

44034

FC 712

ADMIN.

Université catholique de Louvain

DEPARTEMENT DE CRIMINOLOGIE ET DE DROIT PENAL

ÉCOLE DE CRIMINOLOGIE

n°4

Les contraintes juridiques et morales
en matière politique

Contribution aux travaux du C.O.D.I. (°)

Dossier élaboré sous la direction de
Jacques VERHAEGEN

- 1985 -

UNIVERSITÉ CATH. DE LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

(°) Conseil pour le Développement Intégré,
Colloque "De la crise au codéveloppement",
Louvain-la-Neuve, 15-18 octobre 1985.

87086 849 0939

Collège Thomas More, Place Montesquieu 2, B. 1348 Louvain-la-Neuve.

Tout pays confronté à des difficultés aiguës, pouvant ou paraissant mettre en péril son développement ou son existence, éprouvera tôt ou tard la tentation de recourir à des moyens que réprouve -de façon générale ou même absolue- l'ordre juridique ou moral auquel il prétend adhérer.

Dans les pays industrialisés comme dans les pays en voie de développement, les "nécessités vitales" de la nation ont pour effet quasi instantané d'abolir, même dans la conscience du dirigeant intègre, toute barrière juridique ou morale. Comme on a pu l'écrire : "Il n'est aucun acte que l'homme d'Etat ne cherche à justifier pour le bien suprême de l'Etat dont il a la garde" (Ch. DE VISSCHER).

Bien que les conséquences négatives et souvent dramatiques d'un tel affranchissement aient amené les nations, au sortir du second conflit mondial, à en condamner solennellement le principe dans plusieurs déclarations universelles et dans leurs textes légaux, tout se passe comme si la leçon en avait été depuis longtemps oubliée.

Là où le principe de la suprématie du droit et de la morale en matière d'activité politique n'est pas simplement nié, ce sont les interprétations les plus osées de la théorie de l'acte de gouvernement ou de la morale de responsabilité qui seront mises à contribution pour fournir aux diverses "raisons d'Etat" leur soutien rationnel...

Phénomène banal au demeurant, qui ces dernières années a pu faire l'objet, en psychologie sociale comme en science politique, de plusieurs analyses pénétrantes. Sur le même sujet,

juristes et moralistes se seront généralement montrés plus laconiques, bien que les enjeux de l'action politique, au cours de ces dernières décennies, se soient considérablement aggravés avec les possibilités nouvelles ouvertes aux États par la science et la technique.

Peut-être, faut-il ici encore considérer les inhibitions que peuvent exercer, même sur le plan de la recherche, les nécessités politiques appréciées par l'autorité souveraine.

Parce qu'une recherche interdisciplinaire en ce domaine s'annonce de longue haleine, sans néanmoins pouvoir être plus longtemps différée,

parce que la démarche interpelle directement une université comme la nôtre, à laquelle on a pu, à l'étranger même, reconnaître quelque vocation et quelque compétence particulière en la matière,

parce que le Conseil pour le Développement intégré lui en fournit l'occasion privilégiée,

le Conseil du Département de Criminologie et Droit pénal, en sa réunion du 23 septembre 1985, a pris l'initiative de proposer aux chercheurs de l'U.C.L. de consacrer une partie de leurs forces à l'étude en commun des divers problèmes dits de politico-éthique : ceux que soulèvent les contraintes juridiques et morale en matière politique.

Le département croit utilement y contribuer en faisant suivre le présent appel de trois premières observations relevant de disciplines différentes et qu'il croit propres à stimuler la réflexion.

Louvain-la-Neuve, le 23 septembre 1985.

MORALE et POLITIQUE

Jacques ETIENNE

professeur à l'Institut supérieur
de philosophie U.C.L.

Le développement dans la paix et la justice n'est pas possible si les relations avec l'Etat et entre Etats se ramènent à des rapports de force. L'affirmation peut paraître simpliste, elle n'en demeure pas moins le principe inspirateur de toute morale politique.

A son tour, cette dernière expression fait parfois l'objet de critiques et même de sarcasmes, comme s'il fallait choisir entre la morale et la politique, comme si la morale était une affaire exclusivement individuelle, comme si l'action politique se situait en deçà ou au delà de la moralité.

