DEUXIÈME PARTIE

SÉANCES PUBLIQUES ET PLAIDOIRIES

PART II.

PUBLIC SITTINGS AND PLEADINGS.

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

TRENTE-CINQUIÈME SESSION (EXTRAORDINAIRE)

PREMIÈRE SÉANCE PUBLIQUE

tenue au Palais de la Paix, La Haye,
le mercredi 30 octobre 1935, à 10 h. 30,
sous la présidence de sir Cecil Hurst, Président [1].

Présents : sir CECIL HURST, *Président ;* M. GUERRERO, *Vice-Président ;* le baron ROLIN-JAEQUEMYNS, le comte ROSTWOROWSKI, MM. FROMAGEOT, DE BUSTAMANTE, ALTAMIRA, ANZILOTTI, URRUTIA, Jhr. VAN EYSINGA, MM. WANG, NAGAOKA, *juges ;* M. HAMMARSKJÖLD, *Greffier.*

Le PRÉSIDENT, déclarant l'audience ouverte, rappelle que la présente audience est la première de la 35me Session (extraordinaire) de la Cour, qui s'est ouverte en séance privée le 28 octobre 1935. Il prononce ensuite les paroles suivantes :

« A ce moment, il y a malheureusement deux sièges vides.

Depuis la clôture de la 34me Session, la Cour a perdu le juge Walther Schücking.

Son nom est associé à la tâche de la Cour depuis les débuts de son activité judiciaire : comme juge *ad hoc* du Gouvernement allemand, il a siégé dès 1923 dans l'affaire du vapeur *Wimbledon*, la première affaire contentieuse dont la Cour ait été saisie. Ensuite, il a pris part de nouveau, cinq ans plus tard, en cette même qualité, aux travaux de la Cour dans l'affaire des écoles minoritaires en Haute-Silésie. Enfin, en 1930, il était nommé juge titulaire. Mais, moralement, il a contribué à la création de la Cour longtemps avant qu'elle fût devenue un fait accompli. En effet, la constitution de cet organisme était pressentie et préconisée dans les travaux remarquables sur les Conférences de La Haye publiés par lui dès avant la guerre. Et toute son attitude, comme homme d'État et comme juriste, n'a-t-elle pas toujours été inspirée par cet idéal de *la paix par le droit*, formule qui exprime bien la mission de la Cour ?

Le savant, le penseur, de nombreuses voix lui ont rendu et lui rendront hommage, mais ici je voudrais dire quelques mots de l'homme. Sa probité intellectuelle, le détachement total avec lequel il pesait les êtres et les choses, naissaient de la volonté qu'il avait de voir juste, de voir droit. Cette même volonté l'avait rendu fermement fidèle à ses idéals, et notamment à celui qui est l'essence même de notre tribunal, l'idéal du droit international administré par des juges impartiaux. Il était aussi d'une profonde bonté, et

[1] Deuxième séance de la Cour.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE

THIRTY-FIFTH (EXTRAORDINARY) SESSION

FIRST PUBLIC SITTING

held at the Peace Palace, The Hague, on Wednesday, October 30th, 1935, at 10.30 a.m., the President, Sir Cecil Hurst, presiding [1].

Present: Sir CECIL HURST, *President;* M. GUERRERO, *Vice-President;* Baron ROLIN-JAEQUEMYNS, Count ROSTWOROWSKI, MM. FROMAGEOT, DE BUSTAMANTE, ALTAMIRA, ANZILOTTI, URRUTIA, Jhr. VAN EYSINGA, MM. WANG, NAGAOKA, *Judges;* M. HAMMARSKJÖLD, *Registrar.*

The PRESIDENT, in opening the hearing, observed that it was the first of the 35th (extraordinary) Session of the Court, which had opened with a private sitting on October 28th, 1935. He then spoke as follows:

"There are now unhappily two empty seats.

Since the end of the 34th Session, the Court has lost Judge Walther Schücking.

His name has been associated with the work of the Court since the very beginning of its judicial activities: as early as 1923, he sat as judge *ad hoc* for the German Government in the case of the S/S *Wimbledon*—the first contentious case referred to the Court. Then, five years later, he once more took part in the same capacity in the work of the Court in the case of the Minority Schools in Upper Silesia. Finally, in 1930, he was elected judge. Morally, however, he had contributed towards the creation of the Court long before it actually existed. For the constitution of this tribunal was foreseen and advocated in the remarkable works on the Hague Conferences published by him before the war. Moreover, his whole attitude as a statesman and lawyer was always inspired by the ideal *peace through justice*, a phrase which worthily expresses the mission of the Court.

