuserait de «fausses nouvelles», la distinction entre la nouvelle et l'opinion étant pourtant délicate (op. cit., p. 265). – Cf. chap. 22 ci-dessous.

[71bis] CHOMBART DE LAUWE, pp. 182, 232, 289 ss.

[72] BURDEAU, p. 182, 183. A la même époque, les syndicats ouvriers étaient poursuivis et dissous car ils portaient atteinte à la liberté d'entreprise, mais les accords de prix restaient licites.

[73] ATTALI, p. 144.

ques, l'ambiance de crainte, involontaire ou orchestrée, les charge de danger.

Cela étant, le pouvoir est obligé d'agir. S'il ne le fait pas, des organisations paramilitaires de justiciers remplissent le vide: Escadron noir au Brésil, orangistes en Ulster, polices privées bien equipées en Allemagne, groupements d'anciens combattants en France. Lorsque la police britannique abandonna le contrôle de zones barricadées autour de Belfast, les bandes de l'IRA et celles des loyalistes protestants s'affrontèrent cruellement. Le *Sturmond*[74] suspendait les droits civils, interdisait les organisations catholiques et criminalisait la simple appartenance à ces organisations, et pour chaque catholique arrêté l'IRA recrutait dix membres supplémentaires. Ainsi de 1971 à 1975, les crimes terroristes en Ulster restaient au même niveau.

La leçon qu'en tira le Gouvernement de Sa Majesté fut qu'une réaction excessive du pouvoir entraînait automatiquement une augmentation du cercle des terroristes, et surtout de celui des sympathisants, qui leur sont indispensables pour survivre dans la population. «Comme un poisson dans l'eau.»[75] Une société où la discussion reste ouverte est plus stable et moins vulnérable qu'une société répressive. L'exemple contraire de l'URSS que l'on donne souvent est trompeur. Il y a en fait énormément de criminalité de sang et de soulèvements populaires des deux côtés de l'Oural. Mais on n'en parle guère[76].

Dès lors, les Etats régis par le droit disposent d'une marge de manœuvre restreinte, entre la nécessité de maintenir l'ordre indispensable à l'exercice des libertés, et celle de maintenir le maximum de liberté nécessaire à la stabilité de la société.

a) Le renforcement des pouvoirs de la police est le recours le plus classique. Il se présente sous la forme d'une centralisation de la police (Police fédérale de sécurité), d'une coordination des polices décentralisées (concordats intercantonaux en Suisse, conférences des commandants d'arrondissements en Grande-Bretagne), d'agences gouvernementales quasi-autonomes (FBI ou CIA aux USA), de collaboration dans les renseignements (ordinateurs plurinationaux avec terminaux multiples).

A un autre niveau, la police est dotée d'une plus large compétence dans la garde à vue, l'*habeas corpus* étant suspendu. Ainsi,

[74] Parlement de l'Irlande du Nord en exercice avant le *Home Rule.*

[75] MAO-TSÉ-TUNG, Le petit livre rouge, passim.

[76] A. ZINOVIEV, L'avenir radieux, L'âge d'homme 1978, pp. 174ss, 207. HÉLÈNE CARRÈRE D'ENCAUSSE, L'empire éclaté, Paris 1978, pp. 216, 217.

en Irlande du Nord, la police a été autorisée à retenir et interroger les suspects jusqu'à 72 heures, et même dans certains cas jusqu'à sept jours, sans les présenter au juge. En retour, la Cour a été amenée parfois à ne pas retenir les aveux enregistrés dans de telles conditions, vingt pour cent des confessants se plaignant de pressions physiques ou psychiques[77]. Car grande est la tentation de procéder à des interrogatoires «musclés», soit pour chercher à prévenir des actes criminels, par exemple contre des enfants, soit par nervosité ou colère.

b) Les règles de la procédure pénale sont parfois renforcées dans un sens autoritaire. La détention préventive se prolonge. Ses conditions se durcissent, allant jusqu'à la mise au secret. Devant l'intimidation des témoins et des jurés, ou même leur assassinat, des tribunaux britanniques ont siégé en Irlande du Nord sans jury, avec des auditions à huis clos.

La mise au secret touche au premier chef les droits de la défense. On interdit pendant une certaine période tout contact entre l'inculpé et ses avocats. On pratique sur ceux-ci des fouilles corporelles à leur entrée dans la prison ou dans la salle d'audience[78]. Ainsi l'enlèvement et le meurtre de Hans-Martin Schleyer amenèrent le gouvernement de la RFA à proposer dix-neuf modifications du code de procédure pénale, allant jusqu'à interdire la pratique du barreau à des avocats sympathisants de Baader[79].

En France, la procédure des flagrants délits permet à la Cour de juger des affaires pénales mineures sans instruction préparatoire, et la plupart du temps sans véritables débats[80]. L'applica-

[77] Les renseignements mentionnés ici émanent d'une Conférence de Wilton Park (novembre 1978).

[78] Le *Bundesverfassungsgericht* a déclaré irrecevable un recours contre un règlement du *Landesgericht* de Heidelberg, du 23 février 1978, autorisant la fouille de l'avocat et de ses affaires à l'entrée du Palais de justice pour détecter des armes ou des explosifs.

[79] BERNARD VOLKER, L'affaire Schleyer, la guerre d'Andreas Baader, Montrouge 1977, p. 38.

Cette législation permet d'exclure d'une procédure un avocat «suspecté d'utiliser les droits que lui confère sa mission» pour «perpétrer des actes illégaux». Une preuve «évidente» n'est pas exigée. Il suffit que «certains faits justifient la supposition que le défenseur utilise ses rapports avec les accusés pour se livrer à des actes répréhensibles».

Le procès Baader a coûté seize millions de marks pour la construction du tribunal de haute sécurité, trente-sept millions pour le procès proprement dit.

Une fois de plus les abus de la défense (par exemple les accusés-vedettes prenaient plus de dix avocats chacun), font le lit de la réaction excessive.

[80] CHRISTIAN HENNION, Chronique des flagrants délits, Paris 1976.

tion de cette procédure expéditive, étrangère aux habitudes judiciaires suisses ou britanniques s'étend, grâce à la loi No 70–480 du 8 juin 1970, dite «loi anti-casseurs», à des infractions dont l'appréciation est plus délicate, moins évidente, relevant à la fois de la violence et du délit d'opinion[81]. Quant aux tribunaux d'exception, telle la Cour de sûreté de l'Etat, ils survivent parfois aux régimes militaires (cours martiales).

c) L'extension des qualifications pénales et l'aggravation des sanctions représentent une autre réaction habituelle du pouvoir lorsqu'il craint une menace sérieuse contre l'ordre public. C'est ainsi qu'*a posteriori* des mesures relevant des pleins pouvoirs du Conseil fédéral ont été incorporées dans le Code pénal suisse en 1950[82]. Un projet de novelle de 1978 renforce les peines dans certains cas de vol qualifié, de brigandage, de crimes contre la liberté, d'incitation à la violence. A l'origine il inscrit également la répression plus automatique des actes préparatoires et de la participation.

Ce dernier aspect de la novelle touche derechef à des activités qui se situent à la limite entre la violence et l'opinion, à l'image de la loi «anti-casseurs» d'outre-Jura[83].

Pour mémoire, il y a lieu de mentionner l'obligation de dénoncer, le devoir de délation, comme une des mesures les plus graves que puisse édicter un Etat démocratique.

d) L'extradition aux pays étrangers semble s'imposer actuellement comme un moyen de lutte contre le terrorisme, à la suite d'abus évidents du droit d'asile. Elle ne laisse pas de poser des problèmes inquiétants lorsqu'elle s'étend à des infractions relevant de la participation intellectuelle. La notion de crime politique mérite à cet égard certains développements[84].

e) Pour clore une liste qui ne saurait être exhaustive, il convient de citer encore l'interdiction professionnelle, utilisée par

[81] On trouve des commentaires fort intéressants de la loi anti-casseurs, a) du conseiller à la Cour d'appel de Paris PAUL-JULIEN DOLL, dans la Gazette du Palais du 11.8.70, b) du maître-assistant à la Faculté de droit de Lyon MARIE-CLAUDE FAYARD, dans le jurisclasseur pénal 1971, 2, sous art. 313–314.

[82] PERRET, pp. 75, 76. Au sujet de l'art. 275 CP, réprimant les menaces contre l'ordre constitutionnel, cf. ATF 98 IV 127 et GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil II. pp. 262–264.

[83] Année politique suisse 1978, pp. 17–20. Sur la notion d'émeute, cf. ATF 103 IV 241. – La novelle italienne est postérieure à l'achèvement du présent essai.

[84] Cf. chap. 29 litt. F. Sur l'extradition de l'avocat allemand Klaus Croissant par la France à la RFA, cf. PIERRE DELVORÉ, professeur à la faculté de droit de Toulouse, in: Le Monde du 28 juillet 1978, p. 10.

l'administration pour empêcher son noyautage par des éléments extrémistes, hostiles à l'Etat. Cette mesure, qui équivaut la plupart du temps à la mise en chômage (des entreprises privées engagent encore moins volontiers des adversaires de l'ordre établi) provoque deux interrogations auxquelles on tentera de répondre plus loin: est-elle justifiée dès qu'un fonctionnaire s'oppose à la Constitution, ou seulement lorsqu'il est prêt à soutenir ou utiliser la force, et à quel niveau de la fonction publique?

La RFA a pratiqué assez largement l'interdiction professionnelle, mais semble en revenir[85]. La France s'est au contraire montrée toujours libérale dans ce domaine, offrant même des rentes de situation à des opposants au régime; toutefois certains cas récents laissent songeur. On connaît la politique du gouvernement des USA à l'époque du sénateur Joseph McCarthy. Quant à la Suisse, diverses affaires d'objecteurs de conscience ou de sympathisants de groupes gauchistes ont fait retentir quelque écho[86].

Chapitre 17. Le caractère autoritaire

Quand bien même aucun homme d'Etat ne s'y reconnaîtra, il pourrait être intéressant de définir le caractère autoritaire, en parallèle avec le caractère terroriste esquissé plus haut. Car sans songer à s'inspirer des schémas d'un FREUD ou d'un REICH, on ne saurait exclure absolument que la réponse aux menaces contre l'ordre public dépende aussi en partie de traits caractériels inhérents au goût du pouvoir[87]. La «raison d'Etat» venant excuser les mesures les plus contraires à la doctrine dont on se réclame, «la fin justifie les moyens», le mot attribué à César «*si vis pacem para bellum*», enfin la devise du drapeau américain «*my country,*

[85] L'arrêt Narr (EuGRZ 1978) rendu le 18 avril 1978 par l'Oberverwaltungsgericht de Berlin, analyse le problème de manière approfondie (chap. 32 litt. D ci-dessous).

[86] Cf. chap. 32 ci-dessous.

[87] Selon HORKHEIMER, le chef de l'Ecole de Francfort qui est venu finir ses jours au Tessin, le caractère autoritaire se définit par «une soumission automatique aux valeurs conventionnelles; une acceptation aveugle de l'autorité accompagnée d'une haine aveugle pour les oppositionnels et les marginaux; le refus de l'introspection; une pensée stéréotypée et rigide; un penchant à la superstition; l'abaissement mi-moralisateur, mi-cynique, de la nature humaine; la projectivité». Ce dernier terme signifierait la tendance à croire que des forces destructrices et dangereuses sont à l'œuvre dans le monde, ainsi qu'un souci exagéré pour les explications sexuelles (JAY, pp. 274 s.). – Cf. aussi J. P. SARTRE, L'enfance d'un chef, in: Le Mur, Paris 1939.

right or wrong», appartiennent au vocabulaire typique des personnes fascinées par le pouvoir. A cet égard, la réponse de Staline à l'interlocuteur évoquant l'opinion du Vatican: «De combien de divisions dispose-t-il?» est éloquent.

Généralement l'homme attiré par le pouvoir n'attribue pas une importance primordiale aux principes de la justice. Il recherche cependant l'approbation des autres, et il pense l'obtenir par la domination, qui entraîne souvent les acclamations. On confond souvent estime et applaudissements. L'être dominateur aime à humilier son prochain[88]. Or il est peu probable qu'un progrès humain soit obtenu si persiste le principe de dominance[89]. Même dans la lutte contre la terreur, un adepte de l'autoritarisme pur est «contre-performant». Ainsi la police anglaise écarte les candidats présentant une personnalité autoritaire marquée dans son recrutement pour le maintien de l'ordre en Ulster. Elle recherche au contraire «le tact, la flexibilité, l'imagination, la compassion, – c'est-à-dire exactement le tempérament opposé à nos autoritaires maladifs...»[90].

Chapitre 18. L'ordre public dans l'Etat régi par le droit

Il n'est pas question de circonscrire la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit avant d'avoir étudié les limites des droits fondamentaux tracées par les Cours suprêmes. Toutefois, certaines lignes directrices méritent d'être ébauchées au terme de ce chapitre.

[88] RAWLS, p. 439.

[89] LABORIT, La nouvelle Grille, pp. 96ss: La dominance (le besoin de dominer) correspond à l'instinct de conservation dans les sociétés de pénurie. Elle ne convient plus à nos sociétés organisées et d'abondance. Elle demeure pourtant le moteur profond pour des raisons historico-génétiques et conduit au productivisme, à la croissance aveugle, à l'épuisement du patrimoine biologique.

Ce diagnostic ne s'applique-t-il pas au moins autant à l'Etat autoritaire qu'à l'individu?

Hélas, le même auteur rappelle (op. cit., p. 192) que le pouvoir n'appartenait pas à Galilée disant en aparté «et pourtant elle tourne», mais au tribunal qui le condamnait à soutenir l'idée la plus conforme aux préjugés du moment.

[90] NORMAN F. DIXON, De l'incompétence militaire, Paris, 1977, p. 341. Ce professeur de sociologie britannique, ancien officier supérieur, recommande pourtant un caractère légèrement autoritaire, inhibé, obéissant, respectueux des corvées, un tantinet bureaucratique, chez ceux dont dépendra l'arme nucléaire.

Le même auteur note (pp. 269ss) que les Waffen-SS ou la Légion étrangère fournissaient l'exutoire traditionnel aux agressifs refoulés.

Les temps modernes démontrent que d'une part la liberté de l'individu sans frein, sans limitation par la liberté d'autrui, sans solidarité, est génitrice de jungle, de libres renards dans de libres poulaillers; mais que d'autre part la subordination des libertés individuelles à l'intérêt de l'Etat, même appelé intérêt général ou intérêt commun, est synonyme d'esclavage, de terreur, de torture et de mort. Le premier type correspond à la révolution industrielle et aux *westerns,* le second aux *goulags.* La combinaison des deux types caractérise l'Allemagne hitlérienne, et parfois certains Etats latino-américains. L'Europe occidentale et plusieurs héritiers du Commonwealth britannique donnent le meilleur modèle d'équilibre entre les deux écueils, du moins à certaines époques. Peut-être la charmante Italie cherche-t-elle un autre modèle, sans Etat puissant ni entrepreneur puissant ...

Mais fragile est cet équilibre. Le drame de la démocratie est-il de devoir parfois se désavouer pour subsister? Laxiste, elle craint les coups de boutoir des terroristes, qui engendrent la répression légitime, puis la chasse aux sorcières qui contredit la démocratie. Or, écrit DENIS DE ROUGEMONT, «en fait c'est la répression de l'anarchie, non l'anarchie, qui a justifié les plus grands crimes de l'histoire», la tyrannie étant le souverain désordre (ALEXANDRE VINET)[91]. «L'ordre que l'on veut défendre au nom du slogan *Law and order* est un affreux désordre qui ne peut être éliminé que par un retour aux principes de la démocratie. Le désordre, c'est la somme des iniquités sociales, des injustifiables privilèges légalement maintenus, de la complicité entre certains intérêts et le pouvoir, des intolérables pressions exercées au nom de l'autorité, des atteintes aux droits des citoyens, des parodies de justice respectant les formes tout en défiant l'équité.»[92] C'est le pouvoir coercitif, qui n'a pas besoin de défilés de chemises brunes, mais se contente des dissimulations de services policiers[93].

[91] DENIS DE ROUGEMONT, p. 318.

[92] JULIEN, p. 206. L'auteur décrit le lent processus passant du principe décrété en 1896 par la Cour Suprême des USA de l'égalité séparée des Noirs, à la déségrégation statuée par la même autorité en 1954 comme condition indispensable de l'égalité. CHOMBART DE LAUWE (p. 323) relève avec pertinence que l'ordre apparent masque les conflits latents.

[93] JULIEN, p. 149, rappelant les dépositions fallacieuses des chefs du FBI et de la CIA devant les commissions d'enquête du Congrès. «Quand le gouvernement viole la loi, il engendre le mépris de la loi: il invite chaque homme à devenir sa propre loi, il suscite l'anarchie» (LOUIS BRANDEIS, juge à la Cour Suprême, cité à la page 207).

La Suisse paraît à l'abri de telles injustices, et le scandale de Chiasso n'a pas le retentissement du Watergate ou du Muldergate. Cependant si les saisonniers

La grande erreur de l'Etat coercitif, c'est de confondre l'anticonformiste, le marginal, celui qui est différent, avec le subversif destructeur. Le droit à la différence n'est pas le droit au désordre. La liberté individuelle en elle-même ne menace personne[94].

Mais la violence est en l'homme, et les responsables de l'ordre craignent toujours de la voir emboîter le pas de la liberté. Alors ils pratiquent le pouvoir selon des méthodes variant avec leurs doctrines. Pour le marxiste, il faut exercer d'autant plus de pouvoir qu'il s'exerce au profit d'une fraction plus petite de la société et aux dépens d'une fraction plus grande; il faut en exercer d'autant moins dans l'avenir qu'il s'exercera au profit de la très grande majorité et aux dépens d'une très petite minorité. Pour les libéraux conservateurs, il faudra exercer d'autant plus de pouvoir que l'on voudra faire observer à chaque sujet une discipline prescrite en plus grand détail par les autorités. Enfin les sociaux-démocrates (KAUTSKI), dans leur condamnation du léninisme, professent qu'il faut exercer d'autant plus de pouvoir, toutes choses étant égales, qu'on l'exerce selon des idées moins répandues[95]. La Venise impériale avait besoin d'une police répressive développée, d'une justice expéditive, arbitraire et impitoyable. La Venise italienne peut se montrer humaine et indulgente. Il n'y a pas plus de crimes dans la seconde que dans la première. Simplement, il ne reste plus d'empire, de colonies, à sauvegarder. Quel que soit l'attrait qu'exerce sur le lettré du XX^e siècle la Cité des Doges, qui osera prétendre qu'on vivait plus heureux dans la Venise dominatrice que dans la Venise touristique?[96]

En bref, l'Etat régi par le droit ne se contente pas d'une protection de l'ordre public purement formelle. La contrainte qu'implique l'ordre public est une obéissance sous condition résolutoire. Si l'Etat ne respecte pas les objectifs qui lui sont assignés, c'est-à-dire la garantie des libertés et le développement des conditions de leur exercice, si les atteintes aux libertés visent d'autres buts, tels le maintien de privilèges, que celui d'assurer l'ordre public dont elles ont besoin pour s'épanouir, la condition résolutoire de l'obéissance civique est échue, le consensus s'effaçant.

s'étaient exprimés entre 1960 et 1970, on aurait pu tirer des parallèles, *mutatis mutandis,* avec la condition des Noirs et des Portoricains «égaux mais séparés». Et y a-t-il une différence essentielle entre les *lobbies* du Sénat et les groupes de pression des Chambres fédérales?

[94] GISCARD, pp. 137ss.

[95] JOUVENEL, pp. 320ss.

[96] Le «besoin de grandeur» du Vaudois crée le CHUV (Centre hospitalier universitaire vaudois), qui cause moins de mal que les *Piombi.*

C'est une figure de droit public comparable à celle qui est organisée en droit privé par l'art. 156 CO.

Cela étant, il ne convient pas de s'attacher à la lettre de la loi. Le processus de la sanction peut s'arrêter devant certaines actions illégales, en dépit de l'incertitude juridique qu'implique une telle abstention. Mais il faut redonner à ce sujet la parole au professeur EICHENBERGER. S'il est exclu de céder au chantage de la terreur et de la violence, en revanche, pour de simples infractions de police, qu'on laisse quelque marge au principe d'opportunité: il s'agit de la paix sous la forme de l'ordre et de la sécurité publiques, et non pas d'un état d'ordre abstrait pour soi qui n'engendre que la paix des cimetières. Laisser s'extérioriser des manifestations un tant soit peu juvéniles, bruyantes et voyantes est une attitude adulte et raisonnable. Elle fait confiance à la capacité de sélection d'une société droite et éveillée, qui dispose de normes et de procédures sociales capables de reconstituer l'état pacifique. Car la paix intérieure est la principale tâche de l'Etat, et les moyens de l'atteindre ne sont pas indifférents: ils doivent être aussi conformes à l'idée de justice[97]. Certes le droit ne doit pas anticiper l'évolution de la société sous peine de provoquer des désastres sociaux. Mais il doit s'y adapter parfois plus vite que les procédures constitutionnelles ne le permettent, sous peine d'explosions sociales. En particulier, lorsque la liberté personnelle est en jeu, il convient parfois de renoncer à un formalisme excessif qui pour être légal n'en est pas moins injuste.

[97] EICHENBERGER, p. 441. On remarque avec intérêt combien s'approchent les thèses des professeurs EICHENBERGER et RAWLS.
Le professeur JACQUES FREYMOND (in: Festschrift Kägi) ne dit pas autre chose:
- la répression n'est pas la vraie solution contre la violence (pp. 131, 132).
- Faire tomber la fièvre, mettre un terme aux mauvais traitements des prisonniers suscite le témoignage que la conciliation est possible (p. 140).
- Et, au sujet de Creys-Malville et d'autres emplacements atomiques, «il s'agit... d'étudier de plus près les méthodes d'éducation de l'homme à la vie dans les sociétés de type fédéraliste qu'on voudrait voir se substituer progressivement aux systèmes hiérarchiques et centralisateurs» (pp. 141, 142).

Troisième partie

La protection de la personne

Chapitre 19. La liberté et les libertés

Y a-t-il une liberté, droit fondamental antérieur ou supérieur à l'Etat, ou seulement des libertés, que l'Etat tout-puissant institue et énumère?[1] Pour les positivistes et dans les Etats totalitaires, la réponse ne fait pas de doute: il n'existe que des libertés octroyées par l'Etat. Il semble que dans les Etats régis par le droit, la réponse contraire s'impose: il existe une liberté, préexistante à l'ordre étatique et à la législation, et présumée en cas de doute[2]. Ainsi, pour GIACOMETTI, les libertés cataloguées selon l'histoire ne sont que des exemples de la liberté unique vis-à-vis de l'Etat. Elles reposent d'ailleurs sur l'adhésion des citoyens, sans quoi elles deviendraient lettres mortes, car tout régime politique a tendance à s'adultérer et à écraser l'individu. Il est donc indispensable d'une part de reconnaître un principe supérieur de liberté, indépendant du constituant, d'autre part de garantir dans la Constitution les libertés qui en découlent, puisque l'Etat a le pouvoir physique de contraindre l'individu à des actions ou à des abstentions[3].

[1] E. GRISEL (Droits sociaux, pp. 111–114) distingue les droits fondamentaux des garanties institutionnelles en ceci que les secondes sont nécessairement limitées par l'Etat qui les concède, tandis que les premiers «garantissent dans certains domaines une sphère de liberté en principe illimitée». Mais on peut aussi comprendre sous le nom d'institution un principe juridique qui déborde un droit constitutionnel défini (écrit ou non écrit) pour embrasser tout le domaine du droit en déployant des effets horizontaux. Ainsi par exemple de la liberté personnelle, selon le souhait de SALADIN.

RAOUL STUDER (Ausgewählte Fragen der Glaubens- und Gewissensfreiheit anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, thèse Bâle 1977) plaide en faveur de l'effet horizontal de la liberté de conscience, à l'égard des individus comme de l'Etat (pp. 16–20).

[2] BRIDEL, pp. 104 et 115.

[3] J. P. MÜLLER, thèse, pp. 134–138; GIACOMETTI, pp. 153, 154, 164; FLEINER/GIACOMETTI, pp. 240–248.

Le point commun aux différentes déclarations des droits de l'homme est que «ces droits et ces libertés qu'elles formulent peuvent être, quant à leur exercice, réglementés par le pouvoir, mais ne dépendent pas de lui dans leur consistance»[4]. «Tous les hommes sont doués par leur créateur de certains droits inaliénables», proclame la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis le 4 juillet 1776. Cette conviction est particulièrement forte dans les pays de tradition anglaise, où la révolution n'apporte pas la liberté, mais la trouve[5].

Quelle est donc cette liberté préexistante à la loi fondamentale? C'est la plus évidente, celle que nous pratiquons chaque jour. «Quittant mon logis, je peux marcher à droite ou à gauche, traverser ma ville, mon pays, à ma guise, sans être suivi, sans me voir arrêter comme sous l'occupation par des patrouilles de policiers me demandant d'exhiber un *Ausweis.*»[6]

Le juriste suisse traditionnel considère la liberté personnelle comme le droit imprescriptible pour l'individu d'aller et de venir et de faire respecter son intégrité corporelle par la puissance publique[7]. S'y ajoute l'inviolabilité du domicile, la possession paisible du logement (*Hausrecht*)[8]. Il s'agirait d'un pur *status negativus,* ne donnant qu'un droit à l'abstention de l'Etat, mais ce droit est renforcé par la présomption: «*in dubio pro libertate*».

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu cette présomption. Ce n'est d'ailleurs que dès 1963 qu'il consacre la liberté personnelle comme un droit constitutionnel fédéral non écrit, en tant que condition de l'exercice de toute autre liberté[9]. Mais à la rigueur on pouvait déduire la liberté d'aller et venir de la liberté d'établissement et de l'interdiction de la traite foraine (art. 45 et 62 Cst). Dans son abondante jurisprudence, le TF s'est borné à interdire de combler les lacunes du droit public au préjudice de l'individu. Considérant que les restrictions aux libertés

[4] BURDEAU, p. 16. – ZELLWEGER attribue aux libertés un caractère absolu, même à l'égard du législateur (p. 145).

[5] JOUVENEL, pp. 68, 69, qui remarque avec bonheur que la liberté du peuple est celle des personnes qui le composent: en anglais «the people» commande(nt) le pluriel. Sur la reconnaissance des droits naturels dans les constitutions contemporaines, cf. EuGRZ 1978, notamment le rapport de BRIAN WALSH sur la constitution irlandaise de 1937 (pp. 446–450) et les rapports généraux (pp. 485–498).

[6] LEPRINCE-RINGUET, p. 83.

[7] AUBERT, Traité, Nos 2210–2216. – A. GRISEL, pp. 567 ss.

[8] GIACOMETTI, pp. 156, 159, 160; art. 5 de la Cst. vaudoise; BURDEAU pp. 163 et 167; BERNARD, p. 64; BVerfG 3.4.79, in EuGRZ 1979, pp. 351–354.

[9] A. GRISEL, p. 551; ATF 89 I 92.

ont un caractère éminemment politique, il a préféré suivre une ligne pragmatique, toute proche du positivisme, non dogmatique, instinctive. Il n'a pas voulu conférer aux droits fondamentaux la qualité de contre-pouvoirs à l'égard de l'Etat, mais bien celle d'un instrument de l'ordre étatique, pour la cohabitation paisible, ordonnée, des citoyens et pour le fonctionnement efficace des institutions publiques, fédéralistes, démocratiques. Jusqu'à cette dernière décennie, l'individu, et notamment l'individualiste ou le marginal ont trouvé peu de protection face à l'intérêt public[10].

Cependant une nouvelle tendance se dessine, saluée par SALADIN et critiquée par H. HUBER[11]. Depuis l'arrêt Castella, rendu en 1964[12], la Haute Cour reconnaît la liberté personnelle comme une institution, source de nombreux autres droits fondamentaux, et dont l'essence se trouve dans la personne humaine, responsable, complexe de capacités intellectuelles, émotionnelles et volitives[13]. Cette tendance est renforcée dans des arrêts ultérieurs reconnaissant la valeur supérieure de la dignité humaine et du droit de «choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui»[14]. Mais pour le TF la liberté personnelle n'est pas (pas encore?) un «super-droit», quand bien même elle ne doit en aucun cas être complètement supprimée ou vidée de tout contenu[15].

A cet égard, l'influence des conventions internationales et des contacts avec les pays voisins ne fait guère de doute. Elle libère

[10] SALADIN, pp. 289, 380, 381. GIACOMETTI, pp. 178–180.

[11] SALADIN, préface à la II[e] éd., pp. XII–XIV; HANS HUBER, Die persönliche Freiheit, Eine Kritik der neuen Auffassung des Bundesgerichts, RSJ 69, 1973, pp. 113–121. L'appréciation de la critique de HUBER dépasse le cadre de ce rapport; il serait intéressant pourtant de savoir si le distingué professeur maintient la même opposition à l'ouverture de la jurisprudence fédérale, lui qui plaidait en 1955 pour une constitution ouverte (Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in ZBJ 91[bis], pp. 95–116, not. 98–99).

[12] ATF 90 I 29. On peut en rapprocher un arrêt rendu en 1973 par le Bundesverfassungsgericht allemand (vol. 17, n. 7, p. 108) annulant l'ordre de soumettre à une pneumoencéphalographie un accusé d'escroquerie.

[13] SALADIN, p. 316. L'arrêt Castella garantit la faculté propre à l'homme d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation (p. 36).

[14] Arrêt Bonzi, ATF 103 Ia 293. Cf. aussi ATF 97 I 45 et 839; 98 Ia 523; 99 Ia 262 et 509; 100 Ia 193. – J. P. MÜLLER, in ZBJV 115, 1979, H. 3.

Sur la liberté individuelle dans le double sens de liberté physique et de condition des autres libertés, cf. HANS BRÜHWILER, Die Freiheitsrechte der Kantonalverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, thèse Berne 1948.

[15] A. GRISEL, pp. 566, 567; ATF 102 Ia 283. Ces deux thèses paraissent antinomiques.

les droits nationaux de vieux axiomes[16]. Il serait erroné de croire que le Tribunal fédéral ne fait que suivre la jurisprudence de Karlsruhe et celle de Strasbourg. En réalité il y a des échanges réciproques, et il est vraisemblable que les traditions judiciaires helvétiques ont inspiré le constituant allemand et le législateur européen tout autant que la Grundgesetz de la République fédérale allemande (GG) et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) servent de repères au Tribunal fédéral et aux législatifs de la Confédération et des cantons[17].