En deçà ou au delà : l'alternative mérite un moment d'attention. En effet, tantôt s'élève un discours cynique qui prétend disqualifier l'exigence morale en matière politique et traiter celui qui s'y réfère de doux rêveur égaré dans un domaine inadéquat; tantôt, tout au contraire, la chose publique est élevée à l'absolu, de sorte que la morale individuelle doit céder devant la loi suprême qu'est censé constituer le salut de la patrie; dans ce cas, celui qui prétend soumettre la politique à la morale est mis en accusation au nom de valeurs transcendantes, une forme de l'esprit devant s'effacer devant une modalité supérieure.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que date le débat. Pour ne pas remonter trop haut dans le temps, qu'il suffise de rappeler la fondation à Malines, en 1920, sous la présidence du cardinal Mercier, de l'Union internationale d'études sociales;

cette association jugea utile de rédiger un code de morale internationale qui parut en 1937; comprenant 269 articles, il contient une réflexion poussée sur le concept d'Etat et de relation entre les Etats, leurs droits et leurs devoirs (1); une partie importante de l'ouvrage a pour objet la question cruciale de la paix et de la guerre (2).

Les auteurs du Code manifestent le double souci de s'enraciner dans la tradition chrétienne depuis ses origines, comme d'en actualiser le message en fonction des circonstances, notamment la première guerre mondiale et les efforts pour organiser la Société des nations.

Il a semblé que pareille préoccupation gardait toute son actualité et que la mise à jour d'un tel document mériterait d'être entreprise au titre de contribution à la cause de la paix et du développement dans la justice. A défaut d'y parvenir, on se contentera ici d'esquisser dans ses grandes lignes une doctrine puisant son inspiration dans une éthique rationnelle ouverte aux clartés de la foi chrétienne. S'il ne prétend pas prendre l'allure d'un exposé de droit, le texte qui va suivre, de nature foncièrement éthique, n'en appelle pas moins de ses vœux l'existence et le développement d'un tel droit comme d'ailleurs de tout ce qui peut contribuer à faire descendre dans la réalité historique l'idéal d'une société respectueuse de la dignité humaine.

Souveraineté de l'Etat.

Parmi les causes des plus graves conflits qui ravagent l'humanité, il en est une où se mêlent institutions et mentalité et que l'on peut résumer d'un mot : la souveraineté de l'Etat.

Est-ce à dire que ce concept soit dépourvu de sens ? Certes non, mais il se prête aisément à de graves déformations que

cette association jugea utile de rédiger un code de morale internationale qui parut en 1937; comprenant 269 articles, il contient une réflexion poussée sur le concept d'Etat et de relation entre les Etats, leurs droits et leurs devoirs (1); une partie importante de l'ouvrage a pour objet la question cruciale de la paix et de la guerre (2).

Les auteurs du Code manifestent le double souci de s'enraciner dans la tradition chrétienne depuis ses origines, comme d'en actualiser le message en fonction des circonstances, notamment la première guerre mondiale et les efforts pour organiser la Société des nations.

Il a semblé que pareille préoccupation gardait toute son actualité et que la mise à jour d'un tel document mériterait d'être entreprise au titre de contribution à la cause de la paix et du développement dans la justice. A défaut d'y parvenir, on se contentera ici d'esquisser dans ses grandes lignes une doctrine puisant son inspiration dans une éthique rationnelle ouverte aux clartés de la foi chrétienne. S'il ne prétend pas prendre l'allure d'un exposé de droit, le texte qui va suivre, de nature foncièrement éthique, n'en appelle pas moins de ses vœux l'existence et le développement d'un tel droit comme d'ailleurs de tout ce qui peut contribuer à faire descendre dans la réalité historique l'idéal d'une société respectueuse de la dignité humaine.

Souveraineté de l'Etat.

Parmi les causes des plus graves conflits qui ravagent l'humanité, il en est une où se mêlent institutions et mentalité et que l'on peut résumer d'un mot : la souveraineté de l'Etat.

Est-ce à dire que ce concept soit dépourvu de sens ? Certes non, mais il se prête aisément à de graves déformations que

voile un prestige usurpé. En effet, l'Etat moderne désigne un ensemble humain organisé de telle manière qu'une conscience et une volonté communes s'y affirment efficacement; cette attitude commune trouve souvent sinon toujours à son origine des faits violents marqués par la contrainte, l'ambition, le lucre, la volonté de puissance mais, bien que fruit de la violence, elle finit par s'en détacher pour devenir un fait qui tient par lui-même : une configuration historique existe désormais qui entend se perpétuer. L'Etat renvoie par conséquent à ce qu'on peut appeler une communauté historique avec sa morale vivante, ses valeurs, sa symbolique effectivement ressentie; il ne se contente pas d'y renvoyer, il lui donne une organisation, des institutions qui lui permettent de s'affirmer (3).