Scholars, thinkers and many others have paid and will pay tribute to his work. I should like however to say a few words about the man. His intellectual probity, the complete detachment with which he weighed persons and things resulted from his determination to take a true and just view. This determination kept him unswervingly faithful to his ideals, and especially to that which is the fundamental ideal of our Court, namely, the administration of international law by impartial judges. He was also an essentially good

[1] Second meeting of the Court.

sans doute a-t-il pu puiser dans son cœur la force de résister aux souffrances dont précisément sa probité et sa fidélité ont pu être cause.

C'est dans ces sentiments que la Cour pense à Walther Schücking ; c'est dans ces sentiments que son souvenir et son exemple demeureront avec nous.

Une autre place est vide : celle que le juge Kellogg a occupée depuis son élection en 1930. Le 9 septembre 1935, il m'a adressé sa démission en exposant que l'impossibilité où il se trouvait d'assister aux sessions de la Cour rendait non seulement désirable, mais même nécessaire le choix d'un successeur appelé à prendre sa place. Sa démission a été portée à la connaissance du Secrétaire général de la Société des Nations et a été acceptée par l'Assemblée de la Société des Nations le 27 septembre 1935, et par le Conseil le lendemain.

La Cour regrette vivement la décision que le juge Kellogg s'est senti dans l'obligation de prendre. Son concours nous était des plus utile, car il nous faisait profiter de toute l'autorité qu'il avait acquise au cours de sa longue carrière de juriste et d'homme d'État. »

Le Président constate la présence sur le siège pour la première fois de M. Harukazu Nagaoka, élu membre de la Cour au mois de septembre 1935 à la place de son compatriote très regretté, M. Mineitciro Adatci. La Cour salue en M. Nagaoka le digne successeur de son ancien Président, M. Adatci, comme représentant au sein de la Cour de la pensée juridique japonaise.

Avant d'être installé dans ses nouvelles fonctions, M. Nagaoka doit prendre l'engagement solennel prévu par l'article 20 du Statut.

Le Président invite donc le Greffier à donner lecture de ce texte, ainsi que des lettres par lesquelles le Secrétaire général de la Société des Nations a informé la Cour, d'une part de l'élection de M. Nagaoka, et d'autre part de l'acceptation par lui de cette élection.

Le GREFFIER ayant donné lecture de ces lettres, datées respectivement des 14 et 17 septembre 1935, ainsi que de l'article 20 du Statut, le PRÉSIDENT invite M. Nagaoka à prendre l'engagement solennel prévu par le Statut de la Cour.

M. NAGAOKA ayant pris cet engagement solennel, le PRÉSIDENT, au nom de la Cour, lui en donne acte et le déclare installé dans ses fonctions de juge titulaire à la Cour permanente de Justice internationale.

Le Président rappelle que l'objet de la convocation de la présente session extraordinaire est la demande d'avis consultatif que le Conseil de la Société des Nations a adressée à la Cour en vertu d'une résolution du 23 septembre 1935 et qui a trait à la compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la Constitution de la Ville libre de Dantzig.

man, and undoubtedly this gave him strength to meet the sufferings resulting, it may be, from his very uprightness and fidelity.

Such are the feelings with which we of the Court think of Walther Schücking; and such are the feelings with which his memory and example will always inspire us.

Another seat is vacant: that occupied by Judge Kellogg since his election in 1930. On September 9th, 1935, he sent in his resignation, explaining that his inability to attend the sessions of the Court made it not only desirable but necessary that a successor should be chosen to fill his place. His resignation was conveyed to the Secretary-General of the League of Nations; it was accepted by the Assembly of the League of Nations on September 27th, 1935, and by the Council on the following day.

The Court deeply regrets the decision which Judge Kellogg has felt compelled to take. His co-operation was most valuable to us, because it afforded us the whole weight of the authority which he had acquired in the course of his long career as a lawyer and statesman."

The President then announced that M. Harukazu Nagaoka had been elected a member of the Court in September 1935 to take the place of his deeply lamented compatriot, M. Mineitciro Adatci. The Court welcomed M. Nagaoka, who would be a worthy successor of its former President, M. Adatci, as representative in the Court of the Japanese legal mind.

Before taking up his duties, M. Nagaoka must make the solemn declaration provided for by Article 20 of the Statute.

The President therefore requested the Registrar to read this provision, as also the letters whereby the Secretary-General of the League of Nations had informed the Court of the election of M. Nagaoka, and of the acceptance by the latter of his election.

The REGISTRAR having read these letters, dated respectively September 14th and 17th, 1935, and Article 20 of the Statute, the PRESIDENT called on M. Nagaoka to make the solemn declaration provided for by the Statute of the Court.

After M. NAGAOKA had made this declaration, the PRESIDENT, on behalf of the Court, placed it on record and declared him duly installed as a judge of the Permanent Court of International Justice.

The President went on to say that the present extraordinary session of the Court had been convened to deal with the request for an advisory opinion on the question of the consistency of certain Danzig legislative decrees with the Constitution of the Free City; this request had been submitted to the Court by the Council of the League of Nations under a Resolution dated September 23rd, 1935.