En particulier les art. 1er al. 1er (La dignité de l'homme est intangible) et 2 al. 1er (Chacun a le droit de développer sa personnalité, pour autant qu'il ne lèse pas les droits d'autrui et ne heurte ni l'ordre constitutionnel ni les bonnes mœurs) de la Grundgesetz ne peuvent plus être effacés de la conscience juridique dans les Etats régis par le droit. La première de ces dispositions appelle une valeur extra-juridique sur laquelle sont fondés les droits fondamentaux. Elle se rapproche de l'aphorisme kantien suivant lequel l'homme ne doit jamais être considéré comme un moyen, mais bien comme un but. Ainsi l'Etat est privé de son auto-objectif. Mais en retour nul ne saurait en appeler aux libertés pour nuire aux libertés ou à son prochain[18].

Quant à l'exemplarité des décisions judiciaires prises dans les pays faisant partie du Conseil de l'Europe, elle résulte déjà de la possibilité qu'ont les juristes d'en prendre connaissance[19]. On en arrive ainsi à une idée commune de la liberté personnelle, certes confirmée par les ordres juridiques nationaux, mais puisant sa source dans un fonds culturel commun, qui fournit le *consensus*

[16] LIEBSCHER, p. 506.

[17] Cf. WERNER KÄGI, Faire des droits de l'homme une réalité, Neuchâtel 1968; Annuaire suisse de droit international 1978, XXXIV, 5.1.2. pp. 188–201; RAYMOND, p. 1; WILDHABER, pp. 361–370; SJ 1979, p. 373. La CEDH est, dans de nombreuses dispositions, applicable immédiatement comme du droit interne suisse (ATF 102 Ia 283, 381). TRECHSEL, pp. 467–480.

[18] J. P. MÜLLER, thèse, pp. 131–134, 144 et 145. GIACOMETTI, p. 173. EM. KANT, Gesammelte Schriften, Berlin 1913, t. IV, pp. 427–430.

JEAN DARBELLAY, Le rapport de droit dans l'évolution des droits de l'homme et des libertés fondamentales, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977, pp. 299–313: «C'est bel et bien en vertu d'un droit naturel que les libertés réputées fondamentales se sont imposées progressivement, dans l'Etat actuel, même si l'on ne dispute plus sur la signification du mot ‹nature› et si l'on se contente de constater une communauté pratique d'intérêt à ce que ces droits soient proclamés et garantis parce qu'ils expriment une opinion majoritaire.»

[19] L'Europäische Grundrechte Zeitung (EuGRZ) publie les arrêts importants des Cours européennes de droit public (TF compris) et même parfois de la Cour suprême des USA.

indispensable à un régime démocratique. Un monarque ou un dictateur peut garantir la liberté, mais aussi la retirer. En revanche un Etat régi par le droit ne peut pas violer ce bien reconnu par tous comme intangible[20], sous peine de se contredire, de se nier.

Il est vraisemblable que l'inviolabilité de la dignité humaine et le droit au développement de la personnalité s'exprimeront bientôt de manière plus claire dans la jurisprudence fédérale suisse, qui renoncera à ses prudentes réserves verbales. De même l'effet horizontal des droits fondamentaux, figurant à l'art. 25 du projet de Constitution, sera garanti peu à peu, comme il commence à l'être aux USA[21]. L'avis d'un non-juriste, le physicien français LEPRINCE-RINGUET, est loin d'être sans intérêt dans un domaine dépassant la technique du droit. Pour cet auteur, les libertés présentent quatre aspects fondamentaux:

a) se déplacer librement sans laisser-passer, sans quadrillage,

b) pouvoir s'exprimer, écrire, parler, lire et s'informer sans être automatiquement jeté en prison si l'on n'est pas orthodoxe,

c) pouvoir travailler et ne pas perdre son travail si l'on manifeste une opinion différente de celle des gouvernants et des employeurs,

d) pouvoir voter de façon pluraliste en choisissant les candidats sur diverses listes, librement, sans que les candidats opposés au régime soient brimés.

L'académicien français rejoint le constitutionnaliste suisse, suivant lequel les libertés sont à la base de la démocratie: elles permettent au citoyen de n'être pas que l'objet des normes juridiques, mais aussi leur créateur, elles autorisent en outre la formation et la discussion des idées politiques, par l'expression, l'association, la réunion et la presse libres. A défaut de quoi on re-

[20] BÄUMLIN, thèse, pp. 95, 96. – En ce qui concerne la liberté physique, elle se trouve garantie aux art. 2, 3, 5 de la CEDH, et dans la plupart des constitutions modernes.

[21] SALADIN, pp. 307–319. Cf. aussi HANS HUBER, (Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, in RDS 74, 1955, pp. 173 ss) qui reconnaît les effets horizontaux des droits fondamentaux, avec beaucoup de réserve.

J. P. MÜLLER (thèse, p. 158) estime que le droit suisse ferait bien de s'inspirer du développement récent du droit de la RFA quant au respect de la dignité humaine: L'homme n'est plus le but mais l'objet chaque fois qu'il sert la technique (par exemple, dans la recherche de la vérité, par les sérums de vérité, ou dans les expériences médicales).

NIETLISPACH met aussi la dignité humaine au centre de l'ordre constitutionnel suisse (pp. 84, 90, 93, 94, 96, 99). Il est intéressant de voir l'idée s'affirmer dans la doctrine année après année, en dépit de certaines critiques virulentes. Cf. aussi: PHILIPPE MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978.

trouve le despotisme plébiscitaire ou la démocratie par acclamation[22]. ARISTOTE décrivait déjà ce phénomène[23].

Les pages qui suivent seront consacrées à l'examen plus attentif de quelques aspects importants de la liberté individuelle[24].

Chapitre 20. La détention préventive

La privation de liberté est l'atteinte la plus criante à la liberté personnelle, M. de la Palisse l'aurait pu dire. Ce truisme saute aux yeux d'autant plus que seul l'Etat est en mesure de priver quelqu'un de sa liberté. Quant c'est le fait d'un particulier, celui-ci commet un acte de séquestration (art. 182 CP) et s'expose lui-même à la détention.

Lorsque la privation de liberté suit un jugement pénal exécutoire, la loi a été appliqué régulièrement et il n'y a plus de place pour un recours de droit public fondé sur la violation de la liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit. On n'imagine pas, dans les mœurs actuelles, un tel recours pour violation du principe de proportionnalité: il se heurterait sans doute à l'application de l'art. 63 CP qui échappe en vertu de l'art. 84 al. 2 OJF à la cognition de la Cour de droit public du TF[25].

Les privations de liberté reposant sur des décisions administratives se feront sans doute plus rares, depuis que la Confédération et les cantons ont adapté leur législation pour permettre l'adhésion, tardive, de la Suisse à la CEDH.

Quant à la détention préventive, elle représente l'intervention topique de la puissance publique dans la sphère individuelle. Destinée à préserver d'urgence l'ordre public devant des menaces déjà concrétisées par une infraction, elle dépend de l'appréciation d'un policier ou d'un magistrat. Le premier remède est l'*habeas corpus ad subjiciendum,* l'ordre imparti au geôlier de présenter le détenu physiquement à un juge. Ce palliatif était un

[22] GIACOMETTI, pp. 165–168.

[23] ARISTOTE, Constitution d'Athènes, éd. des Belles-Lettres, Paris 1922, ch. XXVIII, XVI.

[24] J.F. AUBERT (in: Festschrift Kägi, pp. 1–31) fait une synthèse claire et orthodoxe de la jurisprudence récente du TF en matière de droits fondamentaux. Son angle de vue n'est pas celui, dynamique, des publicistes bernois.

[25] Sur le pouvoir d'appréciation du juge quant à la mesure de la peine, cf. ATF 95 IV 62. Sur l'arbitraire et l'art. 63 CP, cf. P.B. contre Procureur général du Canton de Genève (TF, Cour de cassation pénale, 31.1.75).

progrès immense à la fin du Moyen âge anglais. Dans les conceptions actuelles devant la toute-puissance de l'Etat et les moyens raffinés de surveillance à sa disposition, un doute considérable doit naître au sujet de l'efficacité de ce moyen. Il est exposé largement dans l'étude de G. ZIRILLI[26].

Les arrêts de droit public en matière de détention préventive sont rares dans la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral. La base légale apparaît toujours suffisante et il s'agit d'une décision provisoire, qui peut cependant être portée devant la Cour de droit public. Quant à la protection de l'ordre public, et au risque de fuite, il vaut la peine de citer un arrêt récent du Tribunal d'accusation du canton de Vaud, relevant notamment:

a) que l'ordre public n'est troublé par la mise en liberté d'un inculpé que si elle paraît particulièrement choquante, voire soulève l'indignation ou est cause de scandale, par exemple lorsque l'auteur de l'infraction est une personne connue ou a commis un crime grave qui a eu une grande répercussion dans le public;

b) que l'étranger qui a des attaches sérieuses en Suisse ne saurait être soupçonné de préparer sa fuite par le fait qu'il est étranger[27].

Sur le premier point, on peut hésiter à soumettre la liberté personnelle d'un individu à l'opinion publique. Celle-ci est capricieuse et, à moins d'un danger concret de vengeance populaire, les tribunaux sont là pour y faire face et non pour s'incliner humblement devant elle. Cela n'a rien à voir avec le respect de la démocratie, qui est celui des lois, de l'esprit des lois, et notamment de la liberté personnelle d'un seul individu, fût-il marginal[28].

Sur le second point, il faut renoncer à lier le danger de fuite à la couleur du passeport. Le principe de proportionnalité doit s'introduire jusqu'en ce domaine: à moins d'un crime de sang ou de l'espoir d'une réparation, il ne faut pas craindre de laisser s'échapper un coupable, errant dans un monde de plus en plus étroit, devant le risque de maintenir en prison un délinquant qui aurait droit au sursis. Mais VOLTAIRE est bien loin, qui osait préférer le risque d'un coupable impuni à celui d'un innocent condamné à tort.

[26] On ne reviendra pas sur les développements de cette thèse, mais seulement sur quelques décisions qui lui sont contemporaines ou postérieures. Pour les arrêts antérieurs, cf. les citations de G. ZIRILLI.

[27] Arrêt R. et V. du 3 novembre 1978.

[28] F. MEYER, p. 222. – Cf. Esaïe 11,3.

Le système vaudois, qui laisse au juge informateur la pleine responsabilité de la détention durant les quatorze premiers jours (à l'instar de l'art. 51 al. 2 PPF) mériterait au demeurant un nouvel examen, car le juge de l'*habeas corpus* devrait être différent de celui de l'enquête, en dépit de la lourdeur de la procédure qui en résulterait. Et pourtant, ce système est loin d'être le plus mauvais. Il n'est pas évident que celui de la procédure pénale administrative de la Confédération offre davantage de garantie au justiciable.

Le TF examine déjà avec plein pouvoir si la décision d'incarcération est compatible avec l'ordre constitutionnel[29]. Il risque d'être appelé à le faire de plus en plus, du moment que l'article 5 de la CEDH est partie intégrante du droit fédéral, ce qui donne au justiciable en Suisse le moyen de faire vérifier la conformité de n'importe quel acte fédéral avec les droits fondamentaux de l'individu[30]. Au demeurant, le TF a déjà fait passer la CEDH devant la loi fédérale sur l'extradition en statuant sur une demande de mise en liberté alors qu'il n'était pas saisi de la demande d'extradition elle-même[31].

Certes, pour réunir l'adhésion de nombreux Etats sur les conditions de la détention préventive, il a fallu réduire celles-ci à la portion minimale, à savoir:

a) être conduit devant un juge,
b) être informé des motifs de l'arrestation,
c) obtenir une décision judiciaire sur la légitimité de l'arrestation[32].

De plus, les autorités de Strasbourg montrent à l'égard des tribunaux nationaux la même réserve que, durant un siècle, le TF devant les Cours cantonales, et le TF applique lui-même la convention avec doigté[33]. Il n'en reste pas moins que le contrôle de la légitimité d'une arrestation ne peut qu'exercer une influence bénéfique sur le respect de la liberté individuelle. Celui-ci commence par le respect des méchants, qui restent des personnes humaines dans un Etat régi par le droit. Il sera intéressant de connaître dans plusieurs cas concrets l'opinion des juges de droit

[29] ATF 95 I 240; WILDHABER, p. 363.
[30] RAYMOND, pp. 39, 40, 50, 89; WILDHABER, p. 359. TRECHSEL, pp. 471, 472.
[31] Arrêt non publié du 15.8.78; RAYMOND, p. 57; WILDHABER, p. 364.
[32] LIEBSCHER, pp. 512, 513.
[33] Sur la légitimité du procureur bâlois ATF 102 Ia 383; WILDHABER, p. 364. Sur la prolongation de la détention préventive après un jugement condamnatoire, ATF 104 Ia 297.

public sur «les nécessités de l'instruction» invoquées si souvent et si longuement pour prolonger des détentions préventives.

Chapitre 21. Le régime de détention

Le régime de la détention a occupé abondamment le Tribunal fédéral cette dernière décennie.

Les limites de la procédure du secret, héritée de la France, ont été tracées avec toute la précision nécessaire à une mesure d'une gravité exceptionnelle. L'obligation de motiver la mise au secret est imposée à l'autorité cantonale[34]. Depuis l'arrêt Minelli[35], véritable bréviaire du geôlier, et l'arrêt Duboux, consacré à l'excès logographique d'un détenu[36], le TF a notamment eu l'occasion de se pencher sur les conditions de détention, avant et après le jugement, de deux terroristes allemands particulièrement dangereux[37]. Il a confirmé sa jurisprudence antérieure[38] sur les possibilités de défense des inculpés relevant uniquement de l'art. 4 Cst, mais non pas de la liberté personnelle (dans toute son étendue). Il est vrai qu'il a ajouté que les dispositions de la CEDH doivent aussi être prises en compte, ce qui réduit quelque peu la portée de la considération précédente.

Il a confirmé également que le juge pouvait ouvrir la correspondance entre le détenu et son avocat, sans la lire il est vrai, pour s'assurer que le correspondant est bien l'avocat et non un complice[39]. Il a également justifié les mesures de précaution accrues entourant les visites de l'avocat, afin qu'elles ne soient pas l'occasion d'une tentative de fuite. Même approbation de l'interdiction faite à l'avocat d'apporter, lors de sa visite, des appareils photographique ou enregistreur.

Le TF a encore admis le régime d'isolement cellulaire, et l'éclairage artificiel 16 h. sur 24 h., coupé de 22 h. à 6 h. Il accepte enfin, quoique avec une certaine réticence, la surveillance constante par télévision interne contre le risque d'évasion ou de suicide. La raison n'en est pas expliquée, bien que le droit

[34] X c. Genève, ATF 101 Ia 46; Bonzi c. Vaud, ATF 103 Ia 293, et Commission européenne des Droits de l'Homme, 12.7.78 (7854/77).
[35] ATF 99 Ia 262 (résumé brièvement au JdT 1974 I 657).
[36] ATF 100 Ia 454.
[37] Arrêts non publiés K-T et M. des 7.6.78 et 19.12.78.
[38] ATF 101 Ia 186.
[39] Cf. ATF 99 Ia 287 litt. c. Cette décision postule la surcharge de travail du magistrat instructeur, effaçant sa curiosité professionnelle et humaine...

du pouvoir d'interdire un suicide – acte non réprimé par le code pénal – ne soit pas évident.

Le TF s'est penché sur d'autres aspects de la détention, sans s'écarter notablement de l'arrêt Minelli. Il a admis les recours uniquement en ce qui concerne l'interdiction de consulter les journaux et d'écouter la radio.

Dans cette mesure, il ne s'est pas écarté de la tendance des organes de la CEDH, qui attachent une importance considérable aux libertés d'expression, d'information, de pratique religieuse, au droit au mariage et à la vie familiale (y compris les relations entre époux) pour les prisonniers[40].

Ces dernières années, le TF a eu l'occasion à plusieurs reprises d'examiner des recours de détenus critiquant le refus d'acheminer des lettres ou des imprimés. Dans une casuistique sans cesse affinée, il a condamné l'interdiction générale de correspondance entre de proches parents, le refus d'acheminer une lettre faisant état de sévices non totalement dénués de vraisemblance et de façon générale tout règlement de caractère purement chicanier, vidant de sa substance la liberté personnelle en tant qu'institution fondamentale. Au contraire, il a toléré le refus de transmettre des lettres ou des imprimés qui visent à saper l'organisation de l'administration pénitentiaire. Il a aussi examiné le problème des congés pénitentiaires, et l'interdiction faite au prévenu de communiquer avec son avocat[41].

En revanche, le TF a peu eu l'occasion de dessiner les frontières entre les contraintes inhérentes au régime des établissements de détention d'une part, la torture de l'autre. Saisie de requêtes fondées sur l'art. 3 CEDH, la Cour de Strasbourg a jugé «qu'un traitement qui cause de vives souffrances physiques et morales et entraîne des troubles psychiques aigus est inhumain; un traitement de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité, propre à humilier, à avilir et à briser éventuellement la résistance physique ou morale a été qualifié par elle de dégradant»[42]. Le TF a d'ailleurs jugé qu'une détention destinée essen-

[40] RAYMOND, pp. 36, 38; Annuaire suisse de droit international 1978, pp. 214–221, Nos 6.3.3, 6.3.4, 8.1, 8,2.

[41] Arrêts non publiés P. 15.11.78; Sch. 3.12.75 et 15.6.76; E. 9.3.77; St. 21.6.77; K. 17.8.76 et 21.4.78; G. 8.10.76; H. 12.8.77; R. 15.6.76. Cf. aussi ATF 97 I 49; 101 Ia 148 et 345; 102 Ia 282 cons. a; 105 Ia 104.

[42] RAYMOND, p. 37 ch. 45; cf. aussi l'arrêt Petra Krause (ATF 103 Ia 165 = JdT 1978 IV 124, CEDH No 7986/77), et l'arrêt Bonzi (note 34 ci-dessus). Sur la durée de la détention préventive (art. 5 al. 3 CEDH), cf. arrêt Wemhoff, Annuaire 1978, 797.

tiellement à obtenir des aveux violait la garantie constitutionnelle de la liberté individuelle[43]. Il a aussi jugé que le cachot infligé à un détenu retrouvé après sa fuite ne constitue pas nécessairement une mesure contraire à la Constitution ou la dignité humaine[44].

Chapitre 22. La liberté d'opinion

S'il est un principe de la démocratie qui n'est pas combattu, c'est bien la liberté d'opinion, plus belle conquête des lumières[45]. Il faut s'afficher anti-démocrate pour oser clamer: «la tolérance, il y a des maisons pour cela»[46]. Et pourtant, au delà des discours de cantine, ne convient-il pas de réfléchir à la pensée de TOCQUEVILLE sur le despotisme spirituel aux Etats-Unis du XIX[e] siècle: le conformisme n'agit pas sur les corps, mais sur les esprits; on ne dit pas: «pense comme moi ou meurs», mais «pense comme tu veux, si ce n'est pas comme moi tu es un étranger»[47].

Or il faut, pour la santé du pays, que chacun puisse exprimer une opinion, même fausse, et que chacun puisse apprendre ce que les autres pensent. Car qui jugera qu'une opinion est juste ou fausse? Et à quel instant? Quant aux informations fausses, elles ne méritent apparemment pas les mêmes égards, mais il faut les tolérer cependant, «parce qu'on ne pourrait les éliminer qu'en usant de procédés si graves qu'ils emporteraient la liberté. En d'autres termes les informations fausses sont le prix que la société doit payer pour en avoir de vraies»[48]. Trois objectifs peuvent justifier une restriction de la liberté d'opinion: la protection de l'Etat, celle de la société ou de l'ordre public, celle des particuliers, quand ils sont menacés dans leurs libertés, leur honneur ou leurs sentiments les plus intimes[49]. Pendant longtemps, le TF n'a admis des restrictions qu'en cas de danger sérieux direct et imminent, suivant en cela une longue jurisprudence de la Cour su-

[43] ATF 103 Ia 301.
[44] G. 8.10.76, non publié.
[45] Avoir le droit de dire la vérité est une part d'oxygène moral indispensable à l'individu (SALADIN, p.75), «an indispensable condition of nearly every other form of freedom» (Curtis Publ.6 v.Butts, 388 US 130).
[46] Le mot est de CLAUDEL. Il est parfois attribué à DAUDET, BARRÈS ou MAURRAS. Il n'est de toute façon que drôle.
[47] ALEXIS DE TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique, Paris 1951.
[48] AUBERT, Opinion, p.431.
[49] Ibid. pp.433, 434.

prême des USA. En tout cas, l'expression d'une opinion subversive ou anticonformiste ne suffit pas à légitimer une répression, encore faut-il un appel à une action concrète illicite, savoir un danger probable, accompagné d'actes matériels[50]. A l'approche de la guerre de 1939, le TF a dérivé vers le concept du danger simplement probable, potentiel pour l'ordre public, réprimant par là même la seule appartenance à une organisation extrémiste: c'est le délit d'opinion, l'abandon implicite de la liberté d'opinion[51]. Le retour à la règle du danger imminent s'est fait ensuite, notamment avec les deux arrêts de 1965 et 1966 confirmant l'interdiction de manifestations du Rassemblement jurassien, mais en renonçant à viser le véritable perturbateur[52].

Les Chambres, en votant la première loi HAEBERLIN, après la grève générale de 1918, visaient l'apologie d'actes propres à troubler l'ordre public et la sécurité intérieure (art. 47)[53]. Un référendum populaire a empêché cette législation réprimant le délit d'opinion d'entrer en vigueur, mais elle a été introduite sous la forme des arrêtés d'exception du Conseil fédéral entre 1938 et 1950 puis, sous une forme atténuée, dans la novelle au Code pénal suisse du 5 janvier 1950[54]. C'est ainsi que le journaliste communiste Pierre Nicole a été condamné le 1er décembre 1951 à quinze mois d'emprisonnement par la Cour pénale fédérale pour ses attaques contre la politique d'abandon de la neutralité qu'il reprochait au Conseil fédéral, ceci sur la base des art. 174 et 266 CP[55]. Un de ses camarades, Arnold, a été frappé d'une condamnation analogue le 28 avril 1953 pour un discours tenu à Budapest sur la politique «américaine» du Conseil fédéral[56].

On est revenu à une politique plus libérale. Les textes de MEIENBERG, ZIEGLER ou MASNATA-RUBATTEL, soulèvent l'indignation de nombreux lecteurs, mais heureusement ne donnent pas lieu à

[50] PERRET, p. 19. ATF 34 I 254 (mormons et polygamie); 58 I 84 (doctrine bolchéviste); 59 I 13 (refus de servir); 61 I 264 (création de cellules communistes dans l'armée); 62 I 218 (journal raciste); ainsi que 55 I 228; 58 I 219; 60 I 108; 70 IV 141; 73 IV 100.

[51] Arrêt Humbert-Droz II, non publié, de 1937; ATF 63 I 281; ZBl 1938, 50 et 172; 1942, 354. Cf. SALADIN, p. 67.

[52] ATF 91 I 321, 92 I 24; PERRET, pp. 32, 33, 36, 37.

[53] Cf. PERRET, pp. 58ss. Il y a même eu en 1890 un projet de loi réprimant tout appel à la lutte des classes, mais finalement le Département de Justice a renoncé à le soumettre au Conseil fédéral (ZELLWEGER, pp. 150, 151).

[54] PERRET en fait une critique incisive, fort actuelle, aux pages 68–88.

[55] RPS 1954, pp. 298–334, not. 302.

[56] ATF 79 IV 24.

des enquêtes judiciaires. Néanmoins le projet de novelle au Code pénal de 1978, visant les associations de malfaiteurs et les actes préparatoires, a inspiré à juste titre l'inquiétude. Une fois de plus, les temps troublés provoquent la nervosité du législateur, qui a de la peine à distinguer d'une part la critique de celui qui pense différemment et d'autre part l'appel à la violence du truand, politique ou crapuleux, ou mixte.

L'exemple américain à l'époque du Sénateur Joseph McCarthy est instructif. Après les remous soulevés par l'affaire des époux Rosenberg, les tribunaux des USA ont exigé des preuves très strictes que l'accusé n'est pas seulement en sympathie avec les buts d'un parti extrémiste, mais qu'il est prêt à renverser les institutions par la violence. Pratiquement la preuve doit être rapportée qu'il récolte des armes et des explosifs[57]. Dans l'appréciation de l'illicéité, le simple critère de la proportionnalité entre l'intérêt de l'Etat et celui de l'accusé n'est pas suffisant, pour trois raisons:

a) le jury risque de retenir la culpabilité non pas sur la base de l'accusation, mais pour punir l'accusé de son expression ou de son affiliation à une certaine organisation;

b) le jury peut retenir à tort un lien de causalité entre les paroles ou l'association d'une part et le grief retenu d'autre part;

c) ce risque peut effrayer des tiers et les limiter ainsi dans leur liberté d'expression ou d'association[58].

Il faut se méfier des déductions tirées des paroles de l'accusé («Je tuerai X», «Je préfère le régime soviétique à celui des USA»), plus encore des paroles d'un tiers, et tout-à-fait des déductions tirées de l'affiliation à un parti ou à un groupe. Ceci surtout en période de tensions telles que la guerre froide des années 1950, les troubles sociaux autour de 1968[59], et les actes de terrorisme contemporains.

A côté de la répression pénale, l'interdiction professionnelle menace également celui qui pense différemment. Sur la base des art. 22 et 24 al. 2 de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927, on exige des serviteurs de l'Etat une attitude

[57] QUINT, pp. 1622–1678. Cf. not. Scales v. US, 367 US 203 (1961); Noto v. US, 367 US 290 (1961); Hellmann v. US, 298 F. 2nd 810 (9th Cir. 1961).

[58] QUINT, pp. 1641, 1661, 1662. En d'autres termes (p. 1667), les Cours supérieures doivent revoir l'administration des preuves et refuser celles d'attitudes protégées par le 1er amendement, si l'intérêt de l'Etat ne contrebalance pas fortement la liberté garantie.

[59] QUINT, pp. 1668–1678.

neutre, dont le contenu varie suivant la fonction en cause[60]. Quant à l'accès à l'Université, J.P. MÜLLER remarque que le TF ne l'a pas ouvert aussi largement qu'on pouvait l'attendre d'une Cour suprême attachant tant de prix à la liberté d'opinion et à la liberté de se former une opinion[61]. Ceci conduit au sujet controversé du droit à l'information. Dans un arrêt du 8 mars 1978, le TF considère que la liberté d'expression (droit constitutionnel non écrit) et la liberté de la presse (art. 55 Cst) garantissent non seulement la liberté d'opinion, mais encore celle de recevoir et de diffuser des nouvelles et des opinions, y compris la liberté de se renseigner aux sources disponibles en général. Mais il n'interdit pas pour autant au gouvernement grison d'exclure du service d'information un journaliste qui ne respecte pas certaines règles déontologiques[62]. Le TF attend que des cantons introduisent dans leur constitution le droit à l'information, condition de la formation et de la diffusion des opinions, avant de le reconnaître comme un droit constitutionnel non écrit[63].

Les pages qui précèdent ont examiné seulement les mesures répressives restreignant la liberté d'opinion. Deux travaux récents sur la censure cinématographique préalable dispensent de s'arrêter sur ce problème. L'impression en découle que cette forme de protection de l'ordre public est peu désirable dans un système politique admettant la responsabilité des citoyens, et d'ailleurs anticonstitutionnelle, sauf peut-être en ce qui concerne les enfants[64]. Il n'est pas interdit de penser que le TF partage ce sentiment[65].

[60] On exige plus du diplomate ou du haut fonctionnaire que du professeur, du professeur que du cheminot. ATF 57 I 159; Zbl 1948, p. 553. PERRET, pp. 148–153. AUBERT, Traité, Nos 2141–2145, 2156. Récemment: ATF 101 Ia 172 (Froidevaux c. Argovie).

[61] Arrêt Wäfler et cons. c. Bâle-Ville, ATF 103 Ia 369. La critique de J.P. MÜLLER (ZBJV 115, 1979, H. 3, pp. 123 ss) est incisive. N'est-il pas surprenant, relève-t-il, que le droit de peindre en prison soit garanti (ATF 97 I 45; 103 Ia 295) plus largement que celui de choisir librement sa profession? Cependant on peut se demander si la motivation du recours était idoine, et si les recourants n'auraient pas dû invoquer aussi la liberté d'opinion.

[62] Arrêt Union suisse de journalistes et Bürgin et cons. c. Grisons, ATF 104 Ia 94. DENIS BARRELET critique cet arrêt et mentionne le droit à l'information dans les législations des USA et de Scandinavie (RSJ 79, p. 69)

[63] Ibid. et ATF 100 Ia 400 cons. 4c. La jurisprudence a évolué depuis l'arrêt Seelig (ATF 80 II 26). Cf. AUBERT, Opinion, p. 445. – Sur le refus de témoigner d'un journaliste, cf. chap. 29 E ci-dessous.

[64] CHARLES PONCET, La censure cinématographique en droit administratif suisse et en droit genevois, SJ 1979, pp. 49–67. HENRY ROSSET, La censure cinématographique en Suisse, thèse Lausanne 1979. Ce dernier auteur écrit (p. 106) que

Ceci conduit à l'attitude des autorités devant l'obscénité. Le TF la définit dans l'application des art. 204 et 212 CP. Il retient traditionnellement comme critère la pudeur du citoyen moyen, tout en refusant de substituer à l'appréciation du juge celle d'un sondage d'opinion[66]. Dans ce domaine, difficile est le départ entre la protection contre soi-même et celle des tiers corruptibles. Pendant longtemps, les actes sexuels sortant des sentiers battus étaient réprimés, parfois sauvagement[67]. Il est étrange que des périodes de l'histoire qui élevaient le laissez-faire économique au rang d'un droit fondamental primordial écartaient le voile de l'alcôve conjugale pour ordonner les ébats des époux[68]. Dans ces mêmes périodes, au demeurant, une étrange indulgence est accordée au viol. L'Etat ne protège en réalité pas l'individu contre lui-même mais bien une notion abstraite et peu définie de la moralité publique. Or on n'a pas encore trouvé les critères de

dans la censure préalable il n'existe pas un rapport raisonnable entre la gravité de la mesure et l'importance du résultat à attendre, mais que la censure pour la jeunesse (pp. 97, 98 et 104) est conforme à l'intérêt public et proportionnée, car elle ménage la santé physique et psychique de personnes influençables, dont le développement est inachevé. Cf. aussi PERRET, p. 46.

Pour la France, cf. l'arrêt du Conseil d'Etat du 18. 12. 59, Société «Les films Lutetia» et cons., Rec. 693.

Un arrêt de la Cour suprême des USA a interdit la censure préalable du New York Times, diffusant un dossier du Pentagone en relation avec la guerre du Vietnam, alors même qu'il s'agissait d'un sujet de haute politique internationale et militaire, et que le Président en exercice se trouvait désavoué (Harvard Law Review, vol. 85, 1971/72, pp. 199–212).