Qu'est-ce qui fonde le droit d'une communauté historique organisée en Etat moderne à s'affirmer et, éventuellement, à se défendre ? C'est sa valeur humaine, son aptitude à permettre à un groupe d'hommes de mener une vie digne humaine, l'individu ne trouvant sa vérité que dans des liens intersubjectifs. Mais ce fondement indique du coup une limite : le droit de l'Etat est mesuré par sa fonction humanisante et n'a donc rien d'absolu. La fonction d'humanisation peut ainsi conduire à réformer l'Etat, elle peut même appeler tantôt son éclatement, tantôt son absorption dans une configuration plus vaste. De toute façon, l'Etat existe à côté d'autres Etats et en relation avec eux : le sens de l'humain est d'emblée universalisant et situe les particularités légitimes des divers Etats dans l'unité supérieure du genre humain.

Aux considérations qui précèdent doit s'en ajouter une autre. Les rapports humains, en effet, ne prennent pas seulement l'allure de relations entre des traditions culturelles, des "formes de vie" marquées par l'histoire, ils sont également régis par l'économie, par l'échange exprimable en termes moné-

taires; ici règne l'abstraction, l'anonymat, le quantitatif. Par le biais économique, les frontières entre Etats semblent anachroniques, les cultures sont mises entre parenthèses. Il n'y a pas lieu de s'en étonner ni surtout de s'en indigner, à condition d'être toujours conscient de l'abstraction ainsi pratiquée, à condition de subordonner l'économique à l'humain et à la diversité de ses ensembles historiquement constitués. Ainsi un dialogue est-il appelé à s'instituer entre les diverses cultures et la civilisation mondiale fondée sur l'abstraction économique, elle-même issue de la technique et finalement, de l'esprit scientifique logico-expérimental (4).

Toutes ces données méritent d'être prise en compte lorsqu'on s'efforce d'évaluer l'Etat moderne et d'en mettre en lumière la vérité humaine, c'est-à-dire ordonnée à l'homme et à tous les hommes. De la sorte, sans détruire ce que l'Etat a de valable, on en démythifie la fausse sacralité, tout comme face aux mythes archaïques, il convient de briser l'idole pour préserver le symbole.

Il est clair que la réflexion n'est ici qu'amorcée mais ces considérations préliminaires ont paru assez fondamentales pour figurer en tête des textes à venir. Faute de le faire, en effet, on reste prisonnier d'une sacralisation abusive de l'Etat au nom de laquelle on justifie d'avance les pires excès pour maintenir son existence et on travestit en valeur ce qui constitue une trahison de l'humain.

(1) Code de morale internationale (Union internationale d'études sociales), Paris, Spes, 1937.

(2) Il s'agit de la section IV du chapitre II. Elle comprend les articles 123 à 206.

(3) Lire P. RICOEUR, Ethique et politique, dans Esprit, mai 1985, p.1-11.

(4) Egalement, du même auteur, Civilisation universelle et cultures nationales, in Histoire et vérité, Paris, Seuil, 3^e éd 1964, p. 286-300.

taires; ici règne l'abstraction, l'anonymat, le quantitatif. Par le biais économique, les frontières entre Etats semblent anachroniques, les cultures sont mises entre parenthèses. Il n'y a pas lieu de s'en étonner ni surtout de s'en indigner, à condition d'être toujours conscient de l'abstraction ainsi pratiquée, à condition de subordonner l'économique à l'humain et à la diversité de ses ensembles historiquement constitués. Ainsi un dialogue est-il appelé à s'instituer entre les diverses cultures et la civilisation mondiale fondée sur l'abstraction économique, elle-même issue de la technique et finalement, de l'esprit scientifique logico-expérimental (4).

Toutes ces données méritent d'être prise en compte lorsqu'on s'efforce d'évaluer l'Etat moderne et d'en mettre en lumière la vérité humaine, c'est-à-dire ordonnée à l'homme et à tous les hommes. De la sorte, sans détruire ce que l'Etat a de valable, on en démythifie la fausse sacralité, tout comme face aux mythes archaïques, il convient de briser l'idole pour préserver le symbole.

Il est clair que la réflexion n'est ici qu'amorcée mais ces considérations préliminaires ont paru assez fondamentales pour figurer en tête des textes à venir. Faute de le faire, en effet, on reste prisonnier d'une sacralisation abusive de l'Etat au nom de laquelle on justifie d'avance les pires excès pour maintenir son existence et on travestit en valeur ce qui constitue une trahison de l'humain.

(1) Code de morale internationale (Union internationale d'études sociales), Paris, Spes, 1937.