La Ville libre de Dantzig ayant été considérée par la Cour comme susceptible de fournir des renseignements en la matière, la présente audience a été convoquée afin d'entendre les observations de ses représentants. Le Sénat de la Ville libre a désigné comme agent près la Cour dans la présente affaire M. le professeur Dr Graf Gleispach, et comme conseil M. le professeur Dr Grimm.

Le Président donne la parole à M. le professeur Dr Graf Gleispach, agent de la Ville libre.

Le professeur Dr Graf GLEISPACH prononce les paroles reproduites en annexe [1], à l'issue desquelles le PRÉSIDENT annonce que la Cour va délibérer sur la demande présentée par la Ville libre de Dantzig sur la base de l'article 31 du Statut et de l'article 71, alinéa 2, du Règlement.

Afin de gagner du temps, la Cour communiquera sa décision aux intéressés avant de rendre l'ordonnance dans laquelle cette décision sera incorporée.

Le Président demande à l'agent de la Ville libre quel serait, dans le cas d'une réponse favorable de la Cour, le délai nécessaire à la nomination du juge *ad hoc* éventuel.

L'AGENT ET LE CONSEIL DE LA VILLE LIBRE DE DANTZIG indiquent que le juge *ad hoc* pourrait, le cas échéant, être désigné immédiatement et se rendre à La Haye dans les vingt-quatre heures.

En tout état de cause, les exposés oraux pourraient donc se poursuivre vendredi prochain 1er novembre.

Le PRÉSIDENT prend acte de ces déclarations et indique que la date de la prochaine audience sera publiée et portée à la connaissance de l'agent et du conseil de la Ville libre de Dantzig aussitôt que possible.

L'audience est levée à 11 h. 45.

Le Président de la Cour :
(*Signé*) CECIL HURST.

Le Greffier de la Cour :
(*Signé*) Å. HAMMARSKJÖLD.

---

[1] Voir p. 171.

The Free City of Danzig had been considered by the Court as likely to be able to furnish information on the question, and accordingly the present hearing had been convened in order to hear the observations of its representatives. The Senate of the Free City had appointed as its Agent before the Court in this case Professor Dr. Graf Gleispach, and as Counsel Professor Dr. Grimm.

The President called on Professor Dr. Graf Gleispach, Agent for the Free City, to address the Court.

Professor Dr. Graf GLEISPACH made the observations reproduced in the annex [1]; at the conclusion of these observations, the PRESIDENT said that the Court would consider the request submitted by the Free City of Danzig, on the basis of Article 31 of the Statute and Article 71, paragraph 2, of the Rules.

In order to save time, the Court would convey its decision to those concerned before making the order incorporating this decision.

The President asked the Agent for the Free City how long the appointment of a judge *ad hoc* would take, assuming that the Court's answer was favourable.

THE AGENT AND COUNSEL FOR THE FREE CITY OF DANZIG said that, if the Court's decision was favourable, the judge *ad hoc* could be appointed at once and could proceed to the Hague within twenty-four hours.

In any case, therefore, the hearings could be proceeded with on Friday, November 1st.

The PRESIDENT noted these statements and said that the date of the next hearing would be published and conveyed to the Agent and Counsel of the Free City of Danzig as soon as possible.

The Court rose at 11.45 a.m.

(*Signed*) CECIL HURST,
President.

(*Signed*) Å. HAMMARSKJÖLD,
Registrar.

---

[1] See p. 171.

DEUXIÈME SÉANCE PUBLIQUE

tenue au Palais de la Paix, La Haye,
le mercredi 31 *octobre* 1935, *à* 10 *h.* 30,
sous la présidence de sir Cecil Hurst, Président [1].

Présents : les membres de la Cour mentionnés au procès-verbal de la première séance.

Le PRÉSIDENT, ouvrant l'audience, annonce que la Cour a délibéré le 30 octobre sur la demande de la Ville libre de Dantzig tendant à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* pour siéger dans la présente affaire.

La Cour a décidé qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de la Ville libre. L'ordonnance dans laquelle sera formulée cette décision de la Cour sera rendue ultérieurement [2].

Il donne ensuite la parole à l'agent de la Ville libre.

Le professeur Dr Graf GLEISPACH prononce l'exposé reproduit en annexe [3].

L'audience, interrompue à 13 heures, est reprise à 16 heures.

Le PRÉSIDENT donne la parole au jonkheer VAN EYSINGA, juge, qui pose à l'agent de la Ville libre une question [4] relative à l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 2 du Code pénal dantzikois (nouvelle rédaction), lorsqu'il y est question de « l'idée fondamentale d'une loi pénale » ; s'agit-il — comme le donnent à penser les exposés de l'agent de la Ville libre — d'une loi dantzikoise déterminée ; ou bien — comme le donnent à entendre certaines pièces soumises à la Cour — d'une prescription pénale quelconque, dantzikoise ou étrangère, ou même d'un ensemble de prescriptions de cet ordre ? Le jonkheer van Eysinga demande également à l'agent de la Ville libre de produire si possible l'exposé des motifs, s'il y en a, présenté au Sénat à l'appui des décrets-lois du 29 avril 1935.