[65] ATF 101 Ia 252.

[66] ATF 89 IV 132; 96 IV 68; 97 IV 100; 99 IV 57, 251; 100 Ib 383; 100 IV 233; 103 IV 96, 172, 251.

[67] Dr. TISSOT, De morbis ex manustuprazione ortis, Lausanne 1758; L'onanisme, Lausanne 1760. – Jos VAN USSEL, Une histoire de la répression sexuelle, Paris 1972. – GÉRARD ZWANG, Lettre ouverte aux mal baisants, Paris 1975. – JEAN-PAUL ARON et ROGER KEMPF, Le pénis et la démoralisation de l'occident, Paris 1978.

[68] THOMAS L. HINDES, Morality enforcement through the criminal law and the modern doctrine of substantive due process, in: University of Pennsylvania law review, vol. 126, 1977/78, pp. 344–384. L'auteur passe en revue la consommation de la marihuana, les actes de sodomie ou de fellation pratiqués par des époux, la possession et l'usage privé de matériel pornographique, l'avortement commis par la mère avant que le fœtus soit viable, l'homosexualité. Il examine les lois répressives de certains Etats et les décisions plus ou moins libérales des tribunaux. Et il conclut (p. 384) «To put an individual in jail for his own good or because his conduct offends some moral precept seems itself immoral and arguably unconstitutional as well... When an individual is jailed merely because the majority does not like the way he acts, the potential moral hazard posed by the criminal sanction is no longer inchoate.»

capacité pour désigner les censeurs et les définisseurs de la moralité. Et l'on n'a pas prouvé que la «dissolution des mœurs» menace plus la société que la confusion du for interne et du for judiciaire[69].

La condamnation d'actes nuisibles est légitime. Celle d'actes soumis au for interne de chacun ne relève pas clairement de la fonction légitime du gouvernement.

La jurisprudence contemporaine semble le comprendre, encore que l'influence moralisatrice n'ait pas totalement disparu. Pour les autorités de Strasbourg, une restriction légale à la liberté d'expression se justifie si elle a pour but la protection de la morale dans une société démocratique et pour moyen la condamnation des publications obscènes, définies par leur objectif de dépraver et de corrompre[70]. En l'espèce, l'ouvrage critiqué visait particulièrement les jeunes gens de 12 à 18 ans, et certains passages pouvaient être interprétés «par des jeunes gens traversant une période critique de leur développement comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre certaines infractions pénales»[71].

Il est enfin un domaine où la liberté d'opinion rejoint la source historique de sa garantie dans l'ordre constitutionnel suisse, la liberté de conscience et de croyance de l'art. 49 Cst[72]. Il s'agit du refus de servir dans l'armée, fondé sur des motifs de conscience. Il est clair que le TF ne peut revoir sous l'angle de la liberté d'opinion des actes ou des abstentions criminalisés par une loi fédérale, le code pénal militaire. En revanche il est compétent pour statuer sur des effets civils d'un jugement militaire, et c'est ce qu'il a fait récemment en cassant la décision grisonne de fermer l'examen de conservateur du registre foncier à un candidat condamné pour refus de servir, à la suite d'un grave conflit de conscience, et exclu de l'armée[73]. La Haute Cour a considéré que

[69] AUBERT, Exposé, pp. 342–345, pose la question de la protection contre soi-même, notamment en relation avec la ceinture de sécurité, la drogue et le vaccin.

[70] Affaire Handyside, 7.12.76: saisie du petit livre rouge des écoliers en Grande-Bretagne, Série A vol. 24.

[71] Ibid. No 52.

[72] BÄUMLIN, thèse, pp. 113–121: La liberté religieuse est le dernier bastion de la démocratie dans les pays totalitaires, car l'Etat ne peut dire à l'Eglise ce qu'elle est. Or le christianisme respecte, par définition, la dignité humaine.

[73] ATF 104 Ia 187. Dans l'arrêt Froidevaux (ATF 101 Ia 172 = JdT 1977 I 162) l'interdiction d'enseignement d'un instituteur argovien avait été confirmé, à la suite de deux condamnations prononcées par un tribunal pénal ordinaire sur la base de l'art. 276 CP.

le candidat n'avait pas violé ses devoirs civiques en général, mais seulement un devoir civique déterminé, cette infraction ne mettant point en doute son honorabilité puisque le Tribunal militaire, dans un jugement très modéré, avait retenu des motifs éthiques et religieux.

Quant au Tribunal militaire de cassation, il n'admet qu'avec réserve la circonstance atténuante du grave conflit de conscience réputé état de nécessité impératif (art. 81 ch. 2 CPM). En cas de doute, celui-ci n'est pas présumé. Dans le même esprit, la notion de provocation à la violation des devoirs militaires (art. 98 CPM) et celle de menée contre la discipline militaire (art. 99 CPM) semblent retenues facilement, quand bien même les appels ou tracts ne visent pas tant le principe de la défense nationale que sa conception[74].

Chapitre 23. Association, réunion, manifestation

La liberté de réunion pose à l'ordre public des problèmes plus délicats que la liberté d'opinion. Car une chose est d'exprimer un avis anticonformiste, voire impertinent, ou même iconoclaste, et autre chose de se réunir entre sympathisants dans une arrière-salle de café pour refaire le monde et conspuer le gouvernement. Mais autre chose encore de rassembler 200 000 hommes derrière fanfare, drapeaux, et peut-être armes, à Nuremberg ou ailleurs.

Le TF fait la différence. Il exclut toute autorisation préalable à la création d'association. Dès 1970, il reconnaît la liberté de réunion comme un droit constitutionnel non écrit. En revanche, il refuse cette qualité à la liberté de manifester: une autorisation est nécessaire dès qu'il y a usage accru du domaine public[75].

Or les réunions politiques publiques, les manifestations et les cortèges appartiennent à l'histoire des démocraties. Paraphrasant le TF au sujet de la liberté d'expression, on peut dire qu'ils sont le fondement de tout Etat démocratique, dans la mesure où ils permettent la libre formation de l'opinion politique, indispensable au plein exercice de la démocratie[76]. Dès lors, en les soumettant

[74] Arrêts du Tribunal militaire de cassation, 8e vol., Nos 2, 18, 36, 65.

[75] ATF 96 I 219. SALADIN, Préface à la IIe éd., p. X. ATF 99 Ia 693, 100 Ia 392. AUBERT, Exposé, pp. 154–156. A. GRISEL (Juridiction) se demande si le droit de démonstration deviendra aussi un droit constitutionnel non écrit (p. 218): la constitution du Canton du Jura l'admet déjà.

[76] Arrêt Aleinick c. Genève, ATF 96 I 592. Cf. l'analyse de cet arrêt dans l'article de C. A. MORAND.

à l'autorisation, les pouvoirs publics s'exposent à faire un choix arbitraire, interdisant tel conférencier qui a coutume de tenir des propos provocateurs, tolérant tel défilé dont les bannières sont rassurantes.

De surcroît, l'interdiction risque de ne pas atteindre le véritable perturbateur, celui qui sème violemment le trouble dans une manifestation, mais bien l'organisateur d'une réunion démonstrative, celui «par qui le scandale arrive».

Quarante ans après THILO, RHINOW a rédigé une synthèse de la jurisprudence fédérale en la matière. Il en résulte que toute propagande est permise tant qu'elle ne dégénère pas en actes illégaux; que l'utilisation de la voie publique viole nécessairement les règles de la circulation, ce qui justifie l'autorisation préalable, mais qu'il ne faut pas donner au trafic le pas sur la liberté d'expression; que la liberté de réunion ne peut être revendiquée que si la manifestation n'est pas illégale dans ses buts ou ses moyens; que l'Etat ne doit pas éluder son devoir de maintenir l'ordre, notamment à l'égard d'éventuels contre-manifestants, en interdisant simplement une manifestation protégée par un droit constitutionnel au lieu de prévenir les troubles possibles par la mobilisation de forces de police[77].

Ces principes paraissent clairs. En réalité leur application l'est moins, car l'interdiction de manifestation se fonde plus souvent sur la clause générale de police que sur une règle légale précise. On l'a vu à l'occasion de l'interdiction des manifestants jurassiens lors du cortège bernois de l'Exposition nationale suisse à Lausanne, en 1964. On le revoit à d'autres occasions en relation avec l'affaire jurassienne, mauvaise conscience de la Confédération ces trois dernières décennies. Le TF est écartelé entre les nécessités de l'ordre et les impératifs de la liberté. Dans le même arrêt rendu le 21 septembre 1977 en la cause Rassemblement jurassien et Unité jurassienne contre Conseil-exécutif du canton de Berne, il écrit (p. 312):

«La jurisprudence récente a tendu à élargir la notion de perturbateur, en considérant comme tel, non seulement l'auteur d'un risque ou d'un dommage,

[77] JdT 1932 I 610. Zbl 72, 1971 pp. 33ss et 57ss. A l'abondante jurisprudence citée dans ces deux articles, il faut ajouter des arrêts ultérieurs, notamment ATF 99 Ia 689 (Narcisse Praz c. Genève); 100 Ia 392 (théâtre de rue à caractère politique, avec mégaphone, sur la place de la Landsgemeinde à Zoug); 102 Ia 50 (Parti socialiste de Zurich); 103 Ia 310 (Rassemblement jurassien et Unité jurassienne c. Berne) et, en matière d'émeute, 103 IV 241 (art. 260 CP).

Cf. aussi AUBERT, Exposé, pp. 152–156; AUBERT, Traité, Nos 2128–2133; JÜRG BOSSHART, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, thèse Zurich 1973.

mais également celui qui, par son comportement, crée le risque d'une violation par des tiers de l'ordre public (ATF 99 Ia 511 et les arrêts cités). En réalité la notion de perturbateur paraît susceptible de varier selon le domaine du droit considéré, les intérêts protégés et les buts visés (voir par exemple, en ce qui concerne la législation sur la protection des eaux contre la pollution, ATF 101 Ib 414 c.5 et 102 Ib 206 ss.).»

En conclusion, le TF a refusé d'annuler l'interdiction des manifestations jurassiennes quand bien même la menace de perturbation venait plutôt des contre-manifestants probables. Sans vouloir critiquer la décision d'espèce, on se permet de craindre une généralisation de ce système (d'ailleurs vieux comme le monde). Il risque de figer la société, d'interdire les opinions paradoxales, de créer finalement une situation d'ébullition révolutionnaire. Comme l'écrit le professeur AUBERT, ce sont les opinions minoritaires qui ont besoin de protection, pas les conformistes. Et le réformisme est permis, sans quoi la Suisse ne connaîtrait ni la représentation proportionnelle, ni le suffrage féminin, ni l'AVS, ni le canton du Jura[78]. On peut déplorer certaines initiatives, s'opposer aux associations qui professent certaines doctrines, s'irriter devant des manifestations bruyantes ou jugées stupides: on doit les tolérer tant qu'elles n'appellent pas à la violence. C'est en cela que le parti national-socialiste devait être interdit, tandis que telle secte pacifiste doit pouvoir s'exprimer librement.

Que l'on cite brièvement sur le même sujet deux décisions, l'une du Conseil d'Etat français, l'autre de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. La première concerne une conférence de l'écrivain RENÉ BENJAMIN, de l'Action française, interdite par le maire de Nevers parce que les instituteurs, qualifiés d'«Aliborons et démagogues» par le pamphlétaire, se préparaient à troubler la réunion; le Conseil d'Etat a annulé l'interdiction car le maire aurait pu maintenir l'ordre par des mesures de police[79]. Dans la seconde, la Cour suprême des USA a déclaré licite un piquet de grève sur le domaine privé de l'entreprise commerciale qui employait les grévistes, car la liberté d'expression garantie de manière privilégiée par le 1er amendement l'emportait sur la garantie d'une propriété privée ouverte au public[80]. Il est vrai que

[78] AUBERT, Exposé, p.152; IDEM, Traité, Nos 2154–2169.

[79] CE 19 mai 1933, Benjamin, Rec.541.

[80] Amalgamated Food Employees 391 US 308 (1968); Harvard Law Review, vol.82, 1968/69, p.130. STALDER (p.95) cite d'autres arrêts de la Cour suprême, et notamment l'un d'eux, suivant lequel les routes et les places publiques «have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts

cette jurisprudence a été ensuite limitée aux fonds que l'affectation permettait d'assimiler au domaine public, et aux manifestations en relation étroite avec ces fonds.

Pour revenir à la Suisse, des décisions du TF rendues en 1979 montrent à quel point les libertés idéales s'imbriquent les unes dans les autres imposant presque totalement, à plus ou moins bref délai, la doctrine de la garantie institutionnelle de la liberté personnelle. Comme l'arrêt Aleinick, ils concernent tous trois la distribution d'imprimés sur le domaine public et touchent ainsi à la liberté de la presse comme à celle de manifester[81].

Le premier arrêt confirme le refus d'autoriser la vente, dans un stand érigé sur le domaine public, d'une publication faisant l'apologie des rapports homosexuels, notamment entre un adulte et un adolescent. Le second autorise un stand analogue, mais interdit la distribution, parmi d'autres imprimés autorisés, d'un imprimé appelant à des démonstrations avec masques à gaz et imperméables sur l'emplacement atomique de Gösgen. Dans l'un et l'autre, le TF approuve l'interdiction d'utiliser le domaine public pour encourager des actes illicites, interdiction qu'il distingue de la censure politique. L'interdiction ne repose pas sur la clause générale de police, mais sur une base légale, cantonale ou communale. C'est seulement si l'utilisation du domaine public est le seul moyen d'exprimer des idées (par exemple la collecte de signatures pour une initiative ou un référendum), que son interdiction peut constituer la violation d'un droit fondamental, écrit le TF. Cette cautèle est particulièrement intéressante, car elle implique que l'apologie d'idées contraires à l'ordre juridique existant doit être tolérée tant que la voie choisie est constitutionnelle, en l'espèce la démocratie semi-directe. Au niveau des idées, l'ordre légal cède parfois le pas à l'ordre constitutionnel.

Le troisième arrêt concerne également la diffusion d'un imprimé de nature non commerciale, *«Kämpfendes Afrika»,* sur le domaine public, pour le prix d'un franc. Le colporteur condamné, sur la base de règlements communal et cantonal, à une amende de 30 fr. pour n'avoir pas obtenu une autorisation administrative préalable, recourt victorieusement au TF: la liberté de la presse l'emporte sur la réglementation de l'utilisation du domaine pu-

between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens» (307 US 515).

[81] H. et T.c.St-Gall, 21.3.79 (non publié); S.28.3.79 in ATF 105 I 15; G.c. Zurich, 16.5.79 (non publié). Pour l'arrêt Aleinick, cf.note 76 ci-dessus. Cf.aussi ATF 105 Ia 91 (sur une décision schaffhousoise).

blic; une réglementation qui rend impossible toute vente d'imprimé à contenu politique ou idéal viole l'article 55 Cst, vu l'importance de cette garantie comme moyen de formation de l'opinion dans un Etat démocratique; il n'est pas acceptable de refuser en général toute autorisation de démonstration sur les rues et places publiques pour des raisons tirées des nécessités de la circulation.

Ces trois arrêts sont un signe de la préséance des libertés idéales sur les droits patrimoniaux qui sera évoquée au chapitre 25 ci-dessous.

Chapitre 24. Les limites générales des libertés idéales

Définir les limites des libertés idéales et notamment de la liberté personnelle est un exercice frustrant. La théorie dresse les libertés contre l'ordre public, l'ordre public contre les libertés. Pour échapper à la tautologie, certains préconisent le pragmatisme, la pure casuistique, ce qui n'est pas moins frustrant, car au bout de ce chemin se dresse la raison d'Etat, qui pour être celle du plus fort est rarement la meilleure.

C'est aux Etats-Unis que le problème s'est posé de la manière la plus pure. Les pères fondateurs interdisaient, dans le 1er amendement, au Congrès de légiférer contre la liberté de parole, de la presse ou de l'expression[82]. Or dès 1934, le Congrès mène des enquêtes sur le loyalisme et la subversion, d'abord contre les nazis, puis contre les communistes[83]. La menace intérieure et extérieure paraît telle, à tort ou à raison, que le caractère absolu du 1er amendement admis à vrai dire par un petit nombre d'éminents juristes, Justice Black à leur tête, cède devant la raison d'Etat car, professe-t-on, il prohibe toute limitation arbitraire de la liberté d'opinion, et non pas toute limitation raisonnable. C'est alors que se développe la doctrine du danger clair et présent menaçant l'ordre public[84]. Puis sous l'impulsion des maccarthys-

[82]. "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

[83] Voir chez F. Meyer, p. 44, Les compétences du HUAC (House Committee on Un-American Activities). «Unamerican» pourrait se traduire par «unschweizerisch». On trouvera une remarquable description de l'évolution jurisprudentielle aux Etats-Unis, et notamment une critique pénétrante du «clear and present danger test» chez Stalder, pp. 46 ss.

[84] "Clear and present danger test" (Justice Holmes). Cf. F. Meyer, pp. 129 ss.

tes, soutenus par le Général Eisenhower[85], la Cour suprême se contente du danger probable. Elle recherche in casu si la gravité du danger, diminuée de son improbabilité, justifie l'atteinte, nécessaire pour éviter ce danger, à la libre expression d'un citoyen. Elle en conclut que toute activité communiste doit être réprimée puisqu'une telle activité vise la destruction des libertés. Les mesures tendant à parer au danger doivent être d'autant plus précoces que le péril est en lui-même plus grave[86]. Ainsi la Cour suprême, suivant le Congrès, accepte en quelque sorte de suspendre les libertés publiques dans une situation politique, la guerre de Corée, où elles sont menacées par un groupe, celui des sympathisants communistes, voire, au gré de la chasse aux sorcières, celui de tous les anticonformistes[87]. Ce n'est pas une coïncidence si le TF a suivi une ligne très proche à l'annonce de la guerre de 1939; il est en revanche plus curieux qu'il ait maintenu cette tendance à l'époque de la guerre de Corée, qui ne constituait nullement une menace analogue pour la Suisse.

Quoi qu'il en soit, il est évident qu'un pays aussi attaché à la démocratie que les USA ne pouvait maintenir longtemps une pratique aussi restrictive de la liberté personnelle. Le revirement se manifesta particulièrement dans l'arrêt Yates, rendu en 1957 (après la fin de la guerre de Corée), selon lequel est licite la diffusion de l'idée qu'une révolution est nécessaire et souhaitable; mais inciter à une action révolutionnaire, même future, est

[85] "... the Bill of Rights contains no grant or privilege for a group of people to join together to destroy the Bill of Rights. A group – like the communist conspiracy – dedicated to the ultimate destruction of all civil liberties cannot be allowed to claim civil liberties as its privileged sanctuary from which to carry on subversion against the Government." (Général EISENHOWER, cité par F. MEYER, p. 140 n. 18)

[86] C'est la formule du Chief justice VINSON, le président conservateur de la Cour suprême, dans le fameux arrêt Dennis et al. v. US, 341 US 494 (1951). Les opinions des membres de la Cour sont exposées chez LASSALE, pp. 58 ss. Elles vont des partisans les plus stricts de l'ordre, tels les juges FRANKFURTER et JACKSON, qui s'inclinent devant la volonté non équivoque du Congrès de voiler les libertés (Smith Act) jusqu'aux plus libéraux, les juges BLACK et DOUGLAS, minoritaires, qui interprètent rigoureusement le 1er amendement comme prohibant toute censure préalable des idées.

[87] "... it would be sheer folly as a matter of governmental policy for an existing government to refrain from inquiry into potential threat to its existence or security until danger was clear and present... There is a vast difference between the necessities for inquiry and the necessities for action. The latter may be only when danger is clear and present, but the former is when danger is reasonably represented as potential." (Judge PRETTYMAN, cité par F. MEYER, p. 140 n. 27)

illicite[88]. Par cet arrêt, des fonctionnaires californiens assistant à des réunions communistes sont réintégrés. Depuis lors, la Cour suprême ne cesse de proclamer l'importance primordiale de la liberté d'opinion et le danger de ses limitations[89]. Les opinions dominantes seront reprises dans le chapitre suivant, consacré à la hiérarchie des libertés. En effet, sous l'influence de son Président STONES, la Cour suprême des années 1940 à 1950 a cherché une solution dans le système des libertés privilégiées par opposition à celui de la balance des intérêts[90].

En Suisse, ce sont les professeurs qui expriment les doctrines, plus que la Haute Cour méfiante des grands principes. GIACOMETTI se contente d'écrire que les restrictions apportées aux libertés dans l'intérêt public doivent se mouvoir dans les limites de l'Etat libéral; comme il n'y a d'Etat ni entièrement libéral, ni entièrement totalitaire, c'est l'emprise de l'action étatique qui déterminera jusqu'où va l'intérêt public justifiant les restrictions, étant supposé que les constitutions cantonales en tracent les limites infranchissables[91]. En d'autres termes, le doute profite à la liberté, mais le pouvoir politique peut le renverser. BÄUMLIN va plus loin dans la même direction, en exigeant une procédure exceptionnelle pour le vote des lois restreignant les libertés, par exemple un quorum sévère[92]. SALADIN se borne à remarquer que si la Constitution fédérale ne trace pas de limites uniformes aux garanties fondamentales, la *Grundgesetz* de la RFA ne fait pas mieux; mais le critère du TF réside dans la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité, tandis que celui du Tribunal constitutionnel allemand se trouve dans le maintien de l'ordre constitutionnel[93]. Il y a tout-de-même là une différence essentielle d'optique, car le juge allemand examine d'office l'interdépendance des lois et de la Constitution, tandis que le juge suisse met l'accent sur la

[88] Yates et al. v. US, 354 US 298 (1957). Voir les opinions des juges dans LASSALE et F. MEYER, (p. 144). C'est Justice HARLAN qui a, semble-t-il, emporté la majorité alors que le juge BLACK voulait un revirement plus total encore, en ce sens que même un appel à l'action future devrait être réputé licite, aussi longtemps que l'ordre et la sécurité ne sont pas immédiatement menacés.

[89] F. MEYER, pp. 209–222.

[90] Pour Justice BLACK, la doctrine de la pesée des intérêts (balancing test), entre «the right of a citizen to political privacy» et «the right of State to self protection» est très dangereuse, car en votant le 1er amendement les pères de la patrie ont déjà pesé les intérêts et donné la priorité à la liberté d'opinion et de réunion. Cf. F. MEYER, pp. 135, 137, 138 et notes 40, 41.

[91] GIACOMETTI, pp. 178–181.

[92] BÄUMLIN, thèse, pp. 74, 75.

[93] SALADIN, pp. 335–343.

mission étatique primordiale d'assurer l'ordre public[94]. E. GRISEL rappelle cette orientation traditionnelle du TF[95].

Il n'est donc pas étonnant que la doctrine suisse cherche une issue à la tautologie soulignée plus haut en dégageant non pas des droits prioritaires, mais des règles techniques: les limites de la liberté personnelle sont limitées à leur tour par les principes de légalité, d'intérêt public, de proportionnalité, de non-rétroactivité et de bonne foi[96]. Mais lorsqu'on recherche la nature juridique de ces principes, on aboutit soit à des distinctions de plus en plus subtiles et impraticables, soit en définitive à une casuistique trop sensible au climat politique[97]. La jurisprudence marque au demeurant des hésitations compréhensibles, et autant les législations cantonales, jusqu'à la signature de la CEDH[98].

On pourrait croire que les Français, qui aiment à se réclamer de DESCARTES, ont mis en lumière des catégories bien démarquées de restrictions licites et illicites à la liberté personnelle. En effet un Garde des Sceaux a proclamé il y a trente ans: «la loi ne frappe pas l'idéologie, elle n'a pas été faite pour étouffer dans les prisons les idées de ceux qui veulent lutter pour un monde meilleur ... elle est faite pour permettre au gouvernement d'agir contre des mouvements d'action directe et des voies de fait.» Dès lors, après la répression des délits d'intention par Villèle en 1820 et tous les régimes autoritaires jusqu'à celui de Vichy, la Constitution de 1946, dont le préambule se réfère à la Déclaration de 1789, n'admet de restreindre la liberté personnelle, et notamment la liberté d'opinion son corollaire, qu'à quatre conditions: peut être condamné pour atteinte à la sûreté de l'Etat seulement celui qui a) participe en connaissance de cause, b) à une entreprise, c) de démoralisation, d) en vue de nuire à la défense

[94] «L'une des missions essentielles de l'Etat est d'assurer l'harmonie de la vie collective. Le développement harmonieux de la vie collective n'est possible que si règne l'ordre public. Il incombe dès lors à l'Etat d'assurer cet ordre.» (ATF 92 I 30, 31)

[95] E. GRISEL, pp. 102–109.

[96] A. GRISEL, pp. 557 ss; IDEM, Juridiction, p. 221.

[97] Cf. les deux excellents rapports d'ULRICH ZIMMERLI et de PIERRE MULLER au Congrès de 1978 de la Société suisse des juristes et l'intervention du Président A. GRISEL au même Congrès (procès-verbal RDS 97 II, 1978, p. 547).

[98] Par exemple Zbl 64, 1963, p. 488, X. c. Lucerne; 73, 1972, p. 143, A. c. Berne. Lire la thèse de BERSIER qui contient une remarquable énumération des mesures judiciaires et administratives restreignant la liberté personnelle (pp. 71–84). Il faut souligner que la liberté personnelle étant reconnue un droit constitutionnel (non écrit), le TF examine les recours qui l'invoquent avec pleine cognition, et non pas sous l'angle de l'arbitraire (ATF 105 I 26).

nationale. Comme l'«entreprise» postule l'organisation, le solitaire peut exprimer sa pensée sans risquer une incrimination. Cependant BURDEAU, qui relate la déclaration et les critères exposés ci-dessus, baisse aussi les bras. «Où fixer le point précis où la critique cesse d'être un instrument légitime de la lutte démocratique pour devenir l'agent de dissolution de l'unité nationale? Au surplus, si le gouvernement ne réagit pas, l'opposition prendra acte de son absence de réaction pour aller toujours plus loin dans ses provocations. Le jeu démocratique n'implique pas seulement le respect de la liberté par le pouvoir; il suppose une loyauté égale, dans l'opposition et au pouvoir.»[99]

Ce n'est donc pas en France que l'on trouve des critères clairs et précis sur les limites de la liberté personnelle, et moins encore sur les limites des limites. En revanche, une voie semble s'ouvrir chez des auteurs suisses plus récents et jusque dans la jurisprudence du TF. Elle cherche sa direction, peut-être sous l'influence de la *Grundgesetz* allemande, dans la notion de dignité humaine. Selon J.P. MÜLLER, les droits fondamentaux incorporent la valeur non mesurable (car infinie) de chaque individu et de sa liberté individuelle d'épanouissement, qui ne peut être contre-balancée par aucune tâche collective, si pressante soit-elle. Les droits fondamentaux posent des limites aux buts de l'Etat. Quant aux limites des droits fondamentaux, elles résultent de la balance entre les buts immanents de l'Etat et la valeur de la personnalité enracinée dans l'immanent. Le but de police doit rester dans un rapport raisonnable avec la restriction de liberté nécessaire à sa réalisation[100].

On retrouve ainsi la pesée des intérêts, le rejet d'un critère abstrait, mais avec le déplacement du balancier de l'intérêt public à la dignité humaine. C'est énorme, mais c'est peut-être le fait d'auteurs écrivant en période de paix sociale, de haute conjoncture, et de relativement faible tension internationale. C'est au fond la thèse de KARL JASPERS et de JEANNE HERSCH: la dignité humaine est la base d'une exigence absolue de l'Etat régi par le

[99] BURDEAU, p.256, 261. Il faut toutefois saluer la décision rendue le 12 janvier 1977 par le Conseil constitutionnel (No 76–75 DC) cassant la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, comme violant la liberté individuelle réputée «l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République». Mais cet arrêt est si peu motivé qu'on ne saurait en déduire une construction juridique durable.

[100] J.P. MÜLLER, thèse, pp.95–97, 108. Cf. chez le même auteur, Soziale Grundrechte, p.820.

droit, mais prise en situation historique. Et ce pourrait être celle du TF, qui n'a pas l'habitude de céder à la nervosité ambiante, puisqu'il jugeait récemment que pour déterminer les restrictions à la liberté personnelle, il faut «s'inspirer d'abord des principes philosophiques et éthiques correspondant à la notion de liberté telle qu'elle est comprise dans un Etat fondé sur le droit»[101]. Cet *obiter dictum,* s'il est confirmé, pourrait signifier qu'après avoir constamment souligné que la liberté ne va pas sans ordre, on se rendrait compte que l'ordre ne vaut rien sans liberté (ALAIN). Celle-ci est chevillée au cœur de l'homme en étroite symbiose avec le sentiment de la justice, et son mépris conduit aux désordres sociaux.

C'est précisément ce sentiment de justice qui est la clef du problème selon RAWLS, car il interdit d'accepter que la perte de liberté pour l'un soit justifiée par une portion plus grande de liberté pour d'autres[102].

Quoi qu'il en soit, le tracé des limites à la liberté personnelle reste en Suisse commandé par le relativisme, la prudence, voire l'empirisme. Cette approche est sage aussi longtemps que les magistrats des trois ordres restent sereins, c'est-à-dire dans les périodes où la personne humaine est la moins menacée. Dans des temps plus troublés, une ligne directrice flottante au gré des marées politiques ou des angoisses collectives présente au contraire un grave péril pour la démocratie, qui, derechef, court le risque de se trahir pour se sauver. Il convient donc de rechercher d'autres voies pour ancrer plus solidement la garantie de la liberté personnelle dans les faits: la hiérarchie des droits fondamentaux ou la reconnaissance d'un noyau intangible de ces droits.

Chapitre 25. La hiérarchie des droits fondamentaux

Comme on l'a vu, la jurisprudence suisse a marqué traditionnellement peu de goût, voire une certaine méfiance à l'égard d'une échelle des droits, même en ce qui concerne la liberté de conscience. SALADIN le rappelle à plusieurs reprises avec regret. Il émet le vœu qu'à l'instar des juridictions constitutionnelles des USA et de la RFA, le TF reconnaisse, en cas de collision entre

[101] ATF 97 I 45 (JdT 1972 I 9). Cf. aussi MORAND, p. 32. J. HERSCH, in: Festschrift Kägi, p. 188. GILLIARD (pp. 102, 105) critique le «droit naturel à contenu variable» façonné par l'histoire.

[102] RAWLS, p. 3.

plusieurs droits fondamentaux, la priorité des libertés idéales sur les droits économiques, en d'autres termes la position privilégiée de la liberté personnelle et de ses corollaires, libertés de la presse, d'expression, d'association et de réunion, qui traduirait une conversion du libéralisme économique en libéralisme philosophique [103].