(2) Il s'agit de la section IV du chapitre II. Elle comprend les articles 123 à 206.

(3) Lire P. RICOEUR, Ethique et politique, dans Esprit, mai 1985, p.1-11.

(4) Egalement, du même auteur, Civilisation universelle et cultures nationales, in Histoire et vérité, Paris, Seuil, 3^e é 1964, p. 286-300.

LA SOUMISSION DU POUVOIR A L'ETHIQUE A TRAVERS LE CONTROLE DE LEGALITE

Paul ORIANNE

professeur à la Faculté de droit

L'étude du problème de la soumission de l'Etat aux commandements de l'éthique lorsqu'ils sont pris en compte par le droit comporte notamment, pour le publiciste, l'examen de la qualité et de l'efficacité des dispositifs par lesquels s'effectue le contrôle de légalité.

Cet examen peut seul permettre de déterminer l'hiatus qui peut exister entre proclamation de la subordination de l'Etat au droit et sa réalité, et, par voie de conséquence, de prendre conscience des progrès à réaliser pour le réduire. Pour être aussi clair que possible à ce propos il convient d'envisager successivement ce qu'il faut entendre en l'espèce, par la "légalité", l'étendue et les limites éventuellement apportées à son champ d'application et, enfin, le mode de fonctionnement des contrôles qui permettent d'en assurer le respect.

1° L'expression de la "légalité"

S'agissant essentiellement d'analyser les rapports de l'autorité publique avec le droit, il faut prendre le terme "légalité" dans son sens restreint qui comme le mot l'exprime, fait directement référence à la "loi" sur les prescriptions de laquelle le pouvoir exécutif est constitutionnellement obligé d'aligner sa conduite.

A la loi votée par le Parlement, il faut toutefois ajouter le décret, dont la force est équivalente et, bien entendu, les règles tracées par la Constitution elle-même. Ils ont pour caractéristique commune d'être eux-mêmes exempts d'contrôle de validité, sous les trois réserves formulées ci-après. On sait tout d'abord que, selon l'article 107ter de la Constitution, la loi charge la Cour d'Arbitrage de régler les conflits entre la loi et le décret ainsi qu'entre les décrets entre eux. Sans doute ce contrôle n'est-il pas, à proprement parler, un contrôle de légalité, puisqu'il s'exerce sur des conflits entre des normes de valeur juridique égale. Toutefois, il ne peut raisonnablement s'exercer qu'en référence à un certain ordre légal ou juridique, qui est celui qu'établit la Constitution elle-même et les lois qui, en exécution de celle-ci, instituent le pouvoir décréteil.

La deuxième réserve est plus importante. Elle tient à la reconnaissance par la jurisprudence de la suprématie des clauses des traités internationaux et des règles tracées en exécution de ceux-ci par rapport aux lois elles-mêmes et dont découle la possibilité pour le juge de contrôler la conformité du droit interne au droit international. Encore faut-il que celui-ci soit rendu applicable dans l'ordre interne, comme tel est notamment le cas des multiples dispositions du droit des Communautés européennes. C'est vrai aussi de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme, qui revêt une importance particulière pour notre propos. Il faut donc rappeler ici que la norme en référence à laquelle un contrôle de "légalité" est susceptible de s'exercer n'est pas seulement la loi au sens strict mais peut être aussi le traité, les règles prises en exécution de celui-ci et que, par voie de conséquence, une pénétration de l'éthique dans le droit à travers le droit international bénéficie du support que le contrôle de légalité doit lui apporter.

Il est important, enfin, de relever la place progressivement occupée par les principes généraux du droit dans l'établissement de la légalité. Souvent très proches de la formulation des règles éthiques elles-mêmes, ils peuvent en constituer un véhicule privilégié. On sait qu'aujourd'hui les juridictions n'hésitent plus à prendre appui directement sur ces principes pour fonder leur contrôle des actes administratifs ou individuels de toute espèce.

Sans doute s'agit-il encore et toujours de principes généraux "du droit", c'est-à-dire propres à l'ordre juridique et à son mode technique de fonctionnement. Mais, dans la mesure où leur prise en considération ne dépend pas de leur formulation dans une règle écrite, leur expression et leur application peuvent épouser dans une certaine mesure l'évolution des idées et les progrès de l'éthique dans la conscience collective. Des actions sont possibles en ce sens ce qui justifie la permanence de certaines interrogations fondamentales et la recherche toujours plus affinée des réponses à leur donner.