Le jonkheer van Eysinga rappelle à l'agent de la Ville libre qu'il n'est pas tenu de fournir une réponse immédiate à ces questions.

Le professeur Dr Graf GLEISPACH indique qu'il donnera sa réponse le lendemain.

Le PRÉSIDENT donne la parole à l'AGENT DE LA VILLE LIBRE, qui poursuit et termine son exposé [5].

---

[1] Sixième séance de la Cour.
[2] Voir Série A/B, fasc. n° 65, pp. 69-71.
[3] » p. 179.
[4] » » 198.
[5] » » 200.

SECOND PUBLIC SITTING

held at the Peace Palace, The Hague, on Thursday, October 31st, 1935, at 10.30 a.m., the President, Sir Cecil Hurst, presiding [1].

Present: the members of Court mentioned in the minutes of the first sitting.

The PRESIDENT, in opening the sitting, announced that on October 30th the Court had deliberated on the request of the Free City of Danzig that it should be authorized to appoint a judge *ad hoc* to sit in the present case.

The Court had decided that there was no ground for acceding to the Free City's request. The order embodying this decision of the Court would be read at a subsequent sitting [2].

The President then called upon the Agent of the Free City to address the Court.

Professor Dr. Graf GLEISPACH made the statement which is given in the annex [3].

The public sitting was suspended at 1 p.m. and was resumed at 4 p.m.

The PRESIDENT called upon Jonkheer VAN EYSINGA, Judge, who put a question [4] to the Agent of the Free City concerning the interpretation to be given to Article 2 of the Danzig Penal Code (in its new form), in the passage referring to "fundamental conceptions of a penal law"; did this denote—as the observations of the Free City's Agent might seem to imply—a particular Danzig law; or did it mean—as appeared to be implied by certain documents filed with the Court—an unspecified penal law—Danzig or foreign—or even a series of penal clauses? Jonkheer van Eysinga also asked the Agent of the Free City to produce, if possible, the statement of reasons—assuming that such a statement existed—that had been submitted to the Senate in support of the legislative decrees of April 29th, 1935.

Jonkheer van Eysinga reminded the Agent of the Free City that he need not necessarily reply at once to these questions.

Professor Dr. Graf GLEISPACH said that he would reply next day.

The PRESIDENT then called upon the AGENT OF THE FREE CITY, who continued and concluded his statement [5].

---

[1] Sixth meeting of the Court.
[2] See Series A./B., Fasc. No. 65, pp. 69-71.
[3] ,, p. 179.
[4] ,, ,, 198.
[5] ,, ,, 200.

Le PRÉSIDENT donne la parole à M. URRUTIA, juge, qui pose à l'agent de la Ville libre les trois questions suivantes :

1° Quelles sont les attributions du Tribunal supérieur de Dantzig par rapport au caractère constitutionnel des lois et décrets de la Ville libre ?

2° La loi du 6 octobre 1925, qui a trait à cette matière, y a-t-elle introduit une réforme ou a-t-elle conféré des attributions nouvelles au Tribunal supérieur ?

3° A-t-on présenté au Tribunal supérieur de Dantzig des demandes relatives à des lois ou décrets promulgués en vertu de la loi d'autorisation du 24 juin 1933 ?

L'AGENT DE LA VILLE LIBRE indique qu'il répondra également à ces questions le lendemain.

Le PRÉSIDENT annonce que la Cour se réunira en audience le 1er novembre à 10 h. 30.

Elle entendra en premier lieu l'exposé du conseil de la Ville libre, à moins que l'agent de la Ville libre ne soit prêt à répondre, dès le début de l'audience, aux diverses questions qui lui ont été posées.

L'audience est levée à 18 h. 35.

[*Signatures.*]

TROISIÈME SÉANCE PUBLIQUE

tenue au Palais de la Paix, La Haye,
le vendredi 1er novembre 1935, à 10 h. 30,
sous la présidence de sir Cecil Hurst, Président [1].

Présents : les membres de la Cour mentionnés au procès-verbal de la première séance.

Le PRÉSIDENT demande à l'agent de la Ville libre s'il est prêt à fournir les renseignements qui lui ont été demandés au cours de la précédente audience.

Le professeur Dr Graf GLEISPACH répond affirmativement. Le Président lui ayant donné la parole, il présente les observations reproduites en annexe [2], et dépose le texte des décisions judiciaires et textes législatifs [3] qui ont été visés dans son exposé oral.

Le PRÉSIDENT donne la parole au CONSEIL DE LA VILLE LIBRE, qui présente l'exposé reproduit en annexe [4].