En 1922, un juge fédéral de Washington pouvait écrire: «On doit se rappeler que des trois principes fondamentaux qui sont la raison d'être de l'Etat, la garantie de la vie, de la liberté et de la propriété individuelle, c'est ce dernier qui est l'essentiel» [104]. Après que des lois du *New Deal* eurent été déclarées anticonstitutionnelles [105], F.D. Roosevelt menaça d'augmenter le nombre des membres de la Cour suprême et celle-ci renversa l'ordre des priorités en plaçant le 1er amendement au-dessus de tous les autres: «La liberté de s'exprimer sur des problèmes d'intérêt public est aussi vitale pour la survie du gouvernement que l'est le cœur pour le corps humain», écrivait Justice BLACK dans une opinion minoritaire en 1941 [106]. Sous la présidence de Justice STONES, et pendant une dizaine d'années, la Cour admit, à une majorité serrée il est vrai, la priorité de la liberté d'expression sur toutes les autres. Si le principe paraît abandonné à l'époque du maccarthysme et de la guerre de Corée, il continue en réalité à dominer la jurisprudence américaine. On le voit dans l'arrêt Yates de 1957 [107].

La protection procédurale de l'expression est reconnue si décisive qu'on applique le 1er amendement comme une super-liberté,

[103] SALADIN, pp. 26, 77, 289–291, 329–331; LEUENBERGER, p. 108; STALDER, pp. 122 ss.

[104] Children's Hospital v. Adkins, 284 féd. 613, 622 (DC Circ. 1922). Il vaut la peine de comparer avec cette décision l'arrêt rendu en 1976 par la Cour suprême dans la cause Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc., 96 S.Ct. 1817 (1976), et cassant une loi virginienne interdisant aux pharmaciens de publier les prix des préparations médicales, car l'intérêt individuel et social l'emporte sur celui de l'Etat de maintenir les privilèges professionnels de ses pharmaciens diplômés. Ainsi le 1er amendement est appliqué. Voir la critique de JOHN TAVORMINA dans Tulane Law Review, vol. 51, pp. 149–156.

[105] LASSALE, p. 51.

[106] BLACK dissenting in Milkwagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies Inc., 312 US 287. LASSALE, p. 55. – Sur la genèse de la preferred freedom doctrine, STALDER, pp. 69 ss.

[107] Cf. aussi Thomas v. Collins, 323 US 516, cité par SALADIN, p. 77. L'histoire de la «preferred freedom» est exposée parfaitement chez STALDER, pp. 73–103 et 121.

notamment pour renforcer un autre amendement. Ainsi pour annuler la saisie préalable de films ou livres jugés obscènes, car ce sont les idées qu'ils contiennent qui sont visées[108]. De même, le droit au silence d'un témoin est reconnu, en dépit de toutes les ressources du Smith Act[109]. Finalement, dans la doctrine des vingt dernières années, Jefferson triomphe contre Washington: la défense des libertés individuelles a le pas sur le système d'organisation de la démocratie; le juge, moins soumis aux pressions versatiles de l'opinion publique, est le dernier rempart des libertés individuelles, de la protection des minorités, de l'original. La trahison est punie, mais la subversion est tolérée[110]. La Cour suprême des deux dernières décennies marque une grande foi dans le pouvoir de la raison, dans la capacité de la démocratie américaine de retrouver sa mesure. La répression du non-conformisme qui avait muselé les sommités de la science, de la littérature et de la politique après 1951 a été ressentie comme une véritable castration du progrès, comme la fin de la démocratie et comme une rupture avec la révolte du Mayflower[111].

On peut, sans rêver, considérer que cette prise de conscience a atteint parallèlement la Suisse. C'est manifestement l'espoir de SALADIN, dont la critique du pragmatisme de la jurisprudence fédérale n'est pas exempte d'optimisme. Ainsi lorsqu'il constate que la liberté personnelle réputée droit fondamental, après avoir disparu du recueil des arrêts du TF vers 1920 (époque de la loi Häberlin I) refait surface dès 1960–1970 et jaillit dans l'arrêt Castella[112]. C'est évidemment aussi la conviction profonde de BÄUMLIN, qui propose, en cas de conflit entre plusieurs libertés,

[108] Stanford v. Texas, 379 US 476 (1965). Dans cet exemple le 1er amendement vient renforcer le 4e. Cf. QUINT, pp. 1649, 1950.

[109] Cf. F. MEYER, p. 135. Justice FRANKFURTER admet une «preferred position» du 1er amendement, du «right of a citizen to political privacy» sur le «right of State to self-protection». Mais Justice HARLAN JR. pourrait réintroduire indirectement la pesée des intérêts lorsqu'il proclame que l'Etat est mieux protégé quand l'individu peut s'exprimer librement et sans crainte.

[110] "Error of opinion must be tolerated where reason is left free to combat it" (JEFFERSON). Cette même conviction est exprimée par Justices BLACK et DOUGLAS, ce qui n'est guère surprenant, mais également HOLMES et BRANDEIS. Cf. F. MEYER, pp. 209–217.

[111] F. MEYER, pp. 216–218. Selon Justice HOLMES, l'orthodoxie et l'absence de pensée sont le plus grand danger pour une démocratie. Elles fournissent des martyrs, des neurasthéniques et des criminels, bref, le type d'un dictateur!

[112] SALADIN, pp. 91 ss, 296–299. Dernièrement le TF a marqué une limite claire entre la liberté personnelle protégée en tant que droit constitutionnel non écrit et le droit de la personnalité protégé par l'art. 28 CC à propos de la bonne réputation d'un prévenu défunt (ATF 104 Ia 35 = JdT 1979 IV 154).

d'apprécier leur hiérarchie en fonction de l'aune supérieure que constitue la dignité humaine: les droits spirituels l'emportent sur l'honneur, qui précède les droits économiques. Cependant cet auteur refuse la garantie de ces libertés à ceux qui les contestent, même sans violence, même légalement[113]. Il s'oppose en cela à un RAWLS, qui professe la tolérance de l'intolérant sauf quand celui-ci menace sérieusement la liberté et la sérénité d'autrui[114]. Mais ils se rejoignent en donnant une position privilégiée à la liberté de conscience, une conviction religieuse ou morale ne devant pas dépendre de la loi de majorité[115].

Contrairement au Tribunal constitutionnel allemand, qui proclame bien suprême la vie humaine en vertu de l'art. 2 al. 2 GG[116], le TF n'a jamais admis un super-droit. En revanche, l'évolution de sa jurisprudence récente démontre clairement qu'il confère maintenant aux droits spirituels la priorité sur les droits économiques. La garantie de la propriété est subordonnée aux besoins collectifs et l'expropriation matérielle est indemnisée de manière de plus en plus réservée lorsqu'elle répond à une mesure de police[117]. Cette tendance réjouirait BENJAMIN CONSTANT, qui s'indignait déjà de la protection excessive accordée, même par MONTESQUIEU, à la propriété en regard de la liberté individuelle[118].

A la vérité, le TF paraît s'acheminer vers une conception nouvelle de la liberté économique, et telle qu'elle risque moins de se heurter à la liberté personnelle: le droit pour chacun, qu'il soit indépendant, employeur ou salarié, de choisir son activité lucrative sur un point quelconque du territoire helvétique[119]. Ce n'est plus la garantie d'une certaine forme d'économie, c'est la protection du libre choix de la profession et de la place de travail.

[113] BÄUMLIN, thèse, pp. 64, 65, 75. On croit savoir qu'il a changé d'avis.
[114] RAWLS, p. 220.
[115] RAWLS, p. 207.
[116] Arrêt Dr. Hans-Martin Schleyer, BVerfG 46 N. 12, p. 160.
[117] J. P. MÜLLER, thèse, pp. 99, 100; E. GRISEL, Droits sociaux, pp. 11, 112; KNAPP, pp. 157, 158; A. GRISEL, Juridiction, pp. 223–225, et son intervention au Congrès de la SSJ de 1978, RDS 97 II, 1978, p. 547 i. f.
[118] CONSTANT, p. 112: «L'homme auquel on enlève sa liberté est désarmé par ce fait même, au lieu que l'homme que l'on dépouille de sa propriété conserve sa liberté pour la réclamer. Ainsi la liberté n'est jamais défendue que par les amis de l'opprimé, la propriété l'est par l'opprimé lui même. On conçoit que la vivacité de la réclamation soit différente dans les deux cas.»
[119] ATF 103 Ia 262. J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, pp. 890–891. On rappelle la critique de GILLIARD (pp. 77, 78), qui passe sous silence la distinction entre liberté personnelle au sens strict et liberté économique.

Il est remarquable que le principe *in dubio pro libertate,* qui à l'époque de GIACOMETTI visait essentiellement la liberté de commerce et de l'industrie, se déplace sur la liberté personnelle. Dans la manière prudente et sage du pays, c'est un pas vers la reconnaissance d'une hiérarchie des droits fondamentaux[120]. Elle semble s'orienter vers une priorité de la liberté personnelle en général, plutôt que de la seule liberté d'expression comme aux Etats-Unis. Cette différence mériterait une étude approfondie en elle-même. La hiérarchie des droits fondamentaux pourrait correspondre à l'échelle des valeurs que le droit pénal attache aux intérêts protégés, qui se marque par la gradation des sanctions.

Chapitre 26. Le noyau intangible des droits fondamentaux

Cette expression se lit souvent chez les auteurs et dans la jurisprudence des pays régis par le droit. Elle rencontre aussi le scepticisme, même chez des philosophes utopistes[121].

Et pourtant l'existence de ce noyau intangible des droits fondamentaux, qualifiés d'inaliénables et imprescriptibles, est reconnu par les plus hautes autorités judiciaires. L'ancien Président du Tribunal fédéral ANDRÉ GRISEL écrit en 1975[122]:

«Toutefois, quel que soit l'intérêt public en jeu, les atteintes à la liberté personnelle ne peuvent dépasser un certain degré. L'essence même de liberté personnelle doit rester intacte en toute circonstance. Cependant, si la jurisprudence a reconnu l'existence de ce noyau privilégié, elle n'en a pas encore défini l'objet sous une forme générale. Elle a simplement tranché quelques cas particuliers: le droit à la vie est intangible, non celui de disposer de son propre corps après sa mort; le détenu obligé de renoncer à une émission de radio ou de télévision est privé de certains agréments, sans être touché au tréfonds de sa liberté personnelle; prélever une ou deux gouttes de sang d'un conducteur suspect d'ébriété, ce n'est pas supprimer la liberté personnelle ni la vider de sa substance.»

[120] Cf. aussi ATF 96 I 592; 105 Ib 117; LEUENBERGER, p. 108.

[121] MARCUSE (p. 307) affirme que l'histoire est immorale et n'a jamais respecté la vie humaine en soi, que la société existante exige aussi ses victimes sacrificielles. Comment comparer ces quantités inhumaines de victimes écrit-il: Dix mille victimes sont-elles plus morales que vingt mille?

Quant à POULANTZAS, il décrit l'Etat autoritaire contemporain, ni bonapartiste, ni fasciste, mais préparant un arsenal répressif en réserve de la République, prêt à être enclenché lorsque la division sociale et internationale du travail aura provoqué des soubresauts trop menaçants pour l'ordre bourgeois (pp. 225–234).

[122] A. GRISEL, p. 559.

Quant aux caractères imprescriptible et inaliénable d'une certaine catégorie de droits fondamentaux (d'établissement, de conscience, de croyance, de culte – art. 45, 49, 50 Cst –; liberté personnelle – droit constitutionnel fédéral non écrit –; interdiction de la contrainte par corps et des peines corporelles – art. 59 al. 3 et 65 al. 2 Cst), LEUENBERGER a démontré de manière convaincante qu'ils ne relèvent pas de ces droits énumérés dans un arrêt très ancien et repris en 1964, mais bien du noyau intangible de tout droit fondamental fondé sur la dignité humaine[123].

En présence du noyau intangible, aucune restriction n'est permise, ni à l'administration, ni au juge, ni au législateur, ni même au constitutant. Même à l'égard du pire criminel, du terroriste le plus abject, même en réponse à des tortures, ce noyau relève de la dignité humaine[124]. Le principe de proportionnalité ne trouve pas d'application devant ce sanctuaire[125]. Y toucher, c'est supprimer précisément ce que l'on cherche à sauvegarder, au nom d'une certaine idée de la vie. L'exception de légitime défense et celle d'état de nécessité ne représentent pas des dérogations au principe, mais des règles hiérarchiques en situation d'urgence, lorsque se heurtent deux vies, deux intégrités corporelles.

Plusieurs arrêts suisses ou allemands mentionnent le concept, généralement pour dire qu'en l'espèce le noyau intangible n'est pas atteint[126]. D'ailleurs, en Suisse comme aux Etats-Unis, c'est l'essence de la garantie de la propriété qui a d'abord attiré l'attention du juge, puis celle de l'autonomie communale, et enfin seulement de la liberté personnelle[127]. En République fédérale,

[123] LEUENBERGER, pp. 41, 111, 126; ATF 28 I 127, 88 I 267, 90 I 37.

[124] NIETLISPACH, pp. 102–105.

[125] SALADIN, Préface à la II[e] édition, p. XIII.

[126] ATF 103 Ia 418 et jurisprudence citée.

HEINZ-E. KITZ (Der unantastbare Bereich der Privatsphäre in: Deutsche öffentlich-rechtliche Landesberichte zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest, 23.–28. Aug. 1978, pp. 223–241) relève que le BVerfG n'a pas encore développé des critères normatifs de distinction entre l'intangible (ou intime) soustrait à toute influence de la force publique, et le communicatif, qui n'est pas protégé de façon absolue, mais seulement suivant la pesée des intérêts soumise au principe de proportionnalité.

Cf. aussi les commentaires de I. VON MÜNCH, Grundgesetzkommentar, Munich 1975, ad art 1[er] (Angelika Herdemerten), art. 2 (Hildegard Niemöhlmann), art. 19 (Sigurd Hendrichs); de MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, Munich; von MANGOLD/KLEIN, Berlin/Francfort 1957.

[127] JÖRG P. MÜLLER, Die Staatsrechtliche Rechtsprechung des BG im Jahr 1977 (ZBJV 115, 1979, H. 3, pp. 113–178), p. 118 ch. 1.44; ATF 103 Ia 417, 191; 98 Ia 508 cons. 4a.

toute une doctrine et une jurisprudence se sont développées sur la base des articles 1er, 2 et 19 de la loi fondamentale[128]. L'inviolabilité de la dignité humaine est l'ancrage d'un principe de droit naturel dans le droit positif. Son interprétation n'est guère sujette à débat, car chacun sait en principe ce qu'est la dignité humaine, et qu'elle appartient à tout être humain, fût-il anormal, phocomèle, minoritaire et allophone dans tel canton, bantou en Afrique australe, femme au Cercle littéraire de Lausanne.

Cependant, en ce qui concerne la Confédération le concept traditionnel du maintien de l'ordre public comme tâche primordiale de l'Etat a freiné le dégagement d'une définition claire du noyau intangible. Il faut attendre la ratification de la CEDH, pour obtenir des normes de droit écrit précises. La *sedes materiae* se trouve à l'art. 15 de la CEDH qui, en permettant à des Etats en situation de guerre ou de grave danger public de déroger aux dispositions de la convention, énumère celles qui ne souffrent aucune dérogation, quelles que soient les circonstances, savoir les art. 2, 3 § 1, 4 et 7. Ces quatre dispositions – applicables immédiatement en tant que droit fédéral interne privilégié (peut-être même prioritaire à la Constitution)[129] – constituent le noyau dur des droits fondamentaux, véritablement intangible, et il s'agit de surcroît d'un programme minimum: c'est le droit à la vie (art. 2), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3), l'interdiction de l'esclavage ou de la servi-

[128] VON MÜNCH, op. cit. (note 126), p. 41 n. 13, 42 n. 15: «Allerdings gibt es Angriffe auf die menschliche Würde, die in keiner Situation gerechtfertigt sein können, z. B. Vernichtung geistig oder körperlich beeinträchtigter Personen, Sklaverei, Verfolgung und Ausrottung bestimmter Bevölkerungsgruppen aus rassischen, religiösen oder politischen Motiven, Folter, Zwangsarbeit und Herbeiführung von Lebensbedingungen, die auf physische Vernichtung abzielen.»

Ibid. p. 104, n. 44 et 46: l'Etat n'a pas de droit sur la vie d'un individu, et celui-ci dispose même d'un droit subjectif à des prestations positives de l'Etat pour sauvegarder sa vie.

Ibid. p. 603: Même une atteinte légère au noyau du droit fondamental est prohibée, et sanctionnée de nullité: «Die Grundsubstanz dieses Rechts muß daher für die Allgemeinheit sichergestellt bleiben.»

[129] WILDHABER, pp. 277–283, 328–333, 337–339. Sur le rang de la CEDH dans l'ordre juridique suisse, cf. not. ATF 98 Ib 387, 100 Ib 230. PONCET, pp. 17 ss. A. GRISEL (Juridiction, p. 213) souhaite que la convention ait rang constitutionnel, pour que soit appliquée la règle de l'épuisement des moyens cantonaux: ce vœu semble exaucé. TRECHSEL, pp. 471 ss. Cf. aussi l'ouvrage du même auteur: Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Staatsprozeßrechte, Berne 1979.

tude (art. 4 ch. 1er), la règle *nulla poena sine lege* et l'interdiction de l'effet rétroactif (art. 7). Mais l'art. 2 et l'art. 7 n'ont pas une portée absolue, le premier tolérant la peine de mort, le second la condamnation rétroactive des crimes contre l'humanité.

Les autres dispositions de la première partie ont une portée relative, puisqu'on peut, dans certaines circonstances, restreindre les droits qu'elles garantissent: liberté personnelle et libertés d'opinion au sens large, droits à la vie privée et familiale, au mariage, garanties procédurales (art. 5, 6, 8 à 11, 12, 14)[130]. Enfin, nul ne peut se prévaloir de droits qu'il bafoue lui-même, encore qu'il reste titulaire des garanties des articles 5 et 6 relatives aux conditions de la détention et à une procédure équitable *(due process of law)*[131].

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres, comme les rapports de la Commission, sont extrêmement instructifs. Ils permettent d'une part d'appréhender à quel point des magistrats, rompus à des systèmes juridiques aussi différents que le britannique, sans Constitution et avec un Parlement tout puissant, et l'allemand, empreint du formalisme romain, se retrouvent dans l'application du principe de proportionnalité aux limitations des droits fondamentaux relatifs et de la technique de la dérogation (art. 15). D'autre part ils aident à cerner le cercle minimum du noyau intangible.

En effet il ne suffit pas d'exclure sans appel la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Encore les faut-il définir. Car les nécessités de l'enquête pénale à l'encontre de personnes qui, tout en étant dignes du respect dû à toute créature, ne sont pas des brebis, imposent parfois des méthodes à la limite de la cruauté. Et la conscience humaine ne laisse pas d'être partagée entre l'horreur de brimades et l'idée que celles-ci pourraient éventuellement alléger les douleurs d'otages ou de victimes de séquestration.

Dans le rapport de la Commission traitant de la plainte dirigée par plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe contre la Grèce des colonels, sont qualifiés de contraires à l'article 3 CEDH d'une part les sévices corporels directs (bâtonnades sur la plante des pieds, électro-choc, passages à tabac sur tout le corps et notamment les parties génitales) et indirects (simulacres d'exécution et surpeuplement des prisons), d'autre part les mauvais

[130] On peut se demander si l'interdiction de remariage de l'art. 150 CC est conforme à l'art. 12 CEDH.

[131] Arrêt Lawless, Série A, 7.4. et 1.7.1961; PONCET, pp. 52ss, 64ss.

traitements psychiques (séparation sévère des familles et sévères restrictions des visites familiales). La répétition des actes et la tolérance officielle sont des facteurs à retenir dans l'appréciation[132].

Ce cas peut paraître particulier, puisque l'Etat dénoncé, renonçant à se défendre, a quitté le Conseil de l'Europe, reconnaissant ainsi implicitement qu'il n'était plus régi par le droit.

Dans l'affaire Baader, Meins, Meinhof et Grundmann contre RFA, la Cour n'a au contraire pas retenu la violation de l'article 3 en raison de l'isolement cellulaire, notamment acoustique[133]. Il faut en rapprocher l'arrêt Bonzi[134], tolérant la mise au secret de la procédure vaudoise et, dans la jurisprudence du TF, les deux arrêts K. et M., admettant un régime de détention très sévère pour de dangereux terroristes (à l'exception de l'interdiction de consulter les journaux de l'établissement pénitentiaire et d'écouter les programmes de radio qu'il diffuse)[135].

La Cour de Strasbourg a précisé sa jurisprudence dans l'arrêt Irlande c. Royaume-Uni, du 18 janvier 1978, où elle a refusé de qualifier de torture cinq surprenantes techniques d'interrogatoire (station debout dans une posture de tension des heures durant, encapuchonnement, sifflement continu dans la cellule, privation de sommeil avant les interrogatoires, privation ou forte réduction de nourriture et de boisson pendant plusieurs jours), faute d'une intensité suffisante de souffrance, mais a retenu le grief de traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3. Il y a eu plusieurs opinions divergentes, la plupart qualifiant de torture les actes incriminés, tandis que le juge conservateur britannique FITZMAURICE niait toute violation de l'art. 3[136].

Enfin, dans l'affaire Tyrer, la Cour a jugé dégradants les trois coups de verge assénés sur le postérieur nu d'un écolier de 14 ans ayant blessé le camarade qui avait dénoncé une polissonnerie; la peine était infligée selon les lois de l'île de Man (le juge FITZMAURICE ne fut derechef pas d'accord)[137].

[132] Yearbook of the ECHR, The Greek case, 1969, not. pp. 195, 196, 500.

[133] Ibid. 1975, vol. 2, p. 58, n° 6166/73, du 30 mai 1975.

[134] Cf. note 34 ci-dessus.

[135] Arrêts non publiés K. et M., des 7 juin et 19 décembre 1978. Tous les arrêts du TF relatifs à la procédure pénale à la lumière de la CEDH sont cités in SJ 1979, p. 373. – WILDHABER résume la jurisprudence fédérale article par article, pp. 361 ss.

[136] 18. 1. 1978, Série A, vol. 26. Cet arrêt a conduit le gouvernement britannique à déclarer solennellement qu'il renonçait aux «cinq techniques» (BECKMANN, EuGRZ 1979, pp. 188–191).

[137] 25. 4. 1978, Série A, vol. 8.

Ces diverses décisions sont soigneusement motivées et nuancées.

Il convient de rappeler que la CEDH consacre des conditions minimales de respect des droits de l'homme[138]. La Constitution fédérale va plus loin, en interdisant toute peine corporelle, sans distinction (art. 65 al. 2). Cela signifie qu'en ce qui concerne l'atteinte à l'intégrité corporelle, le noyau intangible en Suisse est plus large qu'en droit européen. A juste titre: la torture n'obtient jamais que ce que le torturé veut bien fournir, et le détenu dangereux résiste mieux que le moins perverti. Puis elle avilit la personnalité du tortionnaire autant qu'elle dissout celle du torturé, et contamine la société tout entière en faisant de l'homme un moyen, un instrument, alors qu'il est une fin et l'image du créateur[139]. Le corps humain doit être définitivement soustrait à toute emprise de l'Etat, sans exception, y compris le projecteur dans les yeux, la privation de lecture et les traitements «psychiatriques»[140]. Au demeurant, le bon interrogateur est celui qui entre dans la personnalité du suspect et non pas celui qui la viole. Quant à la représaille, elle est par définition étrangère aux principes fondamentaux qui sont aux sources de l'Etat régi par le droit.

Ainsi que l'écrit C. J. Pinto de Oliveira: «... par ses actions l'homme devient plus ou moins digne, il mérite une récompense proportionnelle; par ses crimes, il mérite le châtiment, voilà le domaine élémentaire où se déroulent les vicissitudes de la dignité accidentelle, variant avec l'enjeu de l'action responsable. Par contre, même criminel, l'homme ne saurait jamais être avili. Sa dignité essentielle ne doit être violée en aucun cas. En ce sens il faut proscrire de façon universelle sans exception le recours à la torture comme procédé d'interrogatoire judiciaire ou policier (lorsqu'on laisse déjà à la police la compétence de mener une enquête). Certes des abus, des ‹bavures› demeurent toujours possibles dans un Etat de droit. Mais si celui-ci autorise des ‹entreprises d'avilissement› (J. P. Sartre) parce qu'elles sont payantes dans l'immédiat, si la dignité humaine est officiellement bafouée, de pair avec l'ordre juridique, l'ordre moral est ébranlé dans ses fondements. La société se ravale au même niveau irrationnel de la violence qu'elle prétend réprimer. La notion de dignité humaine comme propriété essentielle, imprescriptible ou comme source de mérite ou de démérite en rapports variables avec l'action s'éclaire davantage par le rapprochement avec la considération du droit par laquelle on complète la définition de la justice.»[141]

[138] Wildhaber, pp. 292–295. Poncet, p. 17.

[139] Vialatoux, not. pp. 58–63, 84–91.

[140] La question du consentement éclairé, notamment dans les actes médicaux, sera examinée plus loin. Celle des atteintes faibles et sans conséquence à l'intégrité corporelle (prises de sang, mensurations, photographies) est réglée par la jurisprudence, dans le cadre de la légalité.

[141] Pinto de Oliveira, p. 17. – Bäumlin (thèse, p. 152) écrit: «Un groupe social

Finalement la reconnaissance d'un noyau intangible correspondant à l'essence de la personne humaine, et dont le respect interdit toute forme d'humiliation, à quelque fin que ce soit, répond tout simplement à l'idée de justice, qui ordonne de traiter autrui comme on voudrait être traité[142]. Cette attitude doit commencer au commencement de la personne humaine, car l'esprit d'imitation lui est inhérent[143]. A cet égard, la récente législation suédoise interdisant aux parents mêmes de porter la main sur les enfants a fait ricaner quelques cerveaux musclés. Elle est pourtant l'expression d'une profonde sagesse. Elle guide la recherche d'une définition de ce noyau intangible: la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur. Il convient d'y ajouter l'expression privée d'une opinion, condition fondamentale d'un système fondé sur la dignité humaine[144].

est personnaliste lorsqu'il respecte ses individus comme des êtres de valeur, avec leur dignité propre, lorsque le groupe se compose vraiment d'individualités.

[142] RAWLS, p. 126.

[143] GIRARD, pp. 15, 185.

[144] J.-F. AUBERT (in: Festschrift Kägi, p. 14) critique le TF pour avoir qualifié le droit à la vie de liberté absolue, autrement dit intangible, en se référant à l'art. 27 al. 1er CPM. Il nous paraît perdre de vue deux éléments:
a) la peine de mort du Code pénal militaire est peut-être la seule disposition de la législation suisse à n'entrer et à ne rester en vigueur que pendant une période d'exception, d'extrême urgence (pratiquement celle de guerre aux frontières); dans une telle situation, le gouvernement dispose généralement de pleins pouvoirs et toute garantie des libertés démocratiques peut être suspendue;
b) cette sanction est aussi l'unique scorie dans notre législation d'une conception sacrificielle (pour reprendre la terminologie de GIRARD), désuète, étrangère à notre système de valeurs.

Quatrième partie

Essai sur la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit

Chapitre 27. Synthèse des trois premières parties

Les recherches qui précèdent conduisent aux réflexions suivantes:

a) L'Etat régi par le droit se distingue de l'Etat autoritaire, totalitaire ou absolutiste en ce sens que non seulement les décisions des pouvoirs publics sont soumises aux principes de légalité, d'intérêt public et de proportionnalité, mais en outre la législation et la constitution elle-même répondent aux principes de justice et d'équité, ce qui entraîne l'interprétation constitutionnelle de la loi, la garantie de certains droits fondamentaux en tant qu'institutions et le devoir pour l'Etat de créer les conditions nécessaires à la jouissance de l'égalité. Un contrôle constitutionnel paraît également attaché à ce concept.

b) Partant, l'ordre public est non seulement l'état de sauvegarde des biens de police, mais encore la situation dans laquelle le plus large *consensus* est acquis, accueillant aussi les non-conformistes, les isolés et les marginaux. La protection de l'ordre public exige d'abord le respect des règles de droit procédural (le *due process of law,* comprenant les droits de la défense), et matériel, mais aussi le sens de l'équité, l'anticipation des réformes indispensables à la réparation de situations injustes ou désuètes.

En revanche, elle ne permet pas de tolérer la violence. Car l'équité fait partie du système juridique des Etats régis par le droit, au contraire de la violence.

c) Il existe un noyau intangible des droits fondamentaux dont peut se réclamer même le pire ennemi de la société: c'est la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur, ainsi que l'expression privée d'une opinion. Je puis, certes, mettre mon honneur avant ma vie, sacrifier ma vie à celle d'autres personnnes; cela ne regarde pas l'Etat, il n'a pas à intervenir. Mais de surcroît il ne lui appartient

jamais de décider qu'une vie vaut plus qu'une autre, que certaines contraintes permettent de violer une intégrité corporelle sans consentement, et qu'une opinion est plus sacrée qu'une autre.

Cependant, dès qu'une opinion est exprimée en dehors de la sphère intime (foyer, cercle amical restreint), son auteur s'expose à atteindre les droits fondamentaux d'autrui. Dès lors, le respect du noyau intangible cède devant la balance des intérêts, et le système de mesure sera indiqué par l'aune de la dignité humaine[1]. C'est ainsi qu'un appel à la violence devra être contenu car il reflétera une conception contraire au principe fondamental et constituera une menace pour la vie, l'intégrité corporelle ou l'honneur d'autrui.

A contrario, le renoncement de l'Etat à atteindre la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur ou l'opinion privée ne s'oppose jamais aux droits d'une personne, mais uniquement, à la rigueur, à un désir de vengeance qui n'a pas à être favorisé, car il est contraire au principe fondamental.

Chapitre 28. L'ordre en danger

Tout cela est bel et bon, objectera-t-on, mais le pouvoir a la responsabilité de maintenir l'ordre, et, devant l'indignation causée par des crimes abominables, il lui faut sévir. Les Erynnies menacent: si Oreste n'est pas puni, les fils tueront leur père, les sœurs leurs frères. Et Athéna de répondre: Que les dieux abandonnent le domaine de la justice à l'homme; l'important, c'est qu'il n'y ait pas de justice privée telle que l'exigent les Euménides. Sinon, c'est la vendetta perpétuelle[2].