2° Les restrictions possibles du champ de la légalité

L'hypothèse que certains actes échapperaient par nature au domaine du contrôle de la légalité, tout comme celle d'une restriction possible de celle-ci dans certaines circonstances mérite d'être attentivement examinée.

Elle est en effet trop facilement accréditée sous l'influence de la doctrine juridique et de la jurisprudence de certains pays étrangers. C'est ainsi que la catégorie des "actes de gouvernement" susceptibles d'échapper par nature au contrôle de légalité n'est pas reconnue par la jurisprudence belge, à tout le moins pour tout ce qui concerne les actes susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés. Si l'acte de gouvernement existe en droit belge, il ne peut s'agir que des interventions relevant de la procédure selon laquelle fonctionnent les autorités politiques (convocation des Chambres, dissolution, etc ...) qui ne comportent aucune prescription d'ordre matériel.

Quant à la possibilité de restreindre la liberté durant certaines périodes, dans le cadre de ce que l'on appelle les "régimes d'exception", elle reste en Belgique étroitement soumise aux prescriptions de la loi elle-même qui la limite au temps de guerre. Encore, durant ce temps, reste-t-il interdit au pouvoir politique de suspendre l'application des actes internationaux qui garantissent le respect des libertés fondamentales, au-delà de ce que permettent ces actes eux-mêmes.

On évoquera encore, pour être complet, la jurisprudence selon laquelle des actes administratifs pris en marge ou en méconnaissance des prescriptions légales, ont été validés dans la mesure où il était avéré que l'application stricte de la loi aurait mis en péril l'ordre même que celle-ci tendait à garantir. C'est ici le principe général de la continuité des services publics qui a justifié la dispense d'une application stricte de la légalité.

Il faut évidemment veiller à ne pas étendre abusivement l'application du principe de continuité, qui ne saurait servir à valider une atteinte directe du pouvoir politique à des principes éthiques fondamentaux consacrés par la loi.

3° L'efficacité des contrôles

En ce qui concerne l'efficacité des dispositifs de contrôle de la légalité trois observations doivent ici trouver leur place.

L'image que le système juridique veut donner à ce sujet est incontestablement celle d'un ensemble de moyens qui garantissent la primauté de la loi sur tout autre acte juridique et l'efficacité de ses commandements, en telle manière que le profane peut croire que toute violation grave de la loi peut être réprimée pour autant que quelqu'un juge bon de s'en inquiéter.

Cela n'est, pourtant, que partiellement exact. Ceci s'observe tout particulièrement dans les conditions de l'action en justice et du recours devant le Conseil d'Etat et dans le statut que la jurisprudence tend à conférer à l'ordre illégal.

a) L'action en justice

Etant donné la généralité des termes de l'article 107 de la Constitution le principe de légalité peut être invoqué sans réserve devant les tribunaux judiciaires. Mais il ne peut l'être que dans le cadre d'une action formée sur un droit individuel et ne peut évidemment aboutir à la suppression de l'acte entaché d'illégalité.

Se pose aussi, à ce propos, le problème découlant de l'impossibilité pour la partie lésée, de mettre en mouvement l'action publique devant la juridiction militaire et celui des actions contre les ministres. En vertu des articles 90, 95 et 134 de la Constitution, la Cour de Cassation est la seule juridiction compétente à l'égard des ministres tant au pénal qu'au civil. L'aménagement de ce contentieux particulier constitue, bien entendu, une entrave, de fait sinon de droit, à l'action contre les ministres.

b) Le recours devant le Conseil d'Etat

Sous la réserve de ce qui regarde les "actes de gouvernement", ou assimilés, dont il a été question ci-dessus, un recours au Conseil d'Etat permet d'obtenir l'annulation de tout acte d'une autorité administrative entachée d'illégalité.

Mais l'action ne peut être introduite que par une personne justifiée d'un intérêt personnel à cette annulation.

Il faut encore que cet intérêt ne s'identifie pas à celui qui s'attache à la mise en oeuvre d'un droit personnel juridiquement garanti, car dans ce cas, les tribunaux judiciaires étant compétents, l'intervention du Conseil d'Etat est exclue.

Il faut enfin que l'acte revête les qualités requises par la jurisprudence du Conseil d'Etat pour être considéré comme un "acte d'une autorité administrative"...

Il s'agit là d'un critère formel. Ainsi une illégalité grave peut être recommandée par une autorité quelconque ou encouragée dans une circulaire sans pour autant que l'acte, s'il n'a pas d'effets juridiques directs, puisse être attaqué.

c) L'ordre illégal

Il y a lieu de relever encore l'atteinte au principe de légalité qu'implique la jurisprudence dominante en ce qui concerne les effets d'un ordre illégal.