[1] Septième séance de la Cour.
[2] Voir p. 220.
[3] » » 152.
[4] » » 220.

The PRESIDENT then called upon M. URRUTIA, Judge, who put the following three questions to the Free City's Agent:

1° What are the powers of the Danzig Supreme Court in regard to the constitutionality of the laws and decrees of the Free City?

2° Did the law of October 6th, 1925, which relates to this matter, introduce a reform, or confer new powers on the Supreme Court?

3° Have any questions concerning the laws and decrees issued under the Enabling Law of June 24th, 1933, been submitted to the Danzig Supreme Court?

THE AGENT OF THE FREE CITY said that he would answer these questions, also, the next day.

The PRESIDENT announced that the Court would meet for a public sitting on November 1st, at 10.30 a.m.

It would first hear the Counsel for the Free City, unless the Agent of the Free City should be ready at the opening of the sitting to answer the different questions that had been put to him.

The Court rose at 6.35 p.m.

[*Signatures.*]

THIRD PUBLIC SITTING

held at the Peace Palace, The Hague,
on Friday, November 1st, 1935, at 10.30 a.m.,
the President, Sir Cecil Hurst, presiding [1].

Present: the members of Court mentioned in the minutes of the first sitting.

The PRESIDENT asked the Agent for the Free City if he was ready to furnish the information for which he had been asked at the previous hearing.

Professor Dr. Graf GLEISPACH replied that he was ready; and, on receiving the President's permission, he proceeded to make the observations reproduced in the annex [2]; he also handed in the text of the judicial decisions and legislative measures [3] to which he had referred in his oral statement.

The PRESIDENT then called on COUNSEL FOR THE FREE CITY, who made the statement reproduced in the annex [4].

[1] Seventh meeting of the Court.
[2] See p. 220.
[3] ,, ,, 152.
[4] ,, ,, 222.

Au cours de cet exposé, le PRÉSIDENT lui demande s'il est en mesure de déposer le texte des travaux préparatoires à la Constitution de Dantzig auxquels il s'est référé et qu'il a déclaré avoir eu l'occasion d'étudier.

Le professeur Dr GRIMM répond affirmativement ; il en effectuera le dépôt aussitôt que possible.

Il poursuit et termine son exposé [1].

M. GUERRERO, Vice-Président, demande au conseil de la Ville libre de bien vouloir déposer le texte des « lois d'autorisation » adoptées à Dantzig antérieurement à celle du 24 juin 1933. Il demande en outre si ces lois ont été adoptées dans les mêmes conditions que la loi du 24 juin 1933, et notamment si la clause de cette dernière, d'après laquelle la Diète accorde par avance son assentiment aux décrets que le Sénat pourra émettre, se retrouve aussi dans les lois antérieures ou si, au contraire, la Diète s'est réservé dans celles-ci le droit d'approuver ou de désapprouver les décrets rendus.

Le professeur Dr GRIMM confirme que les lois d'autorisation qui ont été adoptées antérieurement au 24 juin 1933, et dont il déposera le texte, ont toutes été approuvées selon la même procédure que cette dernière. Par ailleurs, un délai a toujours été prévu dans lequel la Diète peut ou a pu exiger l'abrogation de décrets pris en vertu de la loi d'autorisation.

Le PRÉSIDENT, constatant que les exposés oraux de l'agent et du conseil de la Ville libre sont terminés, déclare les débats clos, mais sous réserve du droit, pour la Cour, de demander aux représentants de la Ville libre d'autres renseignements ou explications ou de se les procurer par d'autres moyens mis à sa disposition.

L'audience est levée à 13 heures.

[*Signatures.*]

QUATRIÈME SÉANCE PUBLIQUE

tenue au Palais de la Paix, La Haye,
le mercredi 4 décembre 1935, à 10 h. 30,
sous la présidence de sir Cecil Hurst, Président [2].

Présents : les membres de la Cour mentionnés au procès-verbal de la première séance.

Le PRÉSIDENT, ouvrant l'audience, signale que l'ordre du jour de celle-ci prévoit le prononcé de l'avis consultatif émis

[1] Voir p. 231.

[2] Vingt-quatrième séance de la Cour.

In the course of this statement, the PRESIDENT asked him whether he was in a position to file the records of the preparation of the Constitution of Danzig to which he had referred and which he had said that he had had an opportunity of examining.

Professor Dr. GRIMM replied that he was, and he would do so as soon as possible.

He continued and concluded his statement [1].

M. GUERRERO, Vice-President, asked Counsel for the Free City to be good enough to file the text of the "enabling laws" enacted at Danzig prior to that of June 24th, 1933. He also asked whether these laws had been passed under the same conditions as the law of June 24th, 1933, and particularly whether the clause in the latter to the effect that the *Volkstag* consented in advance to the decrees which the Senate might issue, was also to be found in the previous laws or whether, on the contrary, the *Volkstag* had in these cases reserved the right to approve or disapprove decrees issued.