Il n'est pas certain que le message d'ESCHYLE soit toujours entendu. Bien des hommes d'Etat en sont encore à la victime sacrificielle et n'osent pas (on écrit bien: n'osent pas) envisager un droit charitable[3]. «Un régime doit se défendre et s'il renonce à le faire, on peut dire qu'il donne raison à ceux qui cherchent à le renverser»[4], disent-ils. Effectivement, il existe des situations dans lesquelles la sauvegarde des libertés est impossible sans le recours à la force. A cet égard, on fait souvent allusion au renver-

[1] Une idée proche se trouve chez J.P.MÜLLER, thèse, p.73 ch.7.
[2] ESCHYLE, Les Euménides, Belles-Lettres Paris, p.352.
[3] GIRARD, pp.220–222.
[4] BERNARD, p.74.

sement des démocraties par des dictatures, et notamment à la chute de la République de Weimar, et à la prise du pouvoir légale par Hitler selon des voies prétendues démocratiques. On oublie d'abord que la Constitution de Weimar n'a été acceptée que du bout des lèvres par l'Assemblée nationale et n'a jamais été soumise au peuple et aux *Länder*. Ensuite la jeune démocratie a été attaquée de deux côtés: dès sa naissance par l'aristocratie et la grande industrie, qui ont financé les nazis (avec l'aide de la Grande-Bretagne hostile à l'occupation française de la Ruhr), et empêché la répression de voyous et de criminels; puis dès 1923 par les communistes obéissant à la III[e] Internationale de Staline, qui votaient parfois avec le NSDAP tant ils étaient convaincus que l'Allemagne, déstabilisée, pouvait devenir une République soviétique[5]. Les nationaux-socialistes ont bénéficié très tôt de la complicité du gouvernement bavarois, qui n'a pas réprimé comme la loi l'exigeait le putsch de Munich en 1923[6], et plus tard de l'entourage du maréchal Hindenburg qui a toléré des milices parallèles. Mais déjà les élections de 1933 étaient non démocratiques et illégales, puisque politiciens et électeurs subissaient la pression de bandes armées travesties en polices parallèles. Puis l'annulation des mandats communistes et l'arrestation (sous prétexte de les protéger) de députés sociaux-démocrates fournirent au Parlement contrôlé par Hitler la possibilité de manipuler la Constitution. Finalement, c'est à la mort de Hindenburg que Hitler est sorti même de la légalité formelle en gardant indéfiniment, comme Chancelier, les pouvoirs présidentiels au lieu d'organiser des élections conformément à la Constitution. Il était favorisé par l'article 48 de cette Constitution qui prévoyait l'état de siège à l'arbitraire du président[7].

[5] G. Castellan, L'Allemagne de Weimar, Paris 1969, pp. 54, 383. – William L. Shirer, Le Troisième Reich, des origines à la chute, Paris 1961. – NSDAP: parti national-socialiste de Hitler.

[6] Georges Bonnin, Le Putsch de Hitler à Munich en 1923, Les Sables d'Olonne 1961.

[7] René Brunet, La Constitution allemande du 11 août 1919, Lausanne 1921, p. 191.

Le Président du Reich pouvait même instituer des peines ou aggraver celles du Code pénal, établir des tribunaux d'exception, suspendre totalement l'exercice des droits fondamentaux. En réalité, du temps même d'Hindenburg, certaines mesures auraient dû être jugées anticonstitutionnelles. En outre, il ne faut pas perdre de vue que la «légalité» nazie reposait sur les ordonnances du Führer, investi de pouvoirs exorbitants, et non pas sur des lois votées par le Parlement (il y en eut neuf en six ans!).

Or Hitler avait annoncé ses intentions violentes, notamment dans *Mein Kampf*[8]. On peut donc bien dire que la République de Weimar n'a pas renoncé à se défendre; en fait elle ne s'est pas voulue: les maîtres du pays rejetaient la démocratie en Allemagne.

Mutatis mutandis, une situation analogue a existé dans l'Italie de 1922. La marche sur Rome n'était point nécessaire, le roi ayant cédé aux exigences de Mussolini. Les phalanges fascistes avaient commis des crimes, accompagnés de cruautés inouïes, déjà auparavant. Elles étaient sur le point de se débander à Pérouse, quand elles ont été pratiquement appelées par les gros industriels et les gardes royales, qui craignaient bien davantage les sociaux-démocrates et les catholiques (d'ailleurs désavoués par Pie XI)[9]. Dans ce cas également, ce n'est pas la démocratie qui se défend mal contre le terrorisme, ce sont ses ennemis, à la tête de l'Etat, qui l'abattent, pour instaurer un terrorisme d'Etat réactionnaire.

Le coup d'Etat franquiste présente un aspect différent. Mais là aussi la République espagnole n'avait pas recueilli une véritable majorité, et les partis du Front populaire se disputaient entre eux. Selon SALVADOR DE MADARIAGA, la guerre civile a été facilitée par les dissensions intestines du parti socialiste, tiraillé entre les révolutionnaires de Caballero et les réformistes de Preto[10].

Rien de semblable dans l'Europe occidentale au dernier quart du XX^e^ siècle. Les sociétés démocratiques sont certes divisées entre les partisans du *statu quo* et ceux qui demandent des réformes sociales plus ou moins profondes, plus ou moins rapides. Mais il existe un très large *consensus* en faveur des libertés et de l'égalité devant la loi, en face desquelles quelques groupuscules irresponsables, parfois armés et entraînés du dehors, pèsent peu. Le terrorisme ouest-allemand a fait vingt-huit morts en dix ans.

[8] ADOLF HITLER, Mein Kampf, Paris 1938. Il s'agit d'une édition expurgée à l'usage des Français, la traduction intégrale du livre ayant été saisie en France à la demande de l'Ambassade d'Allemagne. – Lire PIERRE DU BOIS, Hitler, mythe et réalité, Gazette de Lausanne des 9–10, 16–17, 23–24 mars 1974.

[9] MAURICE VAUSSARD, Avènement d'une dictature, Paris 1971. On lira avec intérêt l'appendice relatif aux mémoires du député libéral de Sardaigne EMILIO LUSSU.

[10] BURNETT BOLLOTTEN, La Révolution espagnole, La gauche et la lutte pour le pouvoir, Ed. Ruedo Iberico, Paris 1977, not. pp. 21, 29, 33–39, 41, 103. – D'autres exemples, tirés de la Russie de Kerenski, de la Grèce, du Brésil, du Chili, de l'Argentine etc... (dans la mesure où ces Etats avaient été régis par le droit) dépassent le cadre de ce rapport.

Le terrorisme italien en a causé davantage, mais sans doute moins que la maffia. Très peu de victimes françaises. Aucune en Suisse, en Autriche (sinon un garde de l'OPEP), en Scandinavie, au Bénélux. En comparaison, ALAIN PEYREFITTE expliquait le 30 janvier 1979 à la Télévision (F2) qu'il y a eu en dix ans en France 5000 meurtres communs (en diminution depuis trente ans), 160000 tués sur les routes, 85000 suicides homologués, 25000 accidents mortels du travail. En Suisse la route a causé en dix ans 15000 morts et 330000 lésions corporelles.

A la vérité, l'homicide au volant n'a pas le même caractère intentionnel que l'assassinat terroriste. Mais devant son ampleur, on ne peut s'empêcher de songer au dol éventuel, car tout automobiliste est largement averti des conséquences d'une négligence ou d'une limitation des facultés sensorielles au volant. Même chose quant aux accidents du travail. Or on lutte fort peu contre ces fléaux, puisqu'on renonce même aux limitations de vitesse et à l'abaissement du taux d'alcoolémie présumé causal. Quant au terrorisme, la question est non pas s'il faut le combattre, ce qui est évident, mais comment il faut le combattre[11]. C'est l'opinion catégorique d'un MARCUSE lui-même[12]. En retour, il convient d'éviter les abus traditionnels:

«Il y a toujours une classe de gens qui ne cherche que des arguments pour le pouvoir absolu dans les passages où les amis de la liberté se sont plaints des crimes qu'on commet en son nom ... Non, il n'est pas vrai que la proscription soit jamais légitime. Dans les situations les plus difficiles, on peut se défendre par de justes lois et des jugements réguliers.»[13]

Il serait évidemment irresponsable de refuser des solutions exceptionnelles pour des situations exceptionnelles, dans lesquelles des décisions doivent être prises rapidement. Mais il convient d'une part de ne pas confondre la menace contre la démocratie avec celle d'intérêts particuliers, d'autre part de garder la mesure et de ne pas tirer avec des canons sur les hirondelles qui croient annoncer le printemps[14]. Devant les contestataires, même occupant des maisons vouées à la démolition, l'emplacement de futures centrales atomiques, ou des tracés d'autoroutes anti-écologiques, on n'emploie pas les mêmes armes que contre ceux qui

[11] WASSERMANN, p. 89.
[12] MARCUSE, p. 303.
[13] BERNARD, p. 109, citant MONTESQUIEU. Le Président de la RFA Heinemann qualifiait les terroristes d'alliés objectifs des vieux conservateurs et réactionnaires (WASSERMANN, p. 89).
[14] Cf. BÄUMLIN, Demokratie, p. 60.

tuent les jeunes conscrits envoyés en Ulster, les policiers (issus du peuple) au pays basque, les passagers innocents d'avions détournés (pour attirer l'attention sur des peuples opprimés), ou qui aveuglent au plastic la petite Delphine (pour conserver l'Algérie française). Et même dans la lutte contre ces criminels, on ne doit pas saper la démocratie.

Alors existent deux attitudes de l'Etat, la répression et la prévention. La seconde est plus efficace, mais plus dangereuse. La première laisse jouer la liberté, mais fait des martyrs[15]. Ces deux attitudes vont être étudiées maintenant, à travers des exemples actuels, en gardant à l'esprit que ce sont les institutions démocratiques, libérales et sociales que l'on cherche à préserver et développer, et non pas l'ordre pour l'ordre, l'Etat pour l'Etat. Le propos n'est pas d'épuiser des sujets difficiles, mais de confronter les principes et les problèmes.

Chapitre 29. Les limites de la répression

A. La peine de mort

Selon les critères qui précèdent, la vie humaine, base indispensable de la dignité humaine, est le bien le plus typique compris dans le noyau intangible. Le meurtre légal est manifestement la survivance d'un caractère protohumain, de mythes protosociaux, d'une morale préchrétienne[16]. Réaction de vengeance, d'expiation et de rédemption, il a complètement perdu son caractère rédempteur pour n'être que l'expression d'une violence ontologique canalisée sur quelque victime expiatoire, au hasard de la digestion d'un juré ou de l'adresse d'un avocat. Il a pris les formes les plus atroces au gré de l'imagination sadique des justiciers alors que plusieurs législations antiques tendaient à sa suppression[17]. CONSTANT l'a ridiculisé dans un discours à la Chambre le 14 avril 1825, sur un projet de loi punissant les voleurs de vases sacrés[18].

[15] Cf. BURDEAU, p. 30.

[16] Cf. les ouvrages cités de LABORIT ainsi que GIRARD (not. pp. 20, 135, 180, 185).

[17] GILBERT J. CALLANDRAUD, De l'exécution capitale à travers les civilisations et les âges, Paris 1979. ALBERT NAUD, Tu ne tueras pas, La Table Ronde, comme exemples d'une abondante littérature.

[18] CONSTANT, t. 2, pp. 88 ss.

La peine de mort disparaît des Etats européens régis par le droit et ne survit qu'en France – appliquée d'ailleurs de manière capricieuse et honteuse – et dans certaines situations exceptionnelles. Il est inutile de rappeler ici le doute que suscite sa prétendue exemplarité. Cela devra suffire: on ne supprime pas une vie humaine lorsqu'on doute de l'efficacité de la mesure *(in dubio pro vita)*. Même son maintien dans le Code pénal militaire, fondé sur l'état d'urgence que constitue la guerre, se heurte à bien des objections.

Aux USA, les condamnations à mort dans les Etats qui connaissent encore cette sanction font l'objet de sérieuses critiques, qui ont trouvé des échos jusqu'à la Cour Suprême[19].

La peine capitale est une négation de l'Etat régi par le droit, même si son application devait se limiter à des crimes particulièrement révoltants. On renoncerait d'ailleurs à en parler si son rétablissement dans le code pénal suisse ne faisait pas l'objet d'une initiative parlementaire[20] assurée d'une certaine popularité: le public trouve toujours trop indulgents les tribunaux pénaux, sauf lorsque la condamnation frappe un proche. Il faudrait téléviser une exécution capitale pour remplir d'horreur les spectateurs.

Devant la mort, seule se pose encore la question de l'euthanasie.

[19] La question est revue à fond par MARGARET JANE RADIN, The jurisprudence of death: evolving standards for the cruel and unusual punishments clause, in: University of Pennsylvania Law Review, vol. 126, 1977/78, pp. 989–1064. Voir aussi, sur l'arrêt Gregg v. Georgia, 96 S. Ct. 2909, 1976, in: Tulane Law Review, vol. 51, la note de ROBERT B. MITCHELL (pp. 360–367) et celle du professeur CHARLES BLACK JR. (pp. 429–445). Ce dernier auteur a condamné la peine capitale dans un autre article, Capital punishment: the inevitability of Caprice and Mistake, New-York 1974, recensé dans NY University Law Review, vol. 51, 1976, pp. 168–176.

Une autre étude intéressante à propos de l'inconstitutionnalité de la peine de mort en vertu du 8e amendement a paru dans Harvard Law Review, vol. 90, 1976/77, pp. 63–76.

ROGER IKOR (Sans haine et sans colère, Paris 1979), au terme d'un petit ouvrage littéraire, reprend l'idée de vengeance, tout en se défendant de toute sentimentalité. Il conclut au maintien de la peine de mort en France pour les seuls criminels qu'une Cour jugerait indignes de l'état d'êtres humains. Cette idée ne résout rien: la dignité humaine ne saurait être enlevée par un juge pas plus qu'un juge ou un médecin ne sauraient décider si une vie vaut la peine d'être vécue. (cf. chap. 33 C ci-dessous).

[20] Année politique suisse 1977, p. 17. Cf. aussi Domaine Public, No 453 du 11 mai 1978, pp. 6, 7. – Ces lignes étaient déjà écrites lorsque le Conseil national a rejeté ladite initiative à une écrasante majorité.

B. Torture et peines inhumaines ou dégradantes

Elles sont également prohibées par la protection du noyau intangible des droits fondamentaux[21]. Là aussi, l'effet de dissuasion n'est pas établi, et cela suffit à les exclure. En revanche, l'effet de mimétisme est vraisemblable.

Ce genre de traitement vise à causer au patient des douleurs justement parce qu'elles sont douloureuses, par sadisme, punition ou dépouillement de la dignité humaine. Tandis que le chirurgien ou le vrai juge infligent des douleurs non pas parce qu'elles sont douloureuses, mais bien qu'elles soient douloureuses[22].

Dépouiller quelqu'un de sa dignité humaine, c'est lui ôter cette «liberté intérieure qui fait partie de l'essence même et de l'intégrité de la personne»[23]. Cet abaissement, cette humiliation, est contre-productif, et fabrique chez le torturé comme chez le tortionnaire de la dégradation et de la perversion antisociales. Le cercle vicieux. Il y a lieu de prohiber toute atteinte dégradante à l'intégrité corporelle, même la simple nasarde. L'enquêteur, quelle qu'en soit la tentation, même en présence d'un suspect abject, ou mieux encore d'un délinquant en flagrant délit de violence à l'égard d'un être faible ou d'un policier, doit rigoureusement s'abstenir de toute voie de fait. Parfois une réaction de colère peut être comprise et moralement pardonnée: elle sera pourtant frappée d'une sanction disciplinaire, voire pénale[24]. On a déjà vu que la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 va encore plus loin, puisqu'elle interdit même la ruse au fonctionnaire enquêteur[25]. C'est sauf erreur la déontologie enseignée dans les corps de police de la Suisse. Toute autre atti-

[21] Chap. 26 ci-dessus.

[22] VIALATOUX, pp. 42–49. – L'esclavage et les travaux forcés au sens de l'art. 4 CEDH ne sont pas traités ici, vu l'éloignement du problème dans la Suisse contemporaine.

Torture: Comment rendre efficace la Convention internationale, par JEAN-JACQUES GAUTIER, NIALL MAX DERMOT, ERIC MARTIN, FRANÇOIS DE VARGAS, Genève 1979. Opinion des juges O'DONOGHUE, ZEKIA, EVIRGENIS, MATSCHER, FITZMAURICE, dans CEDH Irlande c. Royaume-Uni, déjà cité, aux pp. 97–140. CEDH Tyrer c. Royaume-Uni, déjà cité, not. pp. 31–35.

Le professeur ALBERT BECKMANN (EuGRZ 1979, pp. 188–191) juge trop étroite la définition de la torture par la Cour européenne des droits de l'homme, et lui oppose la déclaration de St-Gall du 1.7.78 et celle de la Suède en vue d'une convention internationale contre la torture.

[23] VIALATOUX, ibid.

[24] ATF 104 IV 22 (art. 312 CP).

[25] Art. 39 al. 5 DPA (II[e] partie, n. 66). Cf. aussi art. 41 al. 1[er] PPF.

tude, notamment de la part d'un juge informateur, met en marche l'engrenage de l'immoralité et de la vengeance. De surcroît, elle fait naître au sein de la population de la sympathie pour l'interrogé (et dans les dictatures pour le supplicié), ce qui est un des phénomènes les plus déstabilisateurs de l'ordre public. Donc les traitements cruels et humiliants sont non seulement contraires à l'éthique, mais incohérents.

En revanche la prise de sang échappe à cette catégorie, car son refus n'engendre qu'une présomption légale, et non pas une contrainte physique[26].

C. Les peines privatives de liberté

On peut sérieusement se demander, avec le Garde des Sceaux PEYREFITTE, si elles sont efficaces, à l'exception des peines très courtes – avertisseuses – et très longues – protectrices de la société à l'égard des criminels trop dangereux. On peut se demander également, avec MICHEL FOUCAULT, si elles n'équivalent pas au goût de dominer, de régenter, de faire expier, quand bien même le but de réinsertion est proclamé. Le sursis partiel est peut-être un remède provisoire. Mais l'ensemble de la question pourrait fournir le thème d'un autre rapport, qui traiterait aussi des prisons modèles et des quartiers de haute sécurité.

[26] La prise de sang représente une agression contre l'intégrité corporelle, une atteinte à la liberté individuelle que le TF ne juge pas particulièrement grave (ATF 90 I 39). L'art. 55 al. 2 i.f. LCR permet de l'imposer (LF 20.3.75, ROLF 1975, pp. 1261 et 1265). La police ne saurait y procéder elle-même sans avoir recours à un médecin. On voit mal un tel praticien planter sa seringue dans la veine d'un conducteur récalcitrant se débattant dans les mains d'agents de la force publique, d'autant plus que le suspect a peut-être de bonnes raisons de s'y opposer en raison d'une hémophilie ou d'un système veineux particulier (ATF 92 IV 167, JdT 1968 I 482 No 100). Dès lors il semble que la sanction de l'art. 91 al. 3 LCR. (LF 20.3.75. ROLF 1975, pp. 1261 et 1265) prévoyant pour le refus de la prise de sang les mêmes peines que pour la conduite en état d'ébriété, est suffisante, conformément au principe de proportionnalité et au respect privilégié de la liberté individuelle, ceci en dépit d'une interprétation littérale de l'arrêt Gris (ATF 91 I 35). De toute façon, le suspect devrait disposer d'un droit de recours contre la décision imposant l'analyse du sang, ce qui exclurait celle-ci en raison des délais d'instruction. La sanction du refus de se soumettre serait donc la présomption légale entraînant l'application des peines prévues pour l'ivresse au volant. Cela étant, il faut considérer que l'art. 138 al. 5 OAC excède la loi, tout au moins en vertu d'une interprétation constitutionnelle. Cf. aussi BUSSY et RUSCONI, LCR art. 55 ch. 4.

On se bornera ici à proposer la direction d'une recherche visant à ce que la peine cumule efficacement ses caractères expiateur, réparateur et éducateur: si le prisonnier était mis en mesure de travailler en vue de réparer le dommage causé à la victime, ceci pendant la détention, il concevrait mieux le sens de la peine et ne trouverait pas à sa sortie de prison le boulet des dettes. De son côté, la société admettrait peut-être plus facilement que le délinquant «a payé»[26bis].

D. Le renforcement des lois pénales

Le Code pénal soviétique réprime l'intention préméditée de saper ou d'affaiblir le pouvoir soviétique, par exemple par la diffusion d'inventions calomnieuses dénigrant le système politique du pays (art. 70). Il y a quelques années, devant les mouvements dissidents, un article 190 al. 3 a été introduit, punissant de la réclusion jusqu'à trois ans les organisations d'actions de groupe, ou de participation active à des actions de groupe, violant grossièrement l'ordre public, ou assorties d'insoumission aux injonctions légales des représentants de l'autorité, ou entraînant des perturbations dans le fonctionnement des moyens de transport, des services ou des entreprises de l'Etat ou des collectivités. BOUKOVSKY – il n'est pas juriste, mais praticien de la liberté – a montré l'inutilité de cette novelle, à moins qu'elle ne permette d'introduire une responsabilité pénale causale, sans critère subjectif[27].

Cet exemple, tiré d'un Etat régi par le droit au sens formel, mais nullement matériel, devrait éclairer l'appréciation des novelles renforçant les lois pénales occidentales sous la crainte du terrorisme. On a déjà vu comment la loi française «anti-casseurs» menace l'Etat libéral-démocratique[28]. Le renforcement du code pénal de la RFA (notamment l'art. 129a StGB) introduit la dangereuse notion de «sympathisant» d'une organisation terroriste[29], qui a permis à une certaine presse d'appeler à la vio-

[26bis] Voir à ce sujet: M. GISEL-BUGNION, L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, Genève 1978.

[27] BOUKOVSKY, p. 260.

[28] Chap. 16, notes 80, 81 ci-dessus.

[29] WASSERMANN, p. 95. L'examen plus approfondi de ces textes, ainsi que des lois italiennes, dépasse le cadre de ce rapport. Quant au Royaume-Uni, il semble avoir renoncé, devant le terrorisme nord-irlandais, à aggraver des qualifications pénales, pour se concentrer sur des dispositions procédurales spéciales. Il

lence contre des humanistes aussi opposés à la violence que HEINRICH BÖLL.

Les textes renforçant la répression pénale cherchent en général à faire reculer le concept des «actes préparatoires» et avancer celui de la «tentative», ceux-là n'étant pas punissables, celle-ci se rattachant à l'exécution. Pour le TF, entre déjà dans l'exécution tout acte tendant à l'accomplissement de l'infraction et qui, dans le plan que s'est fait l'auteur, représente l'étape décisive d'après laquelle il ne reviendra normalement plus en arrière sauf circonstance extérieure rendant la réalisation de l'intention impossible, voire plus difficile. Le juge fondera sa conviction tant sur la personnalité du délinquant que sur les circonstances de l'espèce[30]. La Cour de Cassation vaudoise ajoute qu'une interprétation trop restrictive de la notion de commencement d'exécution, en reportant le moment où l'auteur a accompli la démarche décisive, ne laisserait aucune place pour le désistement alors que celui-ci intervient précisément après cette démarche décisive et dépend de la seule volonté de l'auteur[31].

L'arsenal législatif suisse suffit ainsi largement à réprimer les projets criminels. Aller plus loin, comme l'a fait d'abord l'avant-projet de novelle (15.2.78) au Code pénal suisse, conduit à criminaliser la seule appartenance à une organisation subversive et, finalement, à introduire le délit d'opinion[32]. L'impression domine que ce projet était destiné davantage à satisfaire un public indigné et effrayé par des actes de violence abjecte et organisée (généralement à l'étranger), qu'à remplir un *vacuum* législatif inexistant. Il serait préférable d'informer et de calmer l'opinion publique. La Suisse n'a pas besoin d'une loi «anti-casseurs» ni anti-«*associazione per delinquere*». Sa législation pénale, affinée par une jurisprudence fédérale précise, suffit. La renforcer équivaudrait à affaiblir la protection du «différent» et, partant, l'Etat régi par le droit au sens matériel.

En revanche, la prévention doit être renforcée, avec certaines précautions[33].

est vrai que les droits anglo-saxons connaissent déjà la notion de «conspiracy». A notre connaissance, d'autres pays, comme l'Autriche, les Etats scandinaves et ceux du Benelux, n'ont pas modifié leur législation.

[30] ATF 87 IV 155, 99 IV 153; SJ 1978, p.620 et jurisprudence citée.

[31] F. et cons., 10.4.78.

[32] Chap. 31 ci-dessous.

[33] CHRISTIAN-N. ROBERT, Volk und Recht, 1979, No 11, pp.7–17. SCHULTZ, pp.433–456. Le Conseil fédéral propose finalement aux Chambres seulement l'aggravation des peines dans les infractions contre la liberté individuelle, ce qui est plus acceptable.

E. L'obligation de témoigner

La législation des Etats totalitaires prévoit, classiquement, l'obligation pour tout citoyen de dénoncer toute infraction ou même toute intention subversive. Telle n'est évidemment pas la règle des Etats régis par le droit, notamment la Suisse.

Cependant certains voudraient appliquer l'article 305 CP (entrave à l'action pénale) au témoin qui refuse de donner des renseignements sur l'identité ou le lieu de séjour d'un suspect. Or les Chambres fédérales ont refusé d'introduire dans le Code pénal suisse le devoir de délation[34]. A juste titre: la sauvegarde de l'Etat libéral et démocratique implique pour tout citoyen le droit de choisir ce qu'il veut dire ou ne pas dire, dérivant de la liberté d'expression. Ceci à moins qu'il ne soit tenu de dénoncer par un devoir juridique, tel un garde-chasse[35]. La commission d'experts chargée de la révision du Code pénal a confirmé cette position, en relevant que le dénonciateur court le risque de représailles pour lui-même ou sa famille[36].

De nombreuses lois de procédure fédérales (en particulier l'art. 74 PPF), ou cantonales, imposent l'obligation de témoigner. Il s'agit d'un devoir civique, indispensable à l'exercice des tâches de l'Etat, notamment en matière de poursuites pénales. Elles assortissent le refus de témoigner de peines d'amende, voire d'arrêts. Il n'est guère imaginable à l'heure actuelle que le TF confère à la liberté d'expression une portée institutionnelle telle qu'elle annule le cas échéant ces dispositions procédurales. En effet, il ne pourrait le faire quant aux règles fédérales (art. 113 ch. 3 Cst) et ne saurait vraiment juger différemment des dispositions cantonales qui leur sont analogues. Cependant, le principe de proportionnalité permet à la Haute Cour de juger trop sévère une mesure répressive d'un juge instructeur[37], d'autant plus que, selon l'art. 88 al. 1er PPF, celui-ci peut punir le témoin mais n'y est pas tenu.

La question est plus épineuse lorsque le témoin est journaliste. Le devoir du journaliste de révéler ses sources continue à faire couler beaucoup d'encre d'imprimerie. Dans deux arrêts topiques, l'un de 1957, l'autre de 1972, le TF a souligné le devoir

[34] Logoz, note 3 b ad 305; ATF 103 IV 247; Tribunal d'accusation du canton de Vaud, M., 30.6.77.
[35] ATF 74 IV 164.
[36] SCHULTZ, pp.454, 455.
[37] Cf.arrêt Danuser, ATF 98 Ia 418.

général de témoigner, limité seulement par les dispositions expresses et restrictives de la loi, qui ne privilégient pas le journaliste. Celui-ci ne peut se prévaloir ni des devoirs découlant de son contrat de travail ou de son code d'honneur professionnel, ni des règles relatives aux délits de presse, ni de l'article 55 Cst, ni de la liberté d'expression. Quant à l'honneur visé par l'art. 79 PPF, il doit être menacé directement par le contenu du secret, mais non pas par le fait de dévoiler un secret[38].

Un arrêt récent de la Cour suprême des USA suit le même raisonnement à propos du séquestre de photographies d'émeutes dans la rédaction d'un journal: la presse ne saurait exiger sur la base du 4e amendement une protection plus étendue que n'importe quel citoyen. En revanche, un arrêt non moins récent du Bundesgerichtshof de la RFA permet au journaliste de ne pas révéler ses sources, même quand la police est sur la trace d'un crime très grave (meurtre, danger de meurtre, prise d'otage), à moins que le journaliste n'ait découvert l'événement lui-même, sans l'aide d'un informateur[39]. «*Im Zweifel für die Pressefreiheit*» écrivent les juges allemands, en comparant d'une part l'intérêt de l'Etat régi par le droit à l'efficacité de la fonction d'information et de contrôle assumée par la presse et d'autre part l'intérêt public à la poursuite pénale.

Cette solution paraît préférable, déjà du point de vue pratique. La plupart des journalistes affrontant le dilemme préfèrent payer une amende, voire subir quelques jours d'arrêts plutôt que de violer leur code déontologique et supprimer leurs sources de renseignements, et leur martyre sera si largement diffusé par la presse qu'un juge hésitera avant de récidiver. Les autorités d'enquête trouvent aussi leur intérêt dans la révélation par la presse de nouvelles qu'elles ignoreraient complètement si les informateurs ne se savaient pas protégés par le secret du journaliste. Juridiquement, il suffirait de reconnaître une portée institutionnelle, donc un effet horizontal à la garantie de la liberté de la presse, mieux encore au droit à l'information, pour permettre au TF d'interpréter – sans violer l'art. 113 ch. 3 Cst – les dispositions procédurales de droit fédéral (art. 42 PCF, 79 PPF) de manière

[38] Ibid. et arrêt Goldsmith, ATF 83 IV 59.

[39] Arrêts Zurcher v. The Stanford Daily (98 S.Ct. 1970, 31 mai 1978) et Klein (BGH, 28 décembre 1978), publiés in EuGRZ 1979, pp. 394 et 396, et critique de Scherer, EuGRZ 1979, p. 412. Cf. aussi BVerfG. 1972 vol. 33, N. 24, p. 367.

libérale ou même les art. 27 ss et 32 CP par analogie[40]. L'article 16 de la loi fédérale du 20.12.1968 sur la procédure administrative montre la voie, puisqu'il permet aux journalistes de refuser d'indiquer le contenu ou les sources de leurs informations, sauf dans les procédures relatives à la sûreté intérieure ou extérieure du pays.

Il serait intéressant de savoir comment le TF apprécierait, vu l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine, un recours dirigé contre la condamnation suivant les règles de procédure cantonale d'un journaliste refusant de déposer et invoquant la liberté de la presse. Car dans un système personnaliste, chacun est libre et responsable devant sa conscience. A lui de choisir ce qui l'emporte de cas en cas: le droit à l'information indispensable dans un Etat démocratique et qui implique le droit à l'anonymat, ou la protection d'individus menacés par un criminel ou la préparation d'un crime.