On admet, en effet, contrairement à toute logique, que le refus d'exécuter un tel ordre n'est admissible que si l'ordre est manifestement illégal. Certains y voient à tort l'indice d'une "présomption de légalité" qui s'attacherait à tout ordre ou instruction émanant d'une autorité publique.

Sans doute, la croyance en l'illégalité d'un ordre qui, après vérification, s'avèrerait fondée n'est en rien une cause de justification ou d'excuse et celui qui refuse d'exécuter un ordre qui n'est pas manifestement illégal prend un risque qu'il lui appartient d'apprécier.

De même, on peut admettre qu'en ne suivant pas les instructions raisonnables et nécessaires que lui donne l'autorité au seul motif qu'elle agit sans pouvoir, l'administré peut être, dans des cas d'espèces bien déterminés, reconnu coupable d'une faute ou d'une imprudence au sens de l'article 1382 du Code civil. On pourra invoquer, à l'appui de cette opinion, soit le principe de la continuité des services publics, soit les règles plus générales, qui se réfèrent à la notion de "bon père de famille". L'ordre illégal, dans un tel cas (hypothèse de sinistre ou de calamité par exemple), sera en tout cas assimilable à un conseil dont l'importance et la valeur s'apprécieront en fonction du contexte dans lequel il aura été donné.

Mais une fois ces précisions admises, on ne peut trouver dans le droit aucun fondement sérieux à la thèse selon laquelle il ne serait pas permis de se soustraire à l'exécution d'un ordre illégal de l'autorité sauf si cette illégalité est manifeste.

La thèse, tout comme ses effets possibles, en matière éthique notamment, est inacceptable.

CONCLUSION

Si, dans l'ensemble, la défense des libertés contre les abus graves du pouvoir bénéficie en Belgique d'une garantie relativement étendue à travers l'exercice du contrôle de légalité, il est incontestable pourtant que des progrès restent possibles et souhaitables.

a) Il convient tout d'abord de dissiper les équivoques qui peuvent subsister quant à la réalité du droit belge en la matière afin que les autorités politiques, administratives et militaires de tout niveau soient rendues parfaitement conscientes de ses exigences et que les interprétations abusives des règles légales que l'on a parfois observées dans le passé ne se reproduisent plus.

b) Une amélioration semble par ailleurs possible et nécessaire en ce qui concerne les conditions auxquelles les recours sont soumis, notamment au contentieux de l'annulation, dans les diverses hypothèses que nous avons relevées.

Un contrôle plus poussé des actes de l'autorité qui semblent gravement attentatoire aux libertés fondamentales devrait être rendu possible, sur la seule initiative de citoyens ou groupements préoccupés de la défense des droits de l'homme.

c) Par ailleurs, les privilèges de fait dont bénéficient en la matière les autorités militaires, certaines autorités civiles, voire les ministres eux-mêmes semblent devoir être revus. Le statut de l'ordre illégal, tel qu'il découle de la jurisprudence, notamment, n'est pas juridiquement acceptable.

L'on peut se demander aussi si la répression des comportements qui impliquent sur des points essentiels, une méconnaissance grave de l'ordre légal, tout en ne se manifestant que par des projets, propositions ou actes préparatoires sans portée juridique immédiate, ne devrait pas être organisée à l'instar de ce que prévoit la législation concernant les actes inspirés par le racisme et la xénophobie (loi du 30 juillet 1981)

d) Le rôle spécifique des "principes généraux" et des règles du droit international dont nous avons relevé l'importance mériterait sans doute, lui aussi, d'être réexaminé. On peut penser qu'il y a là probablement un potentiel qui n'est pas encore totalement exploité et qui reste disponible pour de futurs progrès.

A ce sujet, on ne perdra jamais de vue que le droit est en état d'évolution permanente ainsi que le fait clairement apparaître l'histoire de ces deux derniers siècles.

Bien des ruptures avec un ordre précédemment considéré comme immuable se sont produites dont les plus spectaculaires en Belgique sont probablement la suppression en 1920, des privilèges de l'administration en matière de responsabilité civile et, en 1946, l'institution du Conseil d'Etat comme juge de la légalité administrative.

Il n'est donc nullement utopique d'attendre de l'avenir de nouvelles améliorations et de les préparer.

LLN, le 26 septembre 1985.

P. ORIANNE

L'intérêt supérieur de la nation et les contraintes du droit

(...)