Professor Dr. GRIMM confirmed that the enabling laws passed prior to that of June 24th, 1933, the text of which he would hand in, had all been approved under the same conditions as the latter law. Furthermore, a time-limit had always been fixed within which the *Volkstag* could require the abrogation of decrees issued under the enabling law.

The PRESIDENT, observing that the Agent and Counsel for the Free City had concluded their oral statements, declared the hearings closed, subject to the right of the Court to ask the representatives of the Free City for further information or explanations or to procure them by other means at its disposal.

The Court rose at 1 p.m.

[*Signatures.*]

FOURTH PUBLIC SITTING

held at the Peace Palace, The Hague,
on Wednesday, December 4th, 1935, at 10.30 a.m.,
the President, Sir Cecil Hurst, presiding [2].

Present: the members of Court mentioned in the minutes of the first sitting.

The PRESIDENT, in opening the sitting, stated that the Court had met for the delivery of the advisory opinion given by it

[1] See p. 231.
[2] Twenty-fourth meeting of the Court.

par la Cour dans l'affaire relative à la compatibilité de certains décrets-lois dantzikois du 29 août 1935 avec la Constitution de la Ville libre.

Conformément à l'article 74 du Règlement, le Secrétaire général de la Société des Nations et l'agent désigné par le Sénat de la Ville libre de Dantzig ont été dûment prévenus que lecture serait donnée de l'avis à la présente audience.

Le Président annonce que, la Cour ayant décidé qu'en cas de divergence entre les deux textes de l'avis, ce serait le texte anglais qui ferait foi, c'est ce texte qu'il va lire. Il en aborde la lecture, laissant de côté la partie de l'avis consacrée à la procédure (qualités) [1].

La lecture étant terminée, le GREFFIER lit en français le dispositif de l'avis.

Le PRÉSIDENT indique que le comte Rostworowski, MM. Anzilotti et Nagaoka, juges, se prévalant du droit que leur confère l'article 71, alinéa 3, du Règlement, ont joint à l'avis de la Cour les exposés de leurs opinions individuelles [2]. Il demande successivement à ces trois juges s'ils désirent donner lecture de ces opinions.

Le comte ROSTWOROWSKI, MM. ANZILOTTI et NAGAOKA ayant répondu négativement, le PRÉSIDENT lève l'audience en déclarant close la 35me Session de la Cour.

L'audience est levée à 11 h. 10.

[*Signatures.*]

---

[1] Voir *Publications de la Cour*, Série A/B, fasc. n° 65.
[2] *Op. cit.*, pp. 59-68.

in the case concerning the consistency of certain Danzig legislative decrees of August 29th, 1935, with the Constitution of the Free City.

In accordance with Article 74 of the Rules of Court, due notice had been given to the Secretary-General of the League of Nations and to the Agent appointed by the Senate of the Free City of Danzig that the opinion would be read at this sitting.

The President said that, the Court having decided that in case of divergence between the two texts of the opinion, the English text would be authoritative, he would read the latter text. He then read the opinion, leaving out however the portion dealing with the procedure [1].

When the President had finished reading the opinion, the REGISTRAR read the finding in the French text.

The PRESIDENT stated that Count Rostworowski, MM. Anzilotti and Nagaoka, judges, availing themselves of the right conferred on them by Article 71, paragraph 3, of the Rules, had attached to the opinion of the Court an exposition of their individual opinions [2]. He asked these three judges in turn whether they wished to read their opinions.

Count ROSTWOROWSKI, MM. ANZILOTTI and NAGAOKA having all replied in the negative, the PRESIDENT declared the sitting and the 35th Session of the Court closed.

The Court rose at 11.10 a.m.

[*Signatures.*]

---

[1] See *Publications of the Court*, Series A./B., Fasc. No. 65.
[2] *Op. cit.*, pp. 59-68.

ANNEXES AUX PROCÈS-VERBAUX

ANNEXES TO THE MINUTES.

---

1. — EXPOSÉ PRÉLIMINAIRE DE M. LE PROFESSEUR Dr WENZEL GRAF GLEISPACH

(AGENT DE LA VILLE LIBRE DE DANTZIG)

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 30 OCTOBRE 1935, MATIN.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour,

Conformément à l'article 73, alinéa 2, du Règlement, la Cour a fait connaître au Sénat de la Ville libre de Dantzig qu'elle était disposée à recevoir du Sénat des renseignements sur la question de la compatibilité de certaines dispositions de droit pénal avec la Constitution de Dantzig.

Le Sénat saisit volontiers l'occasion de contribuer, pour sa part, à l'éclaircissement d'une question à la solution de laquelle il est intéressé au plus haut degré.