F. Les infractions politiques

Le droit d'asile, cultivé traditionnellement dans la Suisse du XIX^e^ et de la première moitié du XX^e^ siècle, a conduit les autorités et les citoyens à admettre assez largement le caractère politique d'une infraction. A mesure que les régimes autoritaires ont fait place, du moins en Europe occidentale, aux systèmes démocratiques et libéraux, systèmes permettant légalement les modifications constitutionnelles, la tolérance à l'égard des crimes dits politiques est de moins en moins comprise. Actuellement l'accroissement du terrorisme dans des Etats régis par le droit entraîne une restriction de la qualification politique[41]. La jurisprudence

[40] Il suffirait même d'appliquer les principes de l'interprétation constitutionnelle. Pour de plus amples développements, cf. RPS 85, 1969: MAX NEF, Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozeß, p. 112–138; PIERRE CORDEY, Le secret professionnel du journaliste, pp. 139–159; contra: WALTHER HUG, Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht der Presseleute im Strafprozeß, pp. 160–192. STALDER (pp. 150, 151, notamment note 39, commentant l'arrêt de la Cour Suprême Branzburg v. Hayes, 408 US 665), relève que l'obligation pour le journaliste de révéler ses sources abaisse son niveau critique (et son information) et conduit plusieurs Etats américains à prévoir expressément le droit au silence du journaliste.

Il est d'ailleurs paradoxal que le journaliste inculpé ait le droit de se taire (art. 41 al. 2 PPF) et même de mentir, mais non pas s'il est témoin, du reste pour les mêmes faits.

[41] LIEBSCHER, p. 516.

fédérale suit cette tendance[42]. Dans l'arrêt Egloff, de 1978, un jeune zuricois guévariste est condamné pour avoir notamment plastiqué le bâtiment d'ITT, pillé des dépôts de munitions de l'armée, attaqué l'ambassade d'Espagne à Berne, après avoir favorisé la fuite de la terroriste Astrid Proell de RFA en Suisse. Le TF lui a dénié le mobile honorable (art. 64 CP) de l'infraction politique, en relevant que ses sentiments de haine et de vengeance, inexcusables, bas et mesquins, l'emportaient sur son idéal politique visant l'amélioration de la société, et l'inclinaient à la récidive. Il aurait dû mesurer le danger constitué par des explosifs.

Le mobile politique devrait être dénié pour tout acte de violence dirigé contre l'ordre constitutionnel suisse, dans la mesure où l'on reconnaît qu'aucune critique de cet ordre ne saurait être réputée illicite; si l'opinion dissidente n'est pas jugée subversive, il n'y a pas de place pour un support violent à cette opinion. En revanche, l'ordre légal est parfois en retard sur l'ordre constitutionnel de l'Etat régi par le droit, ou du moins peut légitimement paraître en retard. Dans de telles situations (Jura, autoroutes, centrales atomiques, immeubles vétustes, enseignement démodé, discipline militaire arbitraire, discrimination des travailleurs étrangers), les infractions vénielles à la loi (violation de domicile, opposition aux actes de l'autorité, refus d'ordre, contravention policière ou scolaire, etc...) devraient bénéficier, toutes conditions réalisées, du privilège d'honorabilité attaché au délit politique.

On peut légitimement se demander, en dépit de l'opinion contraire du TF, s'il ne siérait pas d'appliquer le principe de proportionnalité au mobile honorable, au lieu de la dichotomie manichéiste. Lorsque des résistants anti-franquistes associés à des truands français attaquent la succursale d'une banque vaudoise, sans blesser personne, ils peuvent, le cas échéant, être mis au bénéfice de l'article 64 CP. Mais si un groupe de nationalistes de telle région séquestre cinquante enfants d'une autre région, en menaçant d'exécuter un jeune otage par jour tant que leurs complices incarcérés ne sont pas libérés, le moyen employé dépasse

[42] L'évolution est visible: ATF 78 I 50 (où le TF retenait le principe de proportionnalité entre les moyens et le but visé, pp. 54, 55; 95 I 462 (mobile anarchiste); 99 Ia 547 (Losembe); 104 IV 238 (Egloff). De même, la Conférence de Copenhague pour l'unification du droit pénal a refusé de considérer l'acte terroriste comme une infraction politique (DE WATTEVILLE, p. 90; aussi pp. 185 ss).

en proportion le but idéal visé. Dès lors, quelle que soit la pureté de l'intention, la nature de l'acte exclut l'honorabilité du mobile, mais ce n'est pas dans la conviction politique qu'il convient de rechercher le critérium distinctif, c'est dans le choix des moyens[43]. Ainsi un détournement d'avion doit être réprimé sévèrement parce que le pirate est «déterminé, si la situation l'exige, à tuer des dizaines voire des centaines de personnes innocentes. Et à bord d'un aéronef en vol, une grenade ou une fausse manœuvre peut suffire». Mais quand un dissident soviétique détourne un avion pour s'enfuir de son pays, sans menace contre la vie ni l'intégrité corporelle de quiconque, il commet une sorte de vol d'usage, au moins s'il pilote lui-même. DE WATTEVILLE prévoit d'ailleurs une dérogation à la sévérité pour les détournements ayant pour objectif la fuite[44].

Cependant, il faut le répéter, la question se posera plutôt pour des terroristes issus de sociétés que ne régit pas le droit. Pour les autres, le caractère crapuleux l'emportera le plus souvent sur l'idéal politique.

G. La lutte contre le terrorisme

Le terrorisme est-il en soi un phénomène justifiant un traitement juridique exceptionnel, à l'image d'une guerre?

On a vu plus haut ce qu'est le terrorisme: la création, à l'aide d'actions violentes, d'un climat de terreur et d'intimidation destiné à destabiliser l'Etat et l'amener à perdre le *consensus* populaire en pratiquant lui-même la violence[45]. Il s'ensuit qu'un seul acte de terrorisme, ou même une succession de tels actes, ne suffisent point à menacer l'ordre social si les gouvernants gardent leur calme. A quel moment la situation terroriste devient-elle insupportable? Au moment où l'opinion publique, ceux qui l'influencent, et les pouvoirs, se sentent obligés de réagir de manière exceptionnelle. Et, on l'a vu, c'est exactement le but recherché par les terroristes!

[43] L'accord entre les USA et Cuba sur les détournements d'avion retient le principe de proportionnalité sur les motifs politiques (DE WATTEVILLE, p. 139).

[44] DE WATTEVILLE, pp. 96 et 171. Le même auteur écrit (p. 35): «près de 80% des détournements d'avion ont des motivations politiques et, d'autre part, les comportements divers des Etats face à ces actes résultent de considérations elles aussi politiques».

[45] Cf. chap. 13 ci-dessus et FRAYSSE-DRUESNE, p. 976.

Cette réaction exceptionnelle peut être de deux types:

a) l'instauration d'un état d'urgence, avec la suspension des droits fondamentaux, notamment procéduraux, la suppression de la clause du doute en faveur des accusés et la répression farouche,

b) la démission devant le chantage.

L'une et l'autre de ces réactions sont à combattre. Même sous la pression la plus forte de l'opinion publique, législateurs, gouvernants et juges doivent à tout prix garder la tête froide.

Une des rares expériences pratiques instructives en la matière est celle du Royaume-Uni en Irlande du Nord. Elle s'est révélée bénéfique le jour où l'état de siège (sans le nom) a été levé, où les crimes terroristes ont été traités comme des infractions de droit commun (non politiques), où la police – une police extrêmement bien éduquée, disposant de moyens techniques ultra-perfectionnés – a remplacé ou à tout le moins guidé l'armée. Et surtout une police issue de la population, parlant son langage, la comprenant, en étant comprise; pas une police londonienne. Les droits fondamentaux ont été rétablis, de même que les règles de procédure usuelle, à de rares exceptions près tendantes à éviter les fuites de renseignements et l'intimidation des jurés et des témoins[46]. Ce qui ne signifie pas encore que le problème de l'Ulster soit résolu et l'activité de l'IRA définitivement interrompue, notamment hors d'Irlande[47].

L'attitude des gouvernements espagnol dans l'affaire basque et hollandais à l'égard des sud-moluquois, fournit des exemples peu différents. Celle des Allemands et des Italiens qui affrontent il est vrai des terroristes d'un autre type (non irrédentistes) présente à la fois des différences et des analogies qu'il n'y a pas lieu de développer ici.

Au delà des principes généraux, il convient de s'attarder un instant à un problème particulièrement difficile, celui de l'attitude à adopter devant un acte ponctuel de terrorisme, une prise d'otage avec revendications et menaces d'assassinats. Très souvent, dans un cas pareil, le gouvernement du pays où le forfait se produit marque à l'égard du terroriste étranger une mansuétude d'autant plus surprenante qu'il affiche des intentions de fermeté musclée dans l'abstrait[48]. Il cherche surtout à s'en débarrasser,

[46] Cf. chap. 16.

[47] Il n'est pas certain que le raidissement postérieur à l'assassinat de Lord Mountbatten soit bénéfique à moyen terme.

[48] LAQUEUR, p. 190.

pour éviter d'autres actions terroristes libératoires. La réponse n'est certes pas facile. Lorsqu'il est pressé par la famille, voire la puissante entreprise à laquelle appartient la victime, le gouvernement est tenté de céder au chantage. De plus, il est inutile d'interdire aux intéressés de payer la rançon réclamée: ils négocieront à l'insu de la police. Quand la rançon se double de la libération des complices, le gouvernement est de toute façon obligé de prendre ses responsabilités, parfois en collaboration avec d'autres gouvernements.

Sans avoir la prétention de résoudre l'énigme, on peut suggérer qu'il convient d'abord d'essayer de se mettre dans la peau du terroriste, pour imaginer comment il doit sentir et réagir. Ce n'est pas impossible, avec l'aide de spécialistes. Il faut donc parlementer et gagner du temps. Mais il est indispensable d'être constamment animé de la ferme résolution de ne jamais céder au chantage. «Il vaut peut-être mieux sacrifier la vie des otages afin de sauver d'autres vies ultérieurement; autrement dit, il se peut qu'il faille laisser détruire des innocents pour que le chantage terroriste soit moins efficace.»[49] Des actes terroristes ne peuvent être empêchés que par un Etat prêt à risquer la vie de badauds innocents, même des femmes et des enfants, afin de prouver que le terrorisme ne paie pas (RICHARD CROSSMANN)[50]. Tel est le prix, effroyablement douloureux, que la démocratie doit payer pour sa survie, de la même façon qu'elle doit tolérer un mouvement subversif pour assurer le survie de la liberté (PAUL WILKINSON)[51].

C'est devant la fermeté de caractère, l'esprit de sacrifice et l'équanimité que cède finalement le terrorisme. Il se nourrit au contraire de la contre-violence et de la lâcheté.

Mais il est bien difficile d'être un chef d'Etat devant une situation pareille. Et l'on doit être tenté de céder au chantage lorsqu'est enlevée et séquestrée la fille d'un juge obscur.

Si l'on met la main sur des terroristes, il reste à les juger et à les punir. Il convient là aussi d'appliquer les règles normales et de ne pas perdre la tête. La proposition de rendre imprescriptibles les actes de terrorisme parce qu'ils sont «si monstrueux qu'ils donnent l'impression que leurs auteurs sont complètement dépourvus de sentiments humains»[52] n'est pas sage. En revanche, la

[49] CH. DOBSON/R. PAYNE, Carlos l'insaisissable, Paris 1977, p. 251. (Avis contraire, au sujet d'Aldo Moro, dans le Nouvel Observateur du 24.4.78, pp. 52–54.)
[50] Ibid. p. 253.
[51] Ibid. p. 260.
[52] Citation chez DE WATTEVILLE, p. 179.

convention européenne pour la suppression du terrorisme du 10.11.76, supprimant l'excuse «politique» (ce qui n'exclut pas nécessairement le «mobile honorable» de l'art. 64 CP), imposant la punition ou l'extradition (*aut dedere, aut judicare*) paraît opportune, dans la mesure où elle engage uniquement des Etats loyalement régis par le droit, et acceptant les articles 25 et 46 CEDH[53]. Sans ces cautèles, cette convention présente des dangers réels pour les droits de l'homme. Le consentement s'efface dès que l'un de ces Etats retourne aux démons de l'arbitraire comme la Grèce en 1967 (art. 5 de la Convention, visant le soupçon de répressions politiques)[54].

De tels accords diminuent à la fois le risque de démission et celui de répression sauvage. L'idée d'une Cour pénale internationale pour les actes de terrorisme ne manque pas non plus d'intérêt, mais se heurte à la souveraineté jalouse des Etats.

En conclusion, le respect des législations ordinaires et la renonciation aux réactions nerveuses, qu'elles relèvent de l'écrasement ou de la démission, trouvent finalement l'adhésion du public et entraînent chez les terroristes une perte d'efficacité, suivie parfois d'une disparition pure et simple[55].

Chapitre 30. Les limites de la prévention

A. L'internement administratif et la stérilisation

L'un des effets heureux de la signature par la Suisse de la CEDH est l'abrogation de certaines lois cantonales prévoyant l'internement administratif, c'est-à-dire sans inculpation et sans garantie

[53] Cf. DE WATTEVILLE, pp. 120–135; FRAYSSE-DRUESNE, pp. 985 ss.

[54] Voir l'analyse très critique de la Convention européenne pour la répression du terrorisme dans l'exposé de GHISLAINE FRAYSSE-DRUESNE, notamment aux pages 1000 ss, et une critique virulente chez YVES RODRIGUEZ, Le complexe de Procuste ou la Convention européenne pour la répression du terrorisme, in: Revue criminelle et de droit pénal comparé, Paris 1979, pp. 471–485.

On peut en outre citer, pour signaler la difficulté du problème, deux extraditions françaises controversées, celles d'Abou Daoud et de Me Klaus Croissant (cf. PIERRE DELVOYÉ, in: Le Monde du 28.7.78, p. 10).

[55] LAQUEUR, pp. 227–229, au sujet de la RFA et du Japon. Cf. aussi Dr. JÜRGEN FRENZEL, Terrorism and its international aspects, in: Wilton Park Journal 1979, n° 59, pp. 5–13.

judiciaire, des prostituées, souteneurs, joueurs professionnels, assistés, paresseux[56].

En dehors des cas relevant de la législation pénale, l'art. 5 ch. 1er CEDH permet la détention régulière notamment

d) d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou pour le traduire devant l'autorité compétante,

e) d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond.

Mais, en vertu de l'art. 5 ch. 4, un recours doit toujours être ouvert devant le tribunal statuant à bref délai.

La Suisse a fait une réserve pour l'internement administratif à des fins d'assistance, réserve qui doit être levée avec la modification du Code civil suisse[57].

L'internement des malades, notamment mentaux, n'en pose pas moins des problèmes humains et théoriques fort ardus.

La tendance il y a une quarantaine d'années était de mettre l'accent sur la protection de la société, au détriment de la liberté individuelle. Une méfiance magique à l'égard des malades mentaux conduisait à une présomption *contra libertatem* qui se reflétait dans la législation. Ainsi la loi vaudoise du 23 mai 1939 sur les malades mentaux et autres psychopathes laisse entendre à son article premier que les patients peuvent tous présenter des dangers pour eux-mêmes, autrui, l'ordre public ou les bonnes mœurs, ce qui veut peut-être signifier qu'il convient de les placer dans la catégorie des sujets dangereux[58].

Les excès totalitaires des camps nazis ou hôpitaux psychiatriques soviétiques, de même que les progrès de la science, incitent à une extrême prudence sur un terrain où la déviation mentale se distingue parfois mal de la subversion politique. La psychiatrie contemporaine, pour ne pas parler de l'antipsychiatrie, fait de plus en plus difficilement le départ entre malades mentaux et malades somatiques, au point que certains pays (Italie, Jura) soignent les uns et les autres dans les mêmes hôpitaux[59]. Le danger que présentent les malades mentaux pour autrui semble exceptionnel quand bien même on monte en épingle les drames qui se produisent occasionnellement soit dans la rue, soit dans un éta-

[56] Ainsi le Grand Conseil vaudois abrogea le 7.12.71 la loi du 8.12.41 et les art. 11 et 12 de la loi du 12.5.47. La première visait notamment «ceux qui par leur inconduite compromettent la sécurité ou la santé d'autrui».

[57] Annuaire suisse de droit international 1978, XXXIV, pp. 188–201.

[58] PIERRE-BERNARD SCHNEIDER, in: Médecine et Droit (voir Bibliographie) p. 4.

[59] L'abondante littérature scientifique n'a pas sa place dans ce travail. On se borne à citer P.B. SCHNEIDER, loc. cit., et GIRARD, pp. 339, 340.

blissement psychiatrique. Dès lors, à part les cas comateux ou confusionnels profonds, dans lesquels il est indispensable de porter secours au malade de quelque étiologie que ce soit, l'internement d'un psychopathe contre sa volonté viole la garantie de la liberté personnelle dont il peut se prévaloir comme n'importe quel autre sujet de droit[60]. La seule restriction à cette règle se présente lorsque le malade, à dire d'experts, présente un réel danger.

«A noter que la notion de danger imposant l'internement doit être prise restrictivement. Il ne doit pas s'agir simplement du danger de voir le malade commettre des actes punissables mais d'un danger sérieux que soient commises des infractions contre des biens juridiques de haute valeur (soit surtout celles touchant les personnes physiques dans leur vie, ou leur intégrité physique ou morale).»[61]

En d'autres termes, le principe *in dubio pro libertate* doit prévaloir aussi dans ce domaine. Le danger d'une législation libertricide pour une catégorie mal définie et particulièrement vulnérable de la population doit l'emporter sur le patronage des phobies instinctives et propitiatoires de la majorité.

Le problème des alcooliques ne se pose guère différemment. Au demeurant, qui est alcoolique, qui est drogué, qui est enchaîné au tabac, au jeu, aux affaires, au pouvoir?

Plus grave encore est l'article 32 de la loi vaudoise ou l'article 102bis du projet de loi vaudoise sur la santé publique[62] à but eugéniste. Le Procureur général vaudois HEIM se demande s'il y a, à la base d'une telle disposition, un intérêt public suffisant, tandis que le professeur de psychiatrie P. B. SCHNEIDER la qualifie de monstruosité de type nazi[63].

D'une part le danger de voir naître un enfant anormal est peut-être plus grand chez un couple psychopathique que chez un couple névrotique ou «normal»; mais il ne s'agit encore que d'un risque et non pas d'une grande probabilité[64]. D'autre part la liberté sexuelle fait partie du moins dès seize ans de la liberté

[60] JEAN SCHNETZLER, RDAF 1967, N° 2; ATF 99 IV 208.

[61] WILLY HEIM, in: Médecine et Droit, p. 10.

[62] «Une personne incapable de discernement, atteinte d'une affection psychique grave et incurable peut, à la demande de son représentant légal, être l'objet de mesures de contraception ou d'une stérilisation.» (Projet de mars 1978)

[63] Médecine et Droit: HEIM, pp. 111–112; SCHNEIDER, p. 32.

[64] Selon l'anecdote, Beethoven est issu d'un couple de psychopathes, qui n'avaient pas davantage pris de cours à l'Ecole des parents que la quasi-totalité de la population... La Haute Cour de Justice de Londres a interdit la stérilisation d'une retardée mentale de onze ans, en raison du droit d'enfanter et de l'espoir d'une amélioration (17 septembre 1975, EuGRZ 1976, p. 143).

personnelle. Que faire donc? Dans le doute, il convient de s'en remettre à la règle de la présomption légale. Dès lors si, malgré tous ses efforts, le médecin n'est pas parvenu à convaincre son patient qu'il devrait renoncer à procréer, il s'abstiendra de le stériliser, en vertu de la position privilégiée de la liberté individuelle. Et la société assumera ce risque, comme elle en accepte d'autres, même dans le domaine des mutations génétiques.

La solution de la contraception a le mérite, par rapport à la stérilisation, de n'être pas irréversible, et de ménager l'espoir d'une rémission – fortuite ou médicale – dans l'état du malade. Elle constitue néanmoins un acte d'eugénisme temporaire, qui doit être prohibé s'il n'est pas consenti. Car compromettre en ce domaine entraîne tout droit dans le Meilleur des Mondes d'ALDOUS HUXLEY ou 1984 d'ORWELL.

Certes il est difficile pour certains esprits d'accepter la liberté totale de la procréation, qui conduit aux mariages transethniques et aux mille nuances des épidermes. Et pourtant les différences chromosomiques sont la condition même de la survie des espèces supérieures, la consanguinité leur perte[65].

B. L'organisation de la police

Il est de bon ton de dénigrer la police. Pourtant ses contempteurs les plus acrimonieux sont également les plus prompts à la critiquer lorsqu'elle ne vole pas assez vite à leur secours. La tâche ingrate lui est dévolue de maintenir l'ordre et la tranquillité publics. En conséquence, il faut lui donner les moyens de sa tâche[66].

Il ne s'agit en aucun cas d'organiser une police pléthorique et suréquipée. Plus ses effectifs sont importants, plus elle risque d'être infiltrée d'éléments douteux, ou encore de prêter la main à des ambitions séditieuses, ou simplement d'échapper à l'autorité politique. Son efficacité dans la lutte contre le crime n'en augmente pas, tant s'en faut[67].

[65] JACQUES RUFFIÉ, De la biologie à la culture, Paris 1976, not. pp. 265, 382, 415.

[66] JEANNE HERSCH écrit (Festschrift Kägi, p. 187) qu'on ne peut être inconditionnellement et à la fois pour le refus de la force et pour les droits de l'homme. «Car les droits de l'homme, comme toute exigence mise à l'œuvre dans l'histoire, ont besoin de la force pour s'imposer et se défendre.»

[67] JULIEN, pp. 144, 145, 204, 205. – Exemples à ne pas suivre chez FERNAND CATHALA, Pratiques et réactions policières. Paris 1977.
En revanche, il semble qu'en mai 68 le Préfet de police de Paris ait su garder ses hommes en main. C'est du moins ce qu'il écrit (MAURICE GRIMAUD, En mai

De même, on l'a vu, la police doit s'en tenir à l'éthique la plus stricte dans la surveillance des personnes suspectes, s'abstenir de toute pression physique et de tout moyen déloyal[68]. L'aveu n'est pas une preuve judiciaire. Il n'est qu'une aide, la meilleure sans doute, sur la voie de la vérité. On rappelle la prohibition des détecteurs de mensonge, chimiques ou techniques[69].

En vérité, la force de la police doit se trouver dans son éducation et dans son service de renseignements.

Sur le premier point, il faut relever l'expérience britannique avec son école de *Bramhill,* destinée à la formation du *Chief Constable,* commandant d'un des 34 districts policiers du Royaume-Uni, et de ses proches collaborateurs. C'est une instruction poussée sur les plans non seulement technique, mais également culturel, juridique et éthique qui est donnée dans le Manoir Tudor du sud de l'Angleterre. Mais le *Chief Constable* reçoit une rémunération intéressante et jouit d'une très large autonomie. En retour il endosse la responsabilité de tous les policiers qui lui sont subordonnés. Si l'un d'eux se livre à des voies de fait sur un suspect, son chef sera recherché solidairement pour le paiement d'une indemnité satisfactoire. Ce système est cohérent avec la règle d'or d'une autorité juridique et morale très stricte du chef de la police, qui lui-même doit être soumis strictement au pouvoir politique.

Sur le second point, la police britannique fournit encore l'exemple d'une coopération étroite entre les trente-quatre chefs dans l'échange d'information ou même la fourniture d'assistance en cas de nécessité. Aucune centralisation n'est souhaitée dans ce pays de près de soixante millions d'habitants, en vertu du principe que le policier est plus efficace lorsqu'il travaille chez lui. Au contraire, les mutations d'agents dans des régions qu'ils connaissent mal ont un effet nul ou négatif[70]; elles représentent peut-

fais ce qu'il te plaît, Paris 1977). D'autres, tels le chef de la police bâloise, ont réussi à éviter des échauffourées, sans être édités par la suite.

[68] Conformément à l'art. 39 al. 5 DPA (cf. chap. 15 n. 66). On peut regretter que l'amendement proposé par le député JACQUES MEYLAN à la loi du 17.11.75 sur la police cantonale vaudoise ait été repoussé: «24bis. Le fonctionnaire de police ne doit se permettre aucune contrainte, menace ou promesse, aucune indication contraire à la vérité, ni aucune question captieuse. Il lui est notamment interdit de recourir à de tels moyens pour chercher à provoquer un aveu.» (BGC automne 1975, pp. 272 ss). Cf. art. 41 PPF.

[69] Chap. 15 n. 69 ci-dessus. DELESSERT, pp. 189–192; SALADIN, p. 101.

[70] Cf. l'article de PH. PIDOUX, «Les Allemands à Payerne» in: La Nouvelle Revue de Lausanne, 12.9.78, p. 1. Le sujet de la Police fédérale de sécurité devrait être développé par le corapporteur, M. S. BURKHARDT.

être un facteur de déstabilisation de l'Etat, en créant des réactions oppositionnelles jusque chez les honnêtes citoyens.

En revanche une collaboration discrète et intelligente permet de gagner énormément de temps et d'éviter soit l'arrestation d'innocents soit la perte de vies humaines dans la lutte contre la grande criminalité et notamment le terrorisme international. A cet égard, la Centrale fédérale de renseignements de la RFA à Wiesbaden recueille et traite les informations et les distribue aux pays voisins, disposant de terminaux aux postes des frontières. Toutefois, la portée d'accords multilatéraux est limitée, car des informations sont données plus volontiers à un individu connu et crédible qu'à un *pool* anonyme, dont on craint des fuites.

On ne développera pas ici le problème des procédés acoustiques (notamment les écoutes téléphoniques) et de la levée du secret postal[71]. Il suffit de relever qu'ils sont un mal nécessaire, permettant parfois d'éviter un crime sanglant, mais qu'ils constituent une dérogation à la garantie de la vie privée. Ces procédés ne doivent donc être utilisés que sous l'autorité d'un magistrat et – cela est souhaitable – sous un contrôle du Parlement dont celui-ci ne veut malheureusement pas[72]. Or des abus sont faciles et détruisent un des fondements les plus essentiels de l'Etat régi par le droit.

Enfin l'existence de corps d'élite spécialisés contre d'éventuelles émeutes, comme à la Police municipale de Lausanne, peut exercer un effet dissuasif non négligeable. Elle ne présenterait des risques que si un tel corps n'était pas soumis à une discipline rigoureuse et n'était pas entraîné autant à garder son calme, à s'interdire de tirer sans ordre, qu'à atteindre la cible. Des pelotons peu nombreux mais bien entraînés et dotés d'un équipement moderne peuvent jouer un rôle déterminant dans le salut d'otages: la nécessité de sauvegarder la vie d'innocents (noyau intangible par excellence) conduit souvent à risquer d'autres vies, en vertu de la légitime défense ou de l'état de nécessité. La situation géographique de Genève a contraint les autorités de ce canton à créer également des groupes spéciaux d'intervention et d'observation, mais également un service de relations publiques de la police.

[71] DELESSERT, pp. 193–195. Il vaut la peine de lire entièrement cet article remarquable, notamment les pages 195–207.
LF sur la vie privée, du 23.3.79 (RO 1979 p. 1170). Année politique suisse 1977, p. 15 (motion GERWIG).

[72] CORNU/VODOZ, p. 150. MARKUS PETER, Das neue Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre, RSJ 75, 1979, p. 317, ch. 6.

C. Le traitement des informations privées

C'est souvent par des vérifications de routine que la police met la main sur des malfaiteurs ou, dans certains cas, découvre des tentatives de crimes. Elle est donc amenée à réunir d'avance le plus grand nombre possible d'informations et, par une pente naturelle, sur le plus grand nombre de personnes possible. De ce fait, l'intérêt général à la protection de la sécurité publique et au bon fonctionnement de la justice pénale peut se heurter à la sphère intime des individus. Par exemple, le Tribunal constitutionnel de la RFA a admis constamment que des dossiers médicaux appartenaient à la sphère intime de l'individu. Sans être encore reconnue comme partie du noyau intangible des droits fondamentaux, cette sphère privée est protégée constitutionnellement et ne peut être atteinte que si l'intérêt de la collectivité est nettement prépondérant. Ainsi la Haute Cour allemande, appliquant le principe de proportionnalité, a jugé anticonstitutionnelle la saisie de fichiers personnels dans une institution de réhabilitation pour drogués, de la cartothèque de clients dans le cabinet d'un médecin décédé, du dossier de divorce d'un fonctionnaire accusé d'une liaison avec sa secrétaire, et d'enregistrements révélant une fraude fiscale[73]. En revanche, il n'a pas mis un travailleur social privé au bénéfice du secret professionnel[74].

Dans tous ces cas il s'agissait de pièces saisies lors d'une enquête pénale ou disciplinaire. La question est beaucoup plus délicate lorsque les pièces ne sont pas invoquées par l'accusation et que l'intéressé en ignore l'existence. Tel est le cas des renseignements recueillis par le *Landesamt für Verfassungsschutz* (LfV) de Berlin-Ouest, qui est une police politique chargée a) de récolter et trier les informations sur des tentatives «hostiles à la Constitution», b) de collaborer à la surveillance de personnes ayant accès ou cherchant à accéder à des secrets ou aux techniques de conservation de secrets, c) d'instruire le Sénat de Berlin, les commissions parlementaires ou les «autorités compétentes» dans les af-

[73] BVerfG 1970, vol. 27, n. 31, p. 344; 1972, vol. 32, n. 27, p. 373; 1973, vol. 34, n. 21, p. 238; 1977, vol. 44, n. 22, p. 353. Ces arrêts sont très soigneusement motivés.

[74] BVerfG 1972, vol. 33, n. 24, p. 367. C'est aussi ce qu'a jugé le Tribunal d'accusation du canton de Vaud dans l'arrêt M. du 30.6.77 (confirmé par le TF le 29.9.77); mais il a libéré l'inculpé de la prévention d'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) en raison du fait que l'obligation de délation n'existe en droit suisse que pour celui à qui incombe un devoir juridique de dénoncer (Logoz, note 3b ad 305; ATF 74 IV 164). Cf. chap. 29 E et note 34 ci-dessus.

faires de protection de la Constitution. Lorsque de telles informations sont traitées électroniquement, lorsque des échanges se font d'un ordinateur à un autre, le danger est immense d'un contrôle étatique illimité sur la vie privée de chacun[75]. En effet, quand les citoyens se savent contrôlés à leur insu, mais ignorent ce qui est consigné sur leur compte, quand ils se sentent impuissants à rectifier des erreurs éventuelles ou à exiger la destruction de documents n'ayant plus d'intérêt véritable, quand enfin ils ne disposent d'aucune voie de recours judiciaire contre la violation de leur sphère intime, ils perdent le sens de la responsabilité et de la participation civique. A vouloir trop organiser, trop prévoir, trop policer, on en arrive à la République totalitaire de PLATON et l'on perd les valeurs que l'on voulait sauver.