Il fallut les drames inouïs du second conflit mondial pour que, les écailles tombant enfin des yeux, soit admise au plan de l'utilisation de la violence « officielle », l'existence de limites ultimes à ne franchir sous aucun prétexte, en aucune circonstance... Le sort de l'homme exigeait qu'à l'humainement inacceptable un *jus cogens* pénalement sanctionné opposât un rempart suffisant.

Rompant avec la tradition séculaire d'une activité politique affranchie de toute préoccupation éthique ou juridique, rompant avec l'absolu de la raison d'Etat et avec le modèle que lui avait par excellence fourni *Le prince* de Machiavel, le nouveau droit se caractérisait essentiellement par la place rendue à l'homme dans le règlement des conflits engageant les Etats.

Place rendue à l'homme dans son action, le fait d'agir au nom et pour compte de l'Etat ne suffisait plus à l'exonérer de sa responsabilité pénale.

Place rendue à l'homme dans sa souffrance, sa lésion devant désormais être prise en compte dans l'appréciation de la validité de l'acte d'Etat.

En dépit des maladroites incontestables de ses premières applications et malgré l'ambiguïté certaine du mouvement émotionnel qui avait contribué à sa mise en place, le nouveau droit pouvait revendiquer le mérite historique d'une tardive mais fondamentale remise en perspective; il réalisait ce que l'on a appelé « l'émergence de l'individu humain au plan du droit international dont il devenait sujet de droits autant que de devoirs ».

Option fondamentale qui se traduirait de façon décisive dans un certain nombre de prémisses dont les Etats ne pourraient plus faire abstraction dans leur législation nationale, à savoir :

Jacques VERHAEGEN
professeur à la Faculté de droit

— la référence aux lois de l'humanité comme condition *ultime* de la légalité de l'acte, référence bien connue du droit interne (notamment dans l'institution pénale de l'état de nécessité) et qui en droit international allait passer de la simple clause de style (préambule du règlement annexé à la Convention de La Haye de 1907) au rang de disposition impérative des Conventions de Genève (Conventions du 12 août 1949, respectivement art. 63, 62, 142, 158 et art. 1^{er} du premier protocole additionnel de 1977);

— la reconnaissance par les Parties contractantes des Conventions de Genève de 1949 du caractère *déclaratif* de ces dispositions impératives, la dénonciation de ces Conventions ne devant avoir *aucun* effet sur les obligations qui en découlent pour les Parties (dernier al. des mêmes art. 63, 62, 142 et 158);

— la primauté du droit international (y compris sa référence aux lois de l'humanité) sur toute disposition interne de la législation nationale, suivant la formulation célèbre du jugement de Nuremberg :

« Une idée fondamentale du statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants »;

— l'applicabilité de principe du droit pénal aux violations de ces normes fondamentales de droit international (cf. notamm. l'article 7, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme);

(*) Extrait d'une étude publiée par le Journal des Tribunaux dans son numéro jubilaire du 13 février 1982, sous le titre : "Le vote du projet de loi belge n° 577 (1962-1963) - Un enjeu international.

— la reconnaissance du principe fondamental suivant lequel même la qualité d'agressé ne confère pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi (art. 22 du règlement de La Haye repris à l'art. 35 du premier protocole additionnel de Genève de 1977);

— la reconnaissance du caractère absolu et inconditionnel de certaines règles représentant le minimum irréductible et intangible revenant à l'homme dans la pire des circonstances (), règles qui ne supportent absolument aucune dérogation (), *jus cogens* dont ni l'Etat, ni l'individu n'auront jamais le droit de se départir, même comme conséquence de leur violation par une autre partie et encore que la survie de la Nation en dépendrait (art. 15, § 2, Convention européenne des droits de l'homme; art. 4, pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 27, § 2, Convention américaine relative aux droits de l'homme...).

En transposant ces prémisses au plan des obligations juridiques pénalement sanctionnées, le nouveau droit pénal s'attaque indiscutablement de front à l'activité la plus foisonnante de lésions humainement inacceptables mais aussi la plus jalousement protégée par les structures politiques existantes et la mieux justifiée par les « réalistes » très vite réapparus en force. Le droit pénal se voit investi de la mission neuve et redoutable de faire prévaloir les *standards humanitaires minima* dans les pires des conflits, ceux qui mettent en cause les intérêts « vitaux » de la Nation. Il reçoit mission d'étendre ses interdits à des actes que ne pourront justifier ni les dispositions contraires du droit national, ni le commandement de l'autorité légitime, ni les exigences impérieuses de la stratégie militaire, ni l'intérêt fût-il vital de l'Etat-Nation...