C'est dans le même esprit que le Sénat a prié la Cour de lui reconnaître le droit de désigner un juge *ad hoc* qui pourrait, lors des délibérations de la Cour, fournir tous les éclaircissements désirés.

A première vue, cette demande pourrait paraître étrange.

En effet, le Sénat ne méconnaît pas qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'un différend actuellement né entre deux ou plusieurs États ou Membres de la Société des Nations, et que, par conséquent, le Sénat ne peut faire valoir un droit fondé sur l'article 71, alinéa 2, du Règlement.

Le Sénat n'ignore pas non plus qu'un État ne saurait réclamer, du fait seul qu'il est jugé susceptible de fournir des renseignements, le droit de désigner un juge *ad hoc*.

Si le Sénat a cru tout de même devoir faire cette demande, c'est qu'il est convaincu qu'en vue du caractère particulier de cette affaire, il y a des raisons impératives justifiant une pareille demande.

Avant de fournir les renseignements désirés, je voudrais donc, en ma qualité d'agent du Sénat de la Ville libre, motiver la demande dont je viens de parler.

1° Pour ce faire, je me vois obligé de m'étendre sur des choses que vous connaissez sans doute mieux que moi, et de résumer brièvement les motifs pour lesquels on s'est décidé à

admettre la présence de juges nationaux et de juges *ad hoc* dans la procédure de la Cour.

La question des juges nationaux a déjà été discutée lors des délibérations sur le projet d'une Cour de justice arbitrale à la deuxième Conférence de la Paix, en 1907.

En se fondant sur le principe généralement admis que personne ne peut être juge dans sa propre cause, certaines délégations avaient proposé une disposition d'après laquelle un juge ne pourrait participer à l'examen d'une affaire lorsque la Puissance qui l'avait nommé serait l'une des parties.

Cette disposition ne fut pas acceptée, grâce aux arguments présentés à ce sujet par la délégation allemande, et qui parurent convaincants au Comité.

Le rapport du Comité d'examen résume comme suit le résultat des délibérations :

« La délégation allemande .... fut d'avis que la présence d'un juge national au sein de la Cour constituerait, en l'occurrence envisagée, une garantie pour les parties.

« Celles-ci sauraient que le point de vue national serait dûment exposé aux juges en Chambre du Conseil, et la collaboration du juge national à l'élaboration du jugement serait précieuse à la fois pour sa connaissance de la jurisprudence de son pays et pour le désir qu'il aurait d'éviter que la rédaction du jugement ne pût, involontairement ou par erreur, paraître offensante pour la nation qu'il eût représenté.

« Ces arguments doivent, en eux-mêmes, être considérés comme convaincants, si toutefois leur acceptation ne peut compromettre l'impartialité.

« Dans une Cour restreinte, la présence d'un national peut faire naître le soupçon de partialité.

« Ainsi en est-il dans les petits tribunaux d'arbitrage, où l'on suppose que les efforts de chaque partie tendent à gagner le surarbitre à leur cause.

« Dans une Cour nombreuse, au contraire, il serait si difficile de convaincre une majorité que le soupçon de partialité ne peut que difficilement naître.

« La proposition de la délégation allemande, donnant aux juges nationaux le droit de siéger au cas où leurs pays seraient parties au litige, a donc pu être acceptée par les délégations américaine et britannique. »

Ce sont essentiellement les mêmes raisons pour lesquelles le Comité consultatif de juristes, chargé d'élaborer le projet d'une Cour internationale, a cru devoir accepter, à la suite d'une discussion prolongée, l'institution des juges *ad hoc*.

Pour motiver cette décision, le rapport du Comité se sert presque des mêmes mots que le rapport de 1907.

Il dit, en effet (p. 721), qu'il est « éminemment désirable que les juges puissent, dans les délibérations, faire entendre jusqu'au dernier moment les arguments et moyens de l'État et veiller à ce que les termes de la sentence, si pénible puisse-t-elle être au fond, soient conçus de manière à ne froisser à aucun degré les susceptibilités nationales ».

La manière de voir du Comité ressort d'une façon particulièrement claire de la discussion.

A maintes reprises, divers membres du Comité tinrent à souligner l'idée qui se trouve exprimée dans le rapport.

Ainsi, feu M. Adatci, le regretté ancien Président de la Cour, fit valoir que le juge représentant une partie

« sera un collaborateur précieux, surtout pour la rédaction de la sentence, question délicate déjà en matière de droit national, et plus encore en matière internationale, où il s'agit de formuler des sentences auxquelles des États, parfois même des grands États, devront se soumettre.

« Il faut que l'exposé des motifs de la sentence explique celle-ci, de façon à écarter les obstacles que la susceptibilité nationale sera disposée à dresser contre l'exécution du verdict.

« Pour bien formuler cet exposé de motifs, il faut connaître la psychologie des peuples.