Il n'est pas question d'obliger la police à colliger manuellement ses fiches ni de l'empêcher d'échanger rapidement ses renseignements avec les autres gardiens de l'ordre public. Cependant une telle arme doit être manipulée dans un cadre bien circonscrit et sous un contrôle judiciaire vigilant[76]. La collecte, la garde et la transmission des renseignements ne doivent jamais excéder ce

[75] YVES BURNAND, Banques de données électroniques et droit de l'information, thèse Lausanne 1974, propose un *habeas scriptum* (cf. pp. 60, 101, 102, 174 ss). CORNU et VODOZ insistent sur les dangers que ces techniques font courir à la démocratie (pp. 149–155).

Lors du débat au Grand Conseil vaudois au sujet de la loi sur la police cantonale du 17.11.75, le député JACQUES MEYLAN proposa, mais sans succès, un amendement à l'art. 21, al. 4 et 5, tendant à permettre à chacun d'exiger d'une part la consultation et la rectification des documents de police existant à son sujet, d'autre part la destruction des documents en cas d'abandon de la poursuite pénale (BGC, pp. 265 ss). Cf. aussi ZBJV 1979, p. 35. Au demeurant il n'y a rien de nouveau sous le soleil. SAINT-SIMON déplorait déjà l'ouverture des lettres par le ministre des postes de Louis XIV, au préjudice de gens qui s'interrogeaient jusqu'à leur mort sur les raisons de leur disgrâce (Mémoires, La Pléïade, Paris, IV, chap. LIV, not. p. 998).

[76] Le sujet devrait être développé dans le rapport en langue allemande de M. SAMUEL BURKHARDT. On se borne ici à quelques considérations générales, en mentionnant l'expérience probablement unique des Nouvelles Galles du Sud, en Australie, où un bureau indépendant siégeant à Sydney est chargé par le gouvernement de rechercher toutes les violations, officielles ou non, de la vie privée, et de convaincre les auteurs des violations – police, banques, prêteurs, magasins – de renoncer à leurs procédés.

En Suisse le canton de Genève a fait œuvre originale par sa loi du 24 juin 1976 sur la protection des informations traitées automatiquement par ordinateur. Il est trop tôt pour porter un jugement sur l'application de cette loi, qui laisse au Conseil d'Etat un pouvoir d'appréciation très large quant à la perméabilité des divers fichiers (art. 2 al. 2 et 3 de la loi et 2 al. 2 du règlement d'application du 26 janvier 1977).

qui est strictement indispensable à la sauvegarde de l'ordre public. Sinon on en arrivera, comme le réclamait un directeur du FBI, à constituer des dossiers sur la vie intime des parlementaires[77].

Il est donc souhaitable de commencer par réglementer la protection de la personnalité et de la vie privée avant d'organiser une coordination trop poussée des banques de données, d'autant plus que certains aspects de l'action policière, et notamment les carnets privés des inspecteurs, échapperont toujours à tout contrôle. Certes, les magistrats et fonctionnaires actuels ont-ils sans doute une grande conscience professionnelle et un sens traditionnel des libertés. Mais on ne sait jamais d'avance comment un arsenal trop perfectionné peut être utilisé par le pouvoir ou l'administration un jour en place.

La vigilance s'impose à tous les niveaux. Ainsi, selon l'article 8 al. 2 LP, toute personne qui justifie de son intérêt peut consulter les registres des offices de poursuites et de faillites et en requérir des extraits[78]. Les établissements de crédit font un large usage, d'ailleurs légitime, de cette disposition lorsqu'ils sont sollicités par un emprunteur. Or, il est notoire que les banques donnent aussi à leurs clients privilégiés des renseignements économiques ou financiers sur le compte de tiers, au moyen de formules neutres, en dégageant toute responsabilité, et sans signature. Il est arrivé qu'une personne soit lésée dans ses intérêts personnels et sa vie privée parce qu'elle ignorait les renseignements recueillis sur son compte, et n'était pas en mesure de les rectifier le cas échéant: poursuites de pure chicane, inscriptions erronées, dettes payées le jour du commandement. Dès lors, il faut se demander s'il ne conviendrait pas de communiquer automatiquement à l'intéressé la copie de l'extrait requis, afin qu'il puisse assurer la protection de ses intérêts personnels conformément à l'article 28

[77] Cf. le débat sur la gestion du Conseil fédéral, les interventions du Conseiller national GERWIG et les réponses du Chef du Département de Justice et Police M. FURGLER, au sujet du KIS (Kriminalpolizeiliches Informationssystem), 18 juin 1979, Bulletin du CN pp. 721, 722, 725, 726. Egalement BCN 11.12.72, p. 2127; mai 77, pp. 467–496; 28.2.78, p. 219; BCE 14.6.78, pp. 292ss; 30.11.78, pp. 627ss. FF 1976 I 521, II 1529.

En 1976, l'OCDE a publié, in: Etudes d'informatique, No 10: Questions politiques soulevées par la protection des données et des libertés individuelles, les conclusions d'un colloque international consacré à ces problèmes. Il vaut la peine de se référer à l'annexe de cette publication (p. 372).

[78] JAEGER/BRIDEL, LAUSANNE 1949, suppl. ad 8 no 4; ANTOINE FAVRE, Droit des poursuites, 3e éd., Fribourg 1974, p. 36; ATF 52 III 73, 77; 93 III 4; 94 III 43; 99 III 41; 102 III 61.

CC, auquel l'effet horizontal d'un droit institutionnel serait attaché.

D. Le traitement des suspects

Le problème de la détention préventive a déjà été abordé plus haut[79]. On se bornera à émettre le vœu que l'enquête contre un détenu soit menée sans désemparer, et notamment qu'elle ne soit pas interrompue par des recours, notamment dirigés contre l'incarcération. Ceci ne se justifie plus à l'époque des appareils à photocopier[80]. Il conviendrait en outre que le détenu soit avisé de la durée probable de la détention, pour éviter les pressions et menaces tendantes uniquement à l'obtention d'aveux. Peut-être serait-il intéressant d'explorer le système suédois suivant lequel une commission indépendante fixe le délai pendant lequel le juge instructeur doit mener l'enquête à chef[81]. Mais simultanément il y a lieu d'améliorer la formation, les conditions de travail et la rémunération des juges instructeurs, qui ne sont pas excellentes partout.

E. Les droits de la défense

Les pays atteints par le terrorisme ont limité les droits des défenseurs, soit en réduisant leur nombre pour chaque accusé, soit en leur imposant des fouilles même corporelles lors de leur entrée à la prison ou au Palais de justice, soit en limitant leur contact avec leurs clients[82].

A l'exception de la limitation du nombre de défenseurs pour chaque accusé, qui est bienvenue, ces mesures sont très graves. En effet, l'indépendance de l'avocat est la dernière garantie d'un

[79] Cf. chap. 20 ci-dessus. Sur les méthodes d'interrogatoire, chap. 29 litt. B et 30 litt. B ci-dessus.

[80] ATF 105 I 26. – Dr. WOLFGANG PENTRERT, Die überlange Verfahrensdauer in der Rechtsprechung der Strassburger Instanzen, in EuGRZ 1979, p. 261.

[81] ZIRILLI, p. 28. Cf. aussi PONCET, pp. 64 ss, 107–109. Sur le problème des conditions matérielles et psychologiques des détenus, cf. chap. 21 ci-dessus.

[82] Sur la Kontaktsperregesetz de la RFA, cf. WASSERMANN, pp. 91–94 et BVerfG, vol. 49, N. 4, p. 24, arrêt du 1. 8. 78. Sur l'égalité des armes, PONCET, pp. 52 ss; EuGRZ 1977, pp. 427–431; 1978, pp. 330–341, 341–343. Cf. aussi ATF 105 Ia 104.

Etat régi par le droit contre sa propre toute-puissance. C'est d'ailleurs cette indépendance que les dictatures suppriment le plus tôt. L'excès d'ordre public commence avec la violation du déroulement équitable du procès et de l'égalité des armes.

Dès lors, on doit préférer les mesures disciplinaires, bien entendu soumises à toutes les garanties légales et au principe de proportionnalité, contre les avocats qui profitent de leurs privilèges, et notamment le contact sans intermédiaire avec le détenu, aux interdictions légales qui aboutissent à la suppression des droits de la défense.

Demeure le cas du défenseur qui n'a jamais donné lieu à une enquête disciplinaire, mais qui est soupçonné d'introduire des armes ou des explosifs dans un Palais de justice. Dans un tel cas une fouille ne pourrait être ordonnée, selon un auteur allemand, que sous les conditions suivantes:

a) une base légale suffisante,
b) un danger concret de trouble,
c) l'application soit à l'auteur présumé du trouble, soit à tous les assistants, y compris les juges, le représentant du Parquet et les huissiers, pour éviter une discrimination,
d) une décision motivée,
e) une voie de recours[83].

F. Autres mesures préventives

Enfin, il ne faut pas tenter le diable. L'ouverture d'innombrables agences de banques, manipulant de grosses sommes d'argent mais dépourvues de dispositifs de sécurité adéquats, attire les malfaiteurs. Imposer à ces entreprises de tels dispositifs, lourd et couteux, serait une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au *Störerprinzip*. Cette atteinte serait licite cependant, car le bien protégé, savoir la vie et l'intégrité corporelle des employés de banque, des clients, voire des policiers, l'emporte sur l'inconvénient d'armer l'agence ou de renoncer à son ouverture. Il sied de préciser que de nombreux établissements de crédit ont librement accepté de suivre certaines instructions de la police.

De même, la protection des avions de ligne contre des pirates – dont les mobiles sont de plus en plus crapuleux et de moins en moins politiques – est possible si on le veut bien: fuselages ren-

[83] KREKELER, pp. 189–190.

forcés, contrôles stricts (et impopulaires) aux aéroports, gardiens de vol[84].

Enfin, le stockage des armes, des explosifs et des pièces d'identité devrait être organisé de manière beaucoup plus minutieuse, pour éviter que la Suisse ne serve d'arsenal involontaire à des bandits de tout pays. En période de violence, l'Etat doit supporter les frais de mesures de précaution exceptionnelles aux points névralgiques: aéroports, tunnels, arsenaux, hôpitaux importants, bâtiments publics essentiels, stations de radio-télévision, postes. Il peut paraître révoltant de charger le contribuable de telles dépenses: elles seront cependant moins lourdes que les effets de la violence réussie, que l'entretien de l'armée (qui répond à une préoccupation analogue) ou que la charge financière et politique de la répression.

Chapitre 3l. Du procès d'intention

A. La censure morale

La condamnation d'œuvres immorales, généralement pour obscénité, paraît une survivance de l'esprit puritain du XIX[e] siècle, remplacé depuis une trentaine d'années par un intérêt débordant pour la sexualité (intérêt qui commence peut-être à pâlir). Or déjà PLATON voulait censurer à l'usage des jeunes non seulement l'Odyssée (notoirement pornographique!) mais encore la musique[85]. Les procès littéraires condamnant l'obscénité font sourire aujourd'hui, comme la liste de l'ancien Index, censurant soit pour immoralité, soit pour hérésie, CASANOVA, FLAUBERT, BALZAC, D'ANNUNZIO, DUMAS père et fils, PAUL BOURGET, MORAVIA, STERNE, GIBBON, BERGSON, CROCE, SPINOZA, KANT, ZOLA, SARTRE, et enfin, pour les deux chefs, ANDRÉ GIDE.

En fait, l'ordre moral ne protège pas la morale, mais la moralité[86], notion fluide et variant d'un village à l'autre, d'un mois à l'autre, d'une personne à l'autre. L'obscénité est une chose nébuleuse, puisqu'elle ne réside point dans l'objet contemplé, mais dans l'esprit de celui qui l'a contemplé, art ici, pornographie là.

[84] DOBSON et PAYNE, Carlos l'insaisissable (cité note 49), p. 253. DE WATTEVILLE, pp. 205, 209.

[85] PLATON (l'Etat ou la République, éd. Garnier, 1928, pp. 105, 106), précurseur d'un chef religieux contemporain.

[86] BERNARD, p. 31.

C'est ainsi qu'ANATOLE FRANCE déclara, à propos du procès de Madame Bovary: «.. de toutes les aberrations sexuelles, la chasteté est la plus bizarre», jugement qui ne saurait être partagé universellement. De son côté le juge américain FRANK opine:

«Je crois qu'aucun individu sensé ne considère dangereux pour la société ce qui éveille les désirs sexuels normaux. Par conséquent, si la lecture de livres obscènes n'a pas d'autres conséquences, il me semble que le Congrès ne devrait pas plus interdire des livres qu'il ne lui est permis d'interdire l'envoi par la poste fédérale d'autres choses telles que les parfums par exemple qui, c'est notoire, produisent le même effet.»

Et LEGMAN: «Le meurtre est un crime. Décrire un meurtre ne l'est pas. L'activité sexuelle n'est pas un crime. La décrire en est un.»[87]

Il y a des livres convenables et des lecteurs inconvenants. Il est des censeurs qui sacrifient littéralement leur propre moralité à la santé publique... Mais il faut reconnaître qu'en Suisse la censure des livres n'existe pratiquement pas, si ce n'est par certaines interdictions d'importation fondées sur des critériums mystérieux[88]. En réalité toute censure morale offre une plus-value à celui qui la tourne. Et finalement seule la protection de l'enfance peut justifier l'interdiction d'œuvres qui choquent à l'excès. Hélas, ce qu'on réprime, et notamment au cinéma, c'est ce qui choque des adultes, et non pas ce qui menace des enfants. Mais ce jugement est esthétique, et ne relève pas des limitations à la liberté d'expression. Celle-ci vaut en principe «non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique»[89]. Au demeurant une idée choque aujourd'hui et règne demain. Une image bouleverse X et laisse Y indifférent. Les jeunes Danois, bourrés de pornographie en vitrine depuis deux décennies, jusqu'au dégoût et à l'ennui, ne commettent pas plus de viols que les ressortissants d'Etats pudibonds. Car «la

[87] Ces extraits sont tirés d'un best-seller qui n'a rien de scientifique, mais dont la lecture est à la fois agréable et instructive en raison de sa riche documentation: IRVING WALLACE, Sept minutes (1969), Paris 1971, not. pp. 20, 50, 115, 121–125, 144, 145, 172, 255, 259–262, 280, 456–463, 491, 496.

[88] N'a-t-on pas interdit il y a un quart de siècle La Redoute des Contrepèteries, de LOUIS PERCEAU, ouvrage de référence s'il en est.

[89] Affaire Handyside, Cour européenne des droits de l'homme, série A 7.12.76, § 49.

meilleure façon de châtier les hommes, c'est de leur donner toujours ce qu'ils réclament»[90].

Cela étant, il est très exceptionnel que la censure morale, limitation de la liberté d'expression, soit justifiée par la protection de l'ordre public. Elle peut tout au plus apaiser des Ligues de vieilles demoiselles des deux sexes.

B. La censure politique

Mais elle est souvent le masque de la censure politique. SADE a été réprimé bien plus en raison de sa révolte politique que de sa subversion morale. Or rien n'est plus dangereux que de vouloir protéger l'ordre républicain dans ses expressions non violentes. «... Il s'agit toujours d'un conformisme à l'égard de l'idéologie régnante et de l'esprit général de la collectivité. Le risque est grand de retrouver le travers d'une police inquisitoriale dont TALLEYRAND pouvait dire qu'elle doit se mêler de ce qui la regarde et surtout de ce qui ne la regarde pas.»[91] J.-F. AUBERT écrit dans le même sens que la mise en question des principes constitutionnels n'est pas illicite: «proposer l'abolition du fédéralisme ou de la propriété privée serait certainement une faute politique. Faut-il que ce soit un crime?»[92]

Il existe toutefois une expression de la pensée qu'il faut condamner, car elle constitue en soi une infraction: c'est la provocation publique au crime (art. 259 CP). Si l'on admet que la vie et l'intégrité corporelle, éléments caractéristiques du noyau intangible des droits fondamentaux, précèdent la liberté d'opinion dans la hiérarchie de ces droits, alors il se justifie de réprimer ce qui menace l'essentiel. Ces appels à la violence sont d'ailleurs généralement prémonitoires de la violence elle-même[93]. On peut se demander si les appels au rétablissement de la peine de mort, sous le dehors innocent d'un projet de loi ou de modification constitutionnelle, n'entrent pas dans cette catégorie.

On examinera maintenant un cas particulier du procès d'intention, qui a pris une singulière actualité.

[90] GIRARD, p. 310.
[91] BERNARD, p. 44.
[92] AUBERT, Traité, p. 753 n. 2155.
[93] Ainsi «Mein Kampf», d'ADOLF HITLER, «Censeo Carthaginem delendam esse» de CATON, et peut-être «Géopolitique» du Général PINOCHET.

Chapitre 32. L'interdiction professionnelle

A. Liberté contractuelle et ordre public

Devant le principe de la liberté contractuelle, le juriste traditionnel est réticent à l'égard des limitations d'ordre public au contrat de travail ou à son parallèle en droit administratif, le statut des fonctionnaires. Et pourtant ce qui a été admis pour des motifs sociaux ou électoraux pourrait l'être *a fortiori* lorsqu'est en jeu un bien qui est proclamé essentiel chez toutes les familles politiques, la liberté d'opinion. Son effet horizontal en droit privé[94] doit être apprécié sous l'angle du conflit de deux intérêts, celui de l'employeur à choisir ses collaborateurs librement, celui du travailleur à penser et s'exprimer librement.

Dans le cadre d'une entreprise de petite taille, où les rapports personnels prennent une importance décisive, il est clair que des oppositions, même de caractère théorique, peuvent rendre insupportable, voire impossible toute collaboration. Le refus non motivé d'engager qui que ce soit, ou la rupture du contrat de travail dans les délais légaux, s'explique tout autant que dans une société de personnes (art. 545 al. 1er ch. 7 et al. 2, et 577 CO). On se trouve en effet dans la situation analogue à celle d'un pays africain où l'égalité raciale étant garantie par la Constitution, on ne saurait pourtant contraindre un Noir à inviter à sa table un Blanc simplement parce qu'il a quelques amis à souper[95].

En revanche, le problème se pose d'une manière aiguë dans l'administration ou dans une entreprise importante, car:

1° celui qui n'y trouve pas l'emploi, ou le perd, est pratiquement condamné au chômage;
2° les effets de semblables refus ou licenciements perturbent gravement la tranquillité publique.

Dans la plupart des Etats d'Europe occidentale, et même en Amérique du Nord, le refus d'engagement et le licenciement pour des raisons politiques se heurtent à des dispositions légales impératives. Tel n'est pas le cas en Suisse. Certains cas récents, notamment dans le canton de Vaud, et certaines règles légales notamment à Zurich et Zoug, visant des instituteurs «gauchistes»

[94] Cf. BÄUMLIN, Demokratie, p. 110.
[95] Un esprit moins facétieux aurait imaginé l'exemple opposé, pourquoi pas en Arkansas.

ou des objecteurs de consciences, montrent l'acuité du problème[96].

B. L'administration publique

Le fonctionnaire est tenu par un devoir de fidélité et de neutralité. La grève lui est interdite, expressément par la législation fédérale, par voie interprétative dans la législation vaudoise[97].

On sait déjà que le seul refus de servir pour des motifs impératifs de conscience ne permet pas d'interdire l'accès à l'examen pour un brevet nécessaire à une fonction publique[98]. En France, l'administration ne saurait écarter d'un concours un candidat en se fondant exclusivement sur des opinions politiques (arrêt Barel). Selon BERNARD, l'opinion subversive échappe au contrôle policier dans la mesure où elle reste du domaine de la conviction personnelle; en revanche, si elle s'exprime en actes publics, elle devient répréhensible, et même rédhibitoire pour des emplois publics, surtout de niveau élevé[99].

J.-F. AUBERT admettrait que l'on interdise temporairement l'accès à la fonction publique à des révolutionnaires, en l'espèce, avant la guerre de 1939, aux communistes les plus actifs. Mais, ajoute-t-il, une interdiction totale en vertu «du danger pour l'Etat» est beaucoup plus contestable, et rejette dans la clandestinité bâillonnée une fraction de l'opinion publique en raison de ses idées hétérodoxes; ce ne serait acceptable qu'en temps de guerre[100]. Pour le même auteur, la violation de la règle imposant au fonctionnaire fédéral, même hors service, de s'abstenir de tout ce qui porte préjudice aux intérêts de la Confédération et de se montrer digne de la considération et de la confiance que sa situation officielle exige (art. 22, 24, 27 du statut) «ne devrait pas être utilisée d'une manière indifférenciée, mais seulement à l'égard

[96] L'étude des modifications souhaitables aux règles légales du titre X CO sur le congé est exorbitante au présent rapport.

[97] Tel est du moins l'avis du Conseil d'Etat vaudois, qui n'a pas eu l'occasion d'être contrôlé par le TF; un recours serait intéressant, déjà pour savoir si le TF l'examinerait sous l'angle restreint de l'arbitraire, ou large de la violation éventuelle d'un droit constitutionnel fédéral non écrit. Cependant l'analogie de la LF sur le statut des fonctionnaires (art. 13, 22, 24 al. 2, 27) décourage probablement d'avance un recourant potentiel. – Voir SALADIN, pp. 325, 326.

[98] Cf. Chap. 22 n. 73 ci-dessus. ATF 104 Ia 187.

[99] BERNARD, p. 64.

[100] AUBERT, Traité, p. 73 N° 2156.

des fonctionnaires occupant un poste élevé, ou qui suppose un loyalisme absolu». C'était la pratique française.

BÄUMLIN professe qu'on ne doit limiter les droits fondamentaux dans la fonction publique que si c'est absolument indispensable à l'exercice des tâches publiques[101]. Deux arrêts admettent le licenciement des fonctionnaires, un cheminot distribuant pendant son travail un tract communiste incitant à la révolte, un professeur d'université propageant dans ses cours des idées nazies et antisémites[102]. Dans les deux cas, il s'agit d'appels à la violence qui sont assimilables à l'action directe et doivent seuls être frappés de sanction (suivant le Conseiller national libéral de Bâle-Ville, PETER DÜRRENMATT) à l'exclusion de la foi, de la pensée et du discours[103].

C. Quelques exemples vaudois

Les écrivains YVES VELAN et GASTON CHERPILLOD ont été il n'y a pas si longtemps interdits d'enseignement dans le canton de Vaud en raison de sympathies communistes. On sait ce qu'ils sont devenus! En revanche, un colonel qui professait dans un gymnase cantonal des théories fascistes en 1940 a gardé fonction et considération[104]. Actuellement les enseignants communistes sont intégrés dans le système et, il faut le dire, leur parti n'a pas réussi à destabiliser la démocratie suisse. En revanche, une jeune fille qui a fait partie entre 18 et 20 ans de la Ligue marxiste-révolutionnaire risque de ne pas trouver d'emploi soit dans l'enseignement, soit dans la Justice, soit dans la prévoyance sociale. Sa fiche reste enregistrée à la police cantonale, à la disposition de l'administration donneuse d'emploi.

Ces exemples, parmi d'autres, révèlent une curieuse nervosité dans la majorité dominante et la volonté de n'engager que des jeunes gens conformistes. Pourtant ce sont les autres qui permettent à la démocratie suisse d'évoluer sans à-coups vers une meilleure justice sociale et, malgré un langage souvent horripilant et manichéen, ils n'ont pas destabilisé l'Etat. La démocratie a désarmé la révolution beaucoup mieux que toutes les répressions de

[101] BÄUMLIN, Demokratie, p. 112.
[102] ATF 57 I 154; Zbl 1948, p. 553. Cf. PERRET, pp. 148, 149.
[103] Cf. CORNU/VODOZ, pp. 164–168.
[104] Note supprimée.

l'histoire. Rejeter les non-conformistes vers le chômage et la révolte est, partant, irresponsable[105].

D. L'arrêt Narr

NARR, professeur de science politique à Berlin, pose sa candidature à une chaire à Hannovre. L'office du *Land Berlin* pour la protection de la Constitution (LfV) télèxe au Ministre de l'Intérieur de Basse-Saxe une série d'informations, en majorité inexactes, sur les activités «gauchistes» de l'intéressé et sa sympathie pour le groupe Baader-Meinhof. Le Tribunal administratif supérieur (OVG) de Berlin déclare le procédé illégal, dans un jugement longuement motivé[106].

En substance, la diffusion d'informations d'un LfV à l'autre obéit à des règles moins strictes que leur fourniture à d'autres administrations. Des renseignements sur des tendances qui ne visent pas la démocratie libérale sont autant exclus que des informations erronées. La diffusion d'informations douteuses ou étrangères à la question engendre des effets négatifs pour la démocratie libérale[107]. La protection de la liberté et de la dignité humaine, comme but suprême de tout droit, embrasse le pluralisme d'idées souvent opposées[108]. Le concept de liberté n'est pas divisible; la liberté de l'un est aussi celle de l'autre. Il ne saurait être permis à aucune tendance politique de se réserver la liberté pour ses seuls propres objectifs et de la retirer à d'autres organisations[109]. La tolérance est un facteur d'ordre, essentiel à la démocratie libérale garantie par la Constitution. Un vague doute sur la fidélité à celle-ci, ou une étiquette partisane, ne suffisent pas à qualifier un ennemi de la Constitution. Enfin l'appartenance à un parti non interdit[110], la participation à une démonstration non interdite, la signature d'une résolution ou d'une pétition relevant de la liberté d'expression ne constituent pas un acte hostile à la Constitution (art. 3 al. 3 GG), à moins que d'autres circonstances ne soient présentes.

[105] Cf. REBEAUD, pp. 39, 51–53.

[106] EuGRZ 1978, pp. 282–293, suivi d'un commentaire du Dr. FRITZ FRANZ, pp. 303 ss. Voir not. pp. 288–290; 305, 306.

[107] BVerfG 1975, vol. 39, N. 16, pp. 334 ss, not. 356.

[108] BVerfG 1960, vol. 12, N. 7, pp. 45 ss, not. 51; 1975 vol. 40, N. 27, pp. 287 ss.

[109] BVerfG 1956, vol. 5, N. 14, pp. 85 ss, not. 205.

[110] On rappelle qu'en RFA seul le Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG) peut confirmer l'interdiction d'un parti politique (art. 21 al. 2 GG).

Le commentaire de cet arrêt ajoute que même les enquêtes de routine empoisonnent l'atmosphère politique et rappelle que la prise en main des institutions par des groupes subversifs n'a pas eu lieu en Allemagne fédérale.

E. Conditions de l'interdiction professionnelle

L'interdiction professionnelle dans l'administration publique est un acte extrêmement lourd de conséquences, car d'une part il limite la liberté d'expression, d'autre part il crée le mécontentement et l'aigreur. Il n'en reste pas moins que le noyautage d'un établissement d'instruction publique, d'un tribunal, d'une unité militaire ou d'autres services par des esprits subversifs présente un réel danger. Cela étant, en gardant en mémoire la place privilégiée de la liberté d'expression dans la hiérarchie des droits, on répondra comme il suit aux questions posées au chapitre 16 *in fine* ci-dessus:

1° La simple expression d'une opinion contestataire ne justifie point une interdiction professionnelle. Elle doit s'accompagner d'un acte de violence ou d'un appel à la violence.

2° La pesée des intérêts varie suivant la responsabilité endossée ou visée. On retiendra moins facilement l'acte violent ou l'appel à la violence chez un agent de la voie ferrée que chez un colonel, chez un instituteur que chez un juge. On sera encore plus prudent à l'égard des auxiliaires non soumis au statut des fonctions publiques[111].

On se rappellera enfin que le réformisme est permis[112], notamment chez les enseignants (les enfants ont d'ailleurs beaucoup plus d'esprit de contradiction que ne le pensent les célibataires) et que, suivant une expérience séculaire, «le moyen le moins coûteux de faire régner l'ordre est encore d'assurer la libre expression des idées. La répression inutile ou exagérée engendre la violence»[113].

[111] On pense notamment à l'avocat allemand Klaus Croissant condamné en RFA à trente mois de prison non pas comme terroriste (la peine serait légère), mais comme avocat des terroristes. N'étant pas en mesure d'apprécier ce cas, on se réfère à l'article des avocats BADINTER et BREDIN, in: Le Nouvel Observateur du 26.2.79. p.35.

[112] AUBERT, Traité, p.752, N° 2154.

[113] MORAND, p.54.

Chapitre 33. De quelques tabous

Sous ce titre sont abordés quelques thèmes controversés en relation avec la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit.

A. Le refus de servir

L'obligation de servir est inscrite à l'article 18 de la Constitution. Sa nature l'est dans la loi. Le citoyen astreint au service militaire, comme le fonctionnaire, l'écolier et le malade hospitalisé, aliène une partie de sa liberté. Mais le fonctionnaire choisit cette condition, l'écolier est un enfant, et le malade ou bien choisit l'hospitalisation en raison de son état, ou bien est hors d'état de jouir de sa liberté. A leur différence, le soldat ne choisit rien. Il ne peut échapper à sa condition de liberté restreinte – provisoire il est vrai – qu'en quittant le pays. Il ressemble dans une certaine mesure au prisonnier, celui-ci ayant pourtant choisi d'enfreindre la loi pénale.

La situation particulière du soldat se justifie par la nécessité de la défense du pays, condition indispensable à l'exercice des libertés. Celui qui est apte au service n'a pas la faculté d'y échapper, pas plus que l'automobiliste celle de rouler à gauche et de dépasser à droite, quand bien même la fantaisie l'en prendrait.

Cependant cette obligation se heurte chez certains à de graves motifs de conscience, qui les conduit à violer la loi des hommes en vertu de la loi religieuse «Tu ne tueras point»[114], et à s'exposer ainsi à des peines privatives de liberté. Sur le plan juridique, il ne s'agit pas de savoir s'ils sont raisonnables ou fous, mais bien si le droit fondamental de la liberté d'opinion l'emporte ou non sur le code pénal militaire, ce qui justifierait la modification de celui-ci.

Pour certains auteurs, l'article 18 de la Constitution fédérale n'exclut pas un statut spécial des objecteurs de conscience sous la forme d'un service civil de remplacement[115] à condition qu'une base légale claire soit instituée. Cependant, une tradition bien

[114] Textes de PIERRE CÉRÉSOLE et autres auteurs, Lausanne 1954. Certains sont conduits par d'autres impératifs moraux.