Il s'en dégage un corps juridique auquel seront peu accoutumés les juristes, les criminologues et le grand public, un droit criminel dont le transgresseur agissant pour un intérêt qui le dépasse n'empruntera généralement rien à la « mentalité du criminel », un droit qui tirera l'essentiel de son efficacité beaucoup moins de la sévérité de la répression que de la précision, de la certitude et du caractère impératif, voire inconditionnel de ses *incriminations* et qui devra beaucoup plus aux *aménagements institutionnels permettant de s'y conformer* qu'à l'appareil judiciaire destiné à le sanctionner... ().

Droit inhabituel et difficile donc, contre lequel ne vont pas manquer de se liguer les tenants du réalisme politique mais auquel le législateur ne pourra renoncer sans renier en même temps son option fondamentale : la protection minimale de l'individu humain contre la violence démesurée des Etats-Nations. Cent exemples ont suffisamment démontré en effet qu'il n'est plus possible aujourd'hui de compter sur les seules forces de l'individu « bon et raisonnable » pour éviter de sombrer dans l'humainement inacceptable.

Tel est l'enjeu et tel sera dès lors le lot des administrateurs, des juges et des citoyens à qui il revient de veiller constamment et avec diligence à la concordance de toute décision politique avec ce droit intangible. Première démarche, insuffisante certes, mais indispensable dans la voie d'un changement radical des mentalités face aux prétentions séculaires de la raison d'Etat.

(...)

UNIVERSITÉ CATH. DE LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

— la reconnaissance du principe fondamental suivant lequel même la qualité d'agressé ne confère pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi (art. 22 du règlement de La Haye repris à l'art. 35 du premier protocole additionnel de Genève de 1977);

— la reconnaissance du caractère absolu et inconditionnel de certaines règles représentant le minimum irréductible et intangible revenant à l'homme dans la pire des circonstances (), règles qui, ne supportent absolument aucune dérogation (), *jus cogens* dont ni l'Etat, ni l'individu n'auront jamais le droit de se départir, même comme conséquence de leur violation par une autre partie et encore que la survie de la Nation en dépendrait (art. 15, § 2, Convention européenne des droits de l'homme; art. 4, pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 27, § 2, Convention américaine relative aux droits de l'homme...).

En transposant ces prémisses au plan des obligations juridiques pénalement sanctionnées, le nouveau droit pénal s'attaque indiscutablement de front à l'écuvité la plus foisonnante de lésions humainement inacceptables mais aussi la plus jalousement protégée par les structures politiques existantes et la mieux justifiée par les « réalistes » très vite réapparus en force. Le droit pénal se voit investi de la mission neuve et redoutable de faire prévaloir les *standards humanitaires minima* dans les pires des conflits, ceux qui mettent en cause les intérêts « vitaux » de la Nation. Il reçoit mission d'étendre ses interdits à des actes que ne pourront justifier ni les dispositions contraires du droit national, ni le commandement de l'autorité légitime, ni les exigences impérieuses de la stratégie militaire, ni l'intérêt fût-il vital de l'Etat-Nation...

Il s'en dégage un corps juridique auquel seront peu accoutumés les juristes, les criminologues et le grand public, un droit criminel dont le transgresseur agissant pour un intérêt qui le dépasse n'empruntera généralement rien à la « mentalité du criminel », un droit qui tirera l'essentiel de son efficacité beaucoup moins de la sévérité de la répression que de la précision, de la certitude et du caractère impératif, voire inconditionnel de ses *incriminations* et qui devra beaucoup plus aux *aménagement institutionnels* permettant de s'y conformer qu'à l'appareil judiciaire destiné à le sanctionner... ().

Droit inhabituel et difficile donc, conçu lequel ne vont pas manquer de se liquer les tenants du réalisme politique mais auquel le législateur ne pourra renoncer sans renier en même temps son option fondamentale : la protection minimale de l'individu humain contre la violence démesurée des Etats-Nations. Cent exemples ont suffisamment démontré en effet qu'il n'est plus possible aujourd'hui de compter sur les seules forces de l'individu « bon et raisonnable » pour éviter de sombrer dans l'humainement inacceptable.

Tel est l'enjeu et tel sera dès lors le lot des administrateurs, des juges et des citoyens à qui il revient de veiller constamment et avec diligence à la concordance de toute décision politique avec ce droit intangible. Première démarche, insuffisante certes, mais indispensable dans la voie d'un changement radical des mentalités face aux prétentions séculaires de la raison d'Etat.

(...)