[115] Avis de droit des professeurs H. HUBER et R. BÄUMLIN, Constitution fédérale et objection de conscience, in: Débats, N° 2, Labor et Fides, Genève 1964, pp. 13 ss; JEAN-JACQUES LEU, in: L'Etat de la Question, Domaine Public, juin 1969, pp. 6–8.

ancrée dans le patrimoine historique de la Suisse empêcherait la création d'un tel service civil sans une modification constitutionnelle[116]. Mais la plupart des auteurs plaident en faveur d'une telle création[117]. La grande majorité des Etats régis par le droit l'ont adopté, au contraire des Etats totalitaires. Le *Sonderfall Schweiz* justifie-t-il l'exception?

Pour RAWLS, le refus de servir et même la désobéissance civile méritent, en certains cas, la protection de la loi et représentent d'ailleurs un aspect stabilisateur de l'ordre constitutionnel[118]. Ses arguments sont percutants.

A la vérité, il s'agit ici d'une évaluation plus politique et éthique que juridique. Dans quelle mesure l'Etat doit-il renoncer, pour une poignée de réfractaires sincères, à l'une de ses prérogatives les plus traditionnelles, les plus ancrées dans l'histoire des anciens cantons suisses (qui comprend le service à l'étranger)? Dans la composante socio-politique contemporaine et dans les conditions de préparation de la guerre moderne, il semble manifeste que l'assimilation des objecteurs de conscience à des délinquants de droit commun est un phénomène beaucoup plus destabilisateur de l'Etat que ne le serait l'inégalité de traitement accordée à quelques individus, inégalité qui, au demeurant, serait effacée par la dureté et la longueur du service civil pour des motifs de conscience. Un Etat régi par le droit se reconnaît à la protection qu'il accorde à des minorités pour leurs opinions dissidentes.

B. L'avortement

La vie fait partie du noyau intangible des droits fondamentaux. Y attenter mérite les sanctions pénales les plus rigoureuses sauf en cas de légitime défense ou d'état de nécessité. Cette dernière exception fonde celle de l'article 120 CP (interruption non punissable de la grossesse).

[116] A rapprocher du refus d'introduire par voie jurisprudentielle le suffrage féminin, arrêt Antoinette Quinche et consorts, ATF 83 I 173. Au demeurant, puisque l'obligation de servir est instituée par une loi fédérale, la question échappe à la cognition du TF (art. 113 al. 3 Cst).

[117] Forum Helveticum, Pour un service civil dans le cadre de l'obligation générale de servir, Neuchâtel 1973. – WERNER KÄGI, Faire des droits de l'homme une réalité, Neuchâtel 1968, pp. 34, 35.

[118] RAWLS, pp. 363–383, not. 382. – La Cour Suprême des USA a admis en 1970 la libération du service d'un objecteur total, mais non pas de celui qui refusait de se battre seulement dans une guerre qu'il jugeait injuste, celle du Vietnam (398 US 333).

Cependant de nombreux Etats, notamment parmi ceux qui sont régis par le droit, ont légiféré en faveur de la décriminalisation de l'avortement, au moins pendant les trois premiers mois de la grossesse, sans égard à l'indication[119]. Le problème atteint particulièrement la sensibilité des catholiques, dans leur obéissance, et des femmes, dans leur sentiment d'inégalité.

Le processus de la vie est chose mystérieuse. Il échappe à la volonté de l'homme, et tout esprit réfléchi a la conviction que s'il cesse de lui échapper, c'est l'apocalypse. Il est donc aberrant d'intervenir dans ce processus. Mais à quel stade?

La vie qui est protégée par un droit fondamental, c'est la vie humaine. Le moment de sa naissance, c'est en principe la naissance. Néanmoins, le droit reconnaît déjà l'enfant à naître, voire le *nondum conceptus* (art. 488 CC), l'enfant pas encore conçu qui peut acquérir une expectative successorale. Au niveau du droit public, il faut se référer à la notion de dignité humaine. Celle-ci naît non pas dans le spermatozoïde ou l'ovule (sans quoi la masturbation serait punissable, ce qui est insensé, mais existe encore en Nouvelle Angleterre), ni pendant les relations intimes (sans quoi certaines hygiènes seraient punissables, ce qui est insensé), et pas encore à la fécondation (sans quoi une course à motocyclette serait punissable, ce qui est insensé). A la vérité, la dignité humaine s'acquiert lorsque la mère et la société ont réellement conscience de l'existence d'un nouvel être humain à naître. Jusque-là, la femme est maîtresse de son corps, elle n'a pas de compte à rendre à l'Etat. Elle en a peut-être à sa conscience, mais cela la regarde. L'avortement n'est finalement qu'un aspect de la faiblesse, de la contradiction inhérente à la nature humaine, miprogrammée, mi-libre, qui en constitue aussi sa gloire, bref du «péché». L'incapacité de maîtriser son instinct sexuel n'est finalement guère plus grave en principe que celle de s'abstenir d'excès de nourriture, d'alcool ou de tabac, et probablement moins que l'âpreté au gain (qui conduit à des contorsions par le trou d'une aiguille). Son interdiction – et celle de l'avortement – ressortit au for interne et non pas au for judiciaire, incompétent et impuissant.

[119] Une telle législation a été déclarée conforme à la Constitution française et notamment à l'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle renvoie son préambule (Conseil constitutionnel, N° 74–54 DC du 15.1.75). Le Tribunal constitutionnel de la RFA a statué en sens contraire, à une voix de majorité (BVerfG 25.2.75, vol. 39, pp. 1 ss). Les juridictions des USA balancent.

L'avortement précoce est à déconseiller vivement, et non pas à réprimer pénalement. Mieux vaut créer le genre de société qui en détourne, par une protection adéquate de la maternité et de l'enfance.

C. Médecine et euthanasie

Le juriste, comme tout patient, tremble devant le médecin, mage moderne[120]. Néanmoins, s'il est cohérent, il considère que le malade, personne humaine investie d'une dignité ontologique, a droit à l'information s'il ne la refuse pas expressément. L'objection selon laquelle la vérité pourrait briser sa résistance ou l'acculer au suicide se heurte à la raison d'être, au sens de la vie humaine: ce n'est pas une existence purement mécanique, programmée, mais aussi une vie consciente, responsable. La maintenir dans le mensonge, artificiellement, c'est lui enlever son sens. Mais autant le médecin doit-il prendre le temps (peu rémunérateur) de renseigner le malade, autant doit-il tout mettre en œuvre pour le faire vivre. Il est tenu de lui donner les moyens de choisir lui-même si et comment il doit vivre, calmement ou intensément, doucement ou en brûlant la chandelle par les deux bouts. Il s'efforcera de lui faire savoir, avec toute l'incertitude inhérente au sujet, de combien de temps et de force il dispose, pour organiser sa vie en fonction de ses moyens.

Trop souvent les conceptions médicales modernes sont technostructurées et ne voient en l'organisme humain qu'une horloge à réparer coûte que coûte (et cela coûte), pour la gloire d'Hippocrate et le progrès de la science: elles oublient tant le sens de la vie que celui de la mort[121].

[120] Ivan Illich, Némésis médicale, L'expropriation de la santé, Paris 1975. Contra: Jean Hamburger, Demain les autres, Paris 1979, pp. 50, 61.

[121] «La société a produit et le droit et la médecine qu'elle mérite. L'une et l'autre disciplines sont fondées sur les mêmes valeurs sociales; à une demande émanant d'une société qui nie la mort et surinvestit le «progrès» technologique, ne peut correspondre qu'une médecine qui pratique l'acharnement thérapeutique et la tentation jusqu'auboutiste...» (Jean-François Perrin, in: Médecine et Droit). Voir aussi Philippe Ariès, Essais sur l'histoire de la mort en Occident du moyen âge à nos jours, Paris 1975. Sur le secret professionnel du médecin d'un grand de ce monde: «Quand il existe une collision manifeste d'intérêts, c'est-à-dire lorsque l'intérêt essentiel du patient au secret est en opposition avec l'intérêt d'un tiers ou un intérêt public, le médecin ne peut trancher le conflit. Il doit explorer les voies légales qui peuvent le délier de son obligation de discrétion.» (Pierre Accoce/Dr. Pierre Rentchnik, Ces malades qui nous

Les questions que soulève face au droit le développement de la médecine sont épineuses[122]. L'une d'elles retient particulièrement l'attention, car elle concerne la protection de la vie: l'euthanasie, comprise comme le suicide par personne interposée. La distinction entre euthanasie active et passive est de peu de secours[123] et pas davantage la notion du processus naturel de la mort, prospectée par le Vatican[124]. Car dans l'euthanasie il y a toujours intervention humaine, alors même que le seul but est d'abréger la souffrance.

La doctrine de l'acceptation bénéfique de la souffrance ne résiste pas à l'examen, devant les ressources de la médecine, capable de retarder longuement l'arrêt du cœur, voire le silence électroencéphalographique[125]. Faut-il donc admettre la nécessité de l'hypocrisie, savoir l'immunité pénale de médecins, parfaitement honorables, qui commettent un homicide volontaire, ou à tout le moins un abandon de personnes en danger de mort? Certains préconisent la qualification pénale spéciale de l'euthanasie, simple délit ne se poursuivant que sur plainte, détaché de l'homicide[126]. Cette solution ne saurait emporter la conviction, vu la clandestinité de l'euthanasie – pratiquée dans la quasi-totalité des cas en milieu hospitalier –, qui exclut pratiquement la plainte pénale. On préférera, pour des raisons relevant de l'autonomie de la volonté humaine, la solution du professeur JEAN GAUTHIER, suivant les directives édictées le 5 novembre 1976 par l'Académie suisse des sciences médicales: la volonté du patient,

gouvernent, Paris 1976. p. 355). Les auteurs louent la désignation par le Parlement britannique d'une commission médicale pour examiner le roi Georges III atteint d'une psychose maniaco-dépressive (p. 361).

MACHACEK (Tod, p. 69), a cette formule frappante: «Die absolute Achtung des Lebens kann nur durch die Achtung des Sterbens verwirklicht werden.»

[122] Médecine et droit, notamment sur la transplantation d'organes, l'insémination artificielle, les droits du malade en général.

[123] VIANSSON-PONTÉ, p. 229.

[124] VIANSSON-PONTÉ, pp. 243, 244.

[125] Sur le criterium de la mort, cf. PIOTET, JdT 1968 I, p. 558; 1969 I p. 34; HINDERLING, RSJ 75, 1979, p. 37; J. GUINAND, 16e Journée juridique de Genève, pp. 1–14; J. P. MÜLLER, RDS 90 I 457 ss. Sur la valeur de la souffrance, Père MICHEL RIQUET (Tod, pp. 57 ss): «L'amour de Dieu par dessus tout n'oblige pas à accepter n'importe quelle souffrance» (p. 59) et, citant Pie XII: «la suppression de la douleur procure une détente organique et psychique, facilite la prière et rend possible un don de soi plus généreux» (p. 60).

[126] VIANSSON-PONTÉ, p. 255. Lois norvégienne, polonaise, californienne. BRAUN (Tod, p. 53).

capable de discernement, quant au traitement doit être respectée, même si elle ne correspond pas aux indications de la médecine; lorsque le patient est incapable de discernement, il y a gestion d'affaires, et le médecin s'inspire des normes de la médecine, et de la volonté présumée du patient[127]. Cependant, dans cette dernière hypothèse, la responsabilité laissée au corps médical paraît bien lourde, car au delà du diagnostic et du pronostic scientifiques, la décision relève de l'éthique, et l'ordre public n'y trouve pas son compte. Le risque est trop grand que «la société pratique un *death control*, une euthanasie collective et clandestine par choix, et le critère majeur de ce choix, c'est l'argent, l'importance sociale»[128]. Si la vie des autres est véritablement le bien suprême, dont seul l'intéressé a la maîtrise, un tiers, même le professeur de médecine le plus respectable, n'en saurait trancher.

Dès lors, force est de reconnaître que la mort échappe au droit, comme la conception. Aux deux extrémités de la vie, le juriste démissionne. Il ne lui appartient pas de décider si une vie vaut la peine d'être vécue. Tout ce qu'on pourrait admettre à la rigueur, c'est de tracer un cadre que le médecin, et même un conseil composé de familiers, médecins, infirmières et ecclésiastiques ne saurait franchir en aucun cas. A l'intérieur de ce cadre, on ne légifère point, et les intéressés restent en face de leur intime conviction. Lorsque le moribond a perdu toute dignité humaine, lorsqu'il n'est plus qu'un amas de cellules, un simple objet maintenu en «vie» soit pour assurer la continuité d'une rente à ses proches, soit pour payer la pension de la clinique spécialisée, soit pour servir de cobaye à la science, le médecin n'aurait alors plus seulement le droit, mais le devoir d'arrêter tout traitement[129]. Mais qui va assurer alors que la décision n'est pas influencée par la nécessité de libérer un lit d'hôpital, de procurer un organe à transplanter, voire de procurer un avantage successoral ou fiscal?[130]

[127] Médecine et droit, p. 7. Cf. aussi RUDOLF SCHMITT, Euthanasie aus der Sicht des Juristen, in: Juristenzeitung, Tübingen 1979, H. 4, pp. 462–467.

[128] VIANSSON-PONTÉ, p. 248; PIERRE CHAUNU, in: La Suisse (novembre 1972), cité par VIANSSON-PONTÉ, p. 247.

[129] ESER (Tod, p. 40); lire aussi ELIZABETH KUBLER-ROSS, On Death and Dying, New York 1969.

[130] BRAUN (Tod, p. 50) relate que des agonies ont été manipulées pour permettre la souscription de l'emprunt Pinay, exonéré de l'impôt!

D. La protection contre soi-même

Les limites de ce rapport, déjà dépassées, empêchent de développer ce sujet au delà d'une brève interrogation[131].

Premièrement le suicide pose la question de l'autonomie de la volonté confrontée à la protection de la vie. Comment traiter les projets macabres d'un détenu désespéré? Que faire d'un témoin de Jéhovah refusant expressément une transfusion sanguine? Il est clair que si l'auteur d'un *tentamen* tombe dans les mains d'un médecin, celui-ci doit le soigner, car le patient peut avoir changé d'avis. La vie des autres étant un bien essentiel inscrit dans le noyau intangible, il n'appartient pas à un tiers d'en juger. A moins qu'il ne s'agisse d'une situation médicale sans espoir, et l'on se retrouve alors devant l'énigme de l'euthanasie. A fortiori, lorsqu'on peut empêcher un suicide, on est tenu de le faire[132]. Mais cette règle n'oblige pas à surveiller jour et nuit une personne privée de sa liberté d'aller et venir, et de la dépouiller ainsi de toute autonomie personnelle. Il vaut mieux organiser la détention (ou l'hospitalisation) de manière à éloigner le désespoir, ce qui fera aussi l'affaire de l'opinion publique. Quant à celui qui, par conviction, refuse la transfusion sanguine, la science a heureusement résolu son problème par des procédés de substitution.

Deuxièmement, la protection contre les drogues douces par la répression pénale est discutée. Certains Etats y ont renoncé[133], préférant la vente libre de la marihuana au trafic criminel. En effet pourquoi l'Etat réprimerait-il, à risques égaux, l'usage d'un paradis artificiel plutôt que celui d'un autre. La mode et les moeurs ne suffisent pas à justifier une atteinte à la liberté personnelle[134]. L'assimilation du drogué léger, qu'il soit un artiste de talent ou un adolescent inadapté, à un criminel de droit commun, est aussi destabilisatrice, corrosive du *consensus* social, que celle de l'objecteur de conscience. Il semble que des investissements publics dans des établissements de réhabilitation (tels le Centre

[131] Le corapporteur devrait le traiter de manière plus approfondie.

[132] ESER (Tod, p. 33 et 36) traite de l'assistance au suicide. EMMANUEL TODD (Le fou et le prolétaire, Paris 1979) calcule le MNB (malheur national brut) notamment sur la base de statistiques européennes du suicide, dont certaines paraissent sujettes à caution.

[133] Par exemple l'Alaska, aux Etats-Unis. Mais le trafic est sévèrement réprimé, à juste titre.

[134] Selon le rapport PEYREFITTE, la drogue «aurait plutôt un effet sédatif, en atténuant les pulsions agressives». Mais elle incite à des actes de violence pour s'en procurer.

du Levant à Lausanne) soient plus valables que dans l'agrandissement des prisons et le budget de la justice et de la police. Mais ceci pose le problème de la responsabilité du juge quant au mode d'exécution des peines.

Troisièmement, la ceinture de sécurité destinée à protéger l'automobiliste contre lui-même (et accessoirement le budget des hôpitaux) est vivement combattue. On peut considérer qu'il s'agit là d'un faux problème. Rien n'oblige en effet à étendre la liberté d'aller et venir à pied (tout au plus à bicyclette) jusqu'à la faculté de se déplacer à des vitesses échappant aux capacités musculaires, par la grâce d'un moteur à explosion, sur le domaine public. Le passager d'un avion accepte de se sangler. Pourquoi pas celui d'un véhicule à moteur privé, qui est libre, si cela l'indispose, de prendre le train ou l'autobus?

Chapitre 34. Prophylaxie politique

La violence est en l'homme. La constante de toute religion, et de toute civilisation en général, est de chercher à l'expulser, généralement par le fatal moyen de la victime émissaire, ce qui conduit infailliblement à davantage de violence[135]. La seule voie à explorer est celle de l'apaisement de la violence par une recherche commune, aboutissant d'une part au plus large *consensus*, d'autre part au respect de l'autonomie individuelle[136], y compris celle des marginaux. A cet effet s'impose le pluralisme, système dans lequel les pouvoirs de décision sont si décentralisés que la chance d'une influence effective sur les processus de décision les concernant est ouverte à tous les groupes politiques actifs, par opposition à tout étatisme bureaucratique[137]. Mais il s'impose également de généraliser l'information des citoyens afin que, libérés de préjugés axiomatiques, ils cessent de se raidir devant les idéologies apparemment farfelues[138], en se rappelant qu'il y a toujours quelque chose à apprendre dans l'opinion d'autrui, ne serait-ce que sa genèse.

Car, avant tout, il faut cesser de peindre le diable sur la muraille devant les électeurs et le législateur: il ne faut jamais s'en

[135] Girard, pp. 135, 160, 219, 468.
[136] Rapport Peyrefitte, p. 221.
[137] Bäumlin, Demokratie, p. 19. Cf. aussi les rapports des groupes bernois et genevois de la NSH publiés, en 1978, sur la participation des citoyens.
[138] Laborit, L'homme et la ville, p. 83.

remettre à une législation d'exception, au préjudice du droit ordinaire, pour résoudre les problèmes de la garantie de la paix interne; les ordonnances de police sont réservées aux situations d'urgence[139].

C'est apparemment ce que les Britanniques ont compris en Irlande du Nord. L'arrêt de Strasbourg[140] a troublé le gouvernement et la police et les a alertés afin que des aveux ne soient plus arrachés par des procédés faisant fi de la dignité humaine. De même les pacifistes de l'Ulster ont relevé le moral et le courage de la population en se dressant, gens simples, ménagères, ouvriers, contre les troupes paramilitaires des deux clans. Ils ont détendu le climat, car un cadavre est le pire ennemi d'une réconciliation. Et l'effet est pire encore, si ce cadavre est le produit d'une législation dont la légitimité ne saute pas aux yeux[141].

Il est remarquable que le terrorisme ne se rencontre ni en Norvège, ni même en Ecosse, comme exemples de pays qui soit ne connaissent pas de frustration populaire, soit possèdent des soupapes de sûreté institutionnelles[142]. Ni en Suisse, pour des raisons analogues mais sans doute plus encore à cause de sa structure fédéraliste. Il ne faut pas pour autant fermer les yeux sur des formes de violence purement crapuleuse, dont la recrudescence apparaît en première page des quotidiens. Elle se traduit rarement en crimes de sang, ce qui permet d'exclure des moyens répressifs exorbitants, mettant en péril la démocratie. Le bilan des polices suisses indique qu'elles sont suffisamment armées pour lutter contre ce fléau, mais non pas pour le prévenir.

A cet égard, la communauté suisse peut faire peu de chose lorsque les agresseurs viennent de l'extérieur, sinon par un service de renseignements vigilant. En revanche, elle peut contribuer à réduire le nombre de criminels indigènes et celui des complices indigènes de criminels étrangers. Elle peut surtout limiter le nombre des sympathisants dont les organisateurs de

[139] EICHENBERGER, p. 438.

[140] Cour européenne des droits de l'homme, Irlande c. Royaume-Uni, 18.1.78, Série A, vol. 25. Cf. le commentaire du professeur ALBERT BECKMANN, in EuGRZ 1979, H. 7–8, pp. 188–191.

[141] Ces considérations sont inspirées notamment de hauts responsables de la police en RFA et en GB, jusqu'au niveau gouvernemental.

[142] Le cas de la RFA est troublant, car ce pays connaît un succès économique et une stabilité politique exceptionnels. Certains expliquent le succès temporaire du terrorisme ouest-allemand par le fait que la loi électorale enlève tout espoir aux extrémistes, alors qu'au Royaume-Uni ceux-ci peuvent agir à l'intérieur des deux partis qui se succèdent au pouvoir.

coups de main ont toujours besoin, c'est-à-dire raréfier l'eau dans laquelle le poisson prospère.

A cet effet, il convient de lutter tout d'abord à armes égales contre les crimes en col blanc qui, finalement, causent sans doute plus de mal que les cambriolages, parce qu'ils répandent l'impression d'impunité chez les uns et d'impuissance chez les autres. Dans cet ordre d'idées, l'indulgence à l'égard de la fraude fiscale et la faveur légale de l'évasion fiscale produisent dans une société des effets désastreux que l'on a déjà esquissés[143]. Cette attitude du législateur n'est pas due seulement à de viles pressions de groupes. Elle relève aussi d'une certaine idéologie suivant laquelle la fiscalité ronge la propriété privée, alors que celle-ci est indispensable à la liberté individuelle.

Savoir si l'on est plus libre pauvre que riche relève d'une autre discipline. En revanche on peut admettre qu'à l'exception de communautés utopiques, phalanstériennes ou éphémères qui pratiquent le communisme au sens propre, la vie dans les sociétés contemporaines offre plus d'indépendance à ceux qui possèdent quelque bien qu'à ceux qui n'ont que leurs bras ou, pire, une santé défaillante. Dès lors, une propriété individuelle mesurée doit être garantie, et son expropriation pleinement indemnisée. Mais ce postulat n'entraîne nullement la garantie d'une propriété qui, excédant ce qui est nécessaire au citoyen et à sa famille, assure le pouvoir[144]. De même s'il est désagréable pour une personne de savoir que le fisc connaît la composition détaillée de son patrimoine, il est plus désagréable encore pour celui qui ne possède rien de constater que celui qui possède beaucoup peut, légalement ou par l'impuissance voulue de l'administration, dissimuler fortune et revenu et, partant, rejeter sur le contribuable modeste la charge du budget de l'Etat. D'autant plus que c'est finalement l'économiquement fort qui influence le plus l'orientation des dépenses de ce budget. A la vérité, il n'y a pas de droit acquis au maintien de certaines normes juridiques objectives, notamment à la garantie de la propriété; celle-ci n'existe que dans un cadre légal en mouvement[145].

L'Etat réprime le boycottage économique illégitime, parce qu'en édictant certaines règles et certaines peines, le boycotteur commet un acte de justice privée[146]. De même, le fraudeur fiscal

[143] Chap. 11 n. 33 ci-dessus.

[144] Bäumlin, Demokratie, p. 116 propose d'indemniser, lors d'une nationalisation, le petit actionnaire et non pas l'accapareur.

[145] Saladin, p. 117. Cf. aussi Kölz, in RSJ 1978, pp. 65 et 89.

[146] Regamey, p. 100.

modifie de son propre jugement des lois en vigueur. Quant au législateur qui favorise l'injustice fiscale ou refuse les moyens de réprimer la fraude, il viole la garantie constitutionnelle de l'égalité devant la loi, et, au-dessus, le principe de justice et l'unité des libertés. Ceci suscite la désobéissance civile[147].

En fait, le maintien d'une paix intérieure dépassant celle des cimetières exige non seulement la prévention et la répression de la violence, mais aussi des prestations sociales de l'Etat, non seulement des limitations de vitesse, mais aussi des routes sûres, non seulement des règles de salubrité, mais aussi l'adduction d'eau potable, non seulement la protection des propriétaires d'immeubles mais aussi la construction de logements[148]. Le besoin de sécurité sociale répond à la garantie d'une protection indispensable pour l'homme dans sa dignité personnelle, et en particulier dans des situations telles que la jeunesse, la vieillesse, l'invalidité, la maladie, le chômage ou la perte de soutien[149]. La justice sociale participe à la protection de l'ordre public.

[147] RAWLS, pp. 203, 373.
[148] BERNARD, pp. 45–50.
[149] EICHENBERGER, p. 435.

Conclusion

Pour conclure, un aveu: nous avons, dans cette rencontre de l'ordre avec les libertés, pesé le pour, pesé le contre, mais nous restons déconcertés.

1. Faut-il développer l'appareil répressif, l'appareil préventif ou l'appareil prophylactique?

Développer l'appareil répressif n'a jamais servi à rien d'autre qu'à tuer les libertés que l'on veut sauvegarder, soit en écrasant toute personnalité, soit en exacerbant le révolté.

C'est pure folie que de vouloir réduire la violence par la violence. On ne valorise pas un humilié en le dégradant. Il y a des gens qui paraissent irrécupérables, que par simple hygiène sociale il faut mettre à l'abri de la vengeance publique, tout en protégeant simultanément la société de leur folie, aussi longtemps qu'ils ne sont pas transformés: au bout de vingt ans de réclusion, on devient sans doute un autre homme. Mais pour le surplus, les mesures de répression se sont toujours révélées plus un substitut de colère, de vindicte, qu'un remède.

Développer l'appareil préventif semble plus raisonnable au premier chef. Mais on court alors le risque de dépouiller l'individu de toute autonomie. Il se sait fiché, mais ignore comment. Il baisse la tête et s'enfonce dans l'anonymat. Et l'irresponsabilité gagne de proche en proche tout le corps social, jusqu'au mystérieux chef de la police. Cette méthode doit donc être maniée avec énormément de doigté et de retenue.

Enfin le développement de l'appareil prophylactique, en d'autres termes de tout ce qui peut accroître la justice sociale, apparaît comme extrêmement séduisant. Mais ce n'est point suffisant, sans quoi le paradis serait descendu sur terre.

Il est donc nécessaire de combiner les trois méthodes, en un arbitrage délicat, en un dosage différent suivant les temps et les moeurs.

2. En temps de guerre, les Etats acceptent de sacrifier des millions d'êtres humains pour sauvegarder leur identité et la liberté des survivants.

En temps de paix, les Etats acceptent de sacrifier des dizaines de milliers d'êtres humains sur les routes et un bon nombre dans le suicide, les intoxications volontaires ou involontaires et les accidents du travail.

La lutte contre la violence criminelle mérite-t-elle la mobilisation de moyens que l'on refuse aux autres fléaux homicides? Dans une vision personnaliste du monde, la vie d'un chef d'Etat ne vaut pas plus que celle d'un piéton ou d'un terrassier. Mais bien suivant la *Realpolitik,* parce que le meurtre du notable destabilise la société, tandis que celui du sans-grade ne perturbe que sa famille. Or il faut bien admettre qu'en Suisse au moins tel n'est pas le cas: le remous créé par le décès d'un ministre en activité se calme vite, car le pouvoir est partagé. Au demeurant, jusqu'à la date de cet écrit, le terrorisme n'a pas atteint la Suisse et les Conseillers fédéraux meurent à la retraite.

Faut-il alors considérer que les attaques de bijouterie d'une part, la subversion politique de l'autre distillent des poisons plus insidieux que le défoulement routier ou l'hétéronomie sociale? C'est bien douteux.

3. Quoi qu'il en soit, on n'empêche pas les gens de rouler pour les punir des excès commis par un faible pourcentage de chauffards. A plus forte raison, qu'on ne les empêche pas de penser et d'exprimer leurs opinions en raison d'une proportion encore plus faible de fous sanguinaires ou de fanatiques paresseux.

Cela étant, il est clair que la protection de l'ordre public dans la Suisse du XX^{e} siècle finissant n'exige pas de mesures législatives ou réglementaires particulières. L'arsenal pénal est amplement suffisant. Il ne faut pas confondre les mutations scientifiques, techniques, morales avec une situation de guerre civile comme il en existe dans d'autres parties du monde, où des règles exceptionnelles s'imposeraient temporairement. Le *consensus* existe largement, et sur l'essentiel, en dépit de quelques aboiements démagogiques.

En revanche, la vigilance est nécessaire pour prévenir de telles situations; pour distinguer les signes de bouleversements qui menacent des biens essentiels de ceux qui au contraire les renforcent; pour choisir les mesures qui rehaussent la dignité de l'homme au lieu de l'écraser. A cet effet, une police bien renseignée et équipée d'un matériel aussi moderne que ceux qu'elle

combat est indispensable. Mais une police encadrée fermement, contrôlée strictement par les pouvoirs politique et judiciaire, et un renseignement qui ménage l'autonomie individuelle.

4. Enfin des mesures de prophylaxie sociale sont les plus propres à corroborer ce *consensus* indispensable au maintien de la paix intérieure. Les droits d'un peuple de privilégiés lui confèrent des devoirs. Et les privilégiés parmi ces privilégiés devraient se sentir les obligés des autres, et faire leur nuit du 4 août permanente. Les extrêmes ont perdu toute crédibilité. Mai 68 n'a rien destabilisé. La démocratie suisse a démontré sa capacité réformatrice, avec parfois plus de frein que d'accélérateur, il est vrai[1]. Partant, elle peut se permettre de reconnaître la dignité humaine, savoir la participation à la décision majoritaire aussi des moins intelligents, des moins instruits, des moins informés, des moins vertueux[2]; savoir le droit à une vie et à une mort dignes des handicapés mentaux et des vieillards las. Cette société a les moyens d'assumer plus de violence et moins d'injustice. Mais elle peut aussi bien réduire l'une et l'autre.

Un fait pourtant, à n'en démordre, ne sera jamais contesté: il n'est de liberté sans ordre, ni plus d'ordre sans liberté[3].

Montpreveyres, le 31 août 1979

[1] Seule la reconnaissance de la nécessité de réformes et de la capacité réformatrice d'une société démocratique peut à la longue éliminer le terrorisme (Duve, Böll, Staeck: Briefe zur Verteidigung der Republik, Reinbek b. Hamburg 1977).

[2] Bäumlin, thèse, p. 41.

[3] Le Vray antiphonaire bellettrien, A Thélème, 1959, p. 31.

Me Philippe Abravanel
Juge cantonal
Palais de Justice de Montbenon
CH-1003 Lausanne