« Ceci est important, surtout lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu en Europe ou en Amérique, mais concernant des États de races différentes. »

M. Root s'associe à l'opinion de M. Adatci en disant que

« Les nations doivent aller à la Cour avec l'assurance d'y rencontrer une pleine compréhension : dans ce but il est nécessaire, au moins pour les pays qui diffèrent le plus de l'ordinaire, d'avoir à la Cour un juge de leur nationalité, et un juge qui y siège sur un pied de parfaite égalité avec les autres.

« Il faut s'assurer le consentement des masses, avant d'obtenir celui des ministères des Affaires étrangères ; mais, dans ce but, il faut pouvoir dire aux masses qu'il y a dans la Cour au moins une personne qui peut les comprendre. »

Et même M. de Lapradelle, opposé en principe à l'idée des juges *ad hoc*, admet qu'on a

« besoin des lumières des représentants nationaux dans la Chambre des délibérations ; on a besoin de quelqu'un qui puisse éclairer le tribunal, même sur les préjugés nationaux, et apprécier l'effet que produira, dans son pays, la forme sous laquelle la sentence aura été rédigée ».

Permettez-moi de citer encore lord Phillimore, qui se déclare en faveur de l'institution des juges nationaux

« non seulement pour défendre leurs intérêts, mais pour permettre à la Cour de comprendre certaines questions qui demandent des connaissances tout à fait spéciales, et qui tiennent à la différence entre les divers systèmes juridiques ».

Je crois que ces citations suffisent pour démontrer quel était l'argument qui a fait accepter l'institution des juges *ad hoc*.

On pourrait peut-être me reprocher de n'avoir pas fait mention d'un autre motif qui a paru rendre nécessaire l'institution des juges *ad hoc*, de n'avoir pas parlé du désir de garantir l'égalité des parties qui aurait déterminé les membres du Comité à accepter cette institution.

Or, un tel reproche ne serait pas justifié ; les citations que je viens de faire le prouvent, et un examen attentif de l'article 31 du Statut de la Cour démontre également que le désir d'assurer l'égalité des parties n'a pas été le principal souci des auteurs du Statut.

En effet, l'idée de l'égalité des parties ne peut servir à expliquer l'alinéa 3 de l'article 31, aux termes duquel, si la Cour « ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des parties, chacune de ces parties peut procéder à la désignation ou au choix d'un juge » ; car l'égalité des parties serait parfaitement assurée si la Cour ne comptait sur le siège aucun juge de la nationalité des parties.

Cette disposition s'explique, au contraire, parfaitement par les raisons que je viens d'exposer.

De même, l'alinéa 4 de l'article 31 serait certainement défectueux si cet article était uniquement destiné à assurer l'égalité des parties ; car, si plusieurs parties faisant cause commune ont des juges au sein de la Cour, il ne fournit pas de moyen pour assurer l'égalité des parties.

L'alinéa 4 s'explique plutôt par l'idée qu'au cas où plusieurs parties font cause commune, il suffit que la Cour compte parmi ses membres un seul juge disposant de connaissances spéciales et pouvant exercer une influence sur la rédaction de la sentence.

2° Comme je crois l'avoir démontré, l'institution du juge *ad hoc* a été créée pour donner aux parties la possibilité de défendre leurs intérêts, et pour permettre à la Cour de comprendre certaines questions qui demandent des connaissances tout à fait spéciales.

Ces arguments valent non seulement pour la procédure contentieuse : ils s'imposent avec la même force dans la procédure consultative.

Preuve en est que déjà le Comité consultatif de juristes a voulu admettre les juges *ad hoc* dans cette procédure.

Je crois pouvoir affirmer qu'en l'espèce ces arguments militent avec une force particulière en faveur de la demande de Dantzig.

a) La question sur laquelle l'avis de la Cour est demandé est, de par sa nature, une question de droit interne; en effet, elle a trait à l'interprétation de la Constitution de Dantzig.

Or, la Cour elle-même a reconnu, notamment dans son Avis consultatif du 4 février 1932, relatif au traitement des nationaux polonais à Dantzig, que de pareilles questions ne rentrent pas comme telles dans le domaine du droit international.

La Cour constate dans cet avis que le fait pour la Constitution de Dantzig d'avoir été placée sous la garantie de la Société des Nations, ne saurait lui donner le caractère juridique d'un arrangement ou accord international.

Le caractère particulier de la Constitution de Dantzig n'affecte, de l'avis de la Cour, que les relations entre la Ville libre et la Société des Nations.

La Constitution de Dantzig, malgré ses particularités, est et demeure, vis-à-vis d'autres États, la Constitution d'un État étranger. Une question relative à l'interprétation de la Constitution de Dantzig ne pourrait donc comme telle faire l'objet d'un différend entre États.

Si la Cour, dont la fonction propre consiste à trancher des différends entre États sur la base du droit international, est maintenant appelée à donner un avis sur une question de droit interne, il s'agit d'une situation anormale provenant du fait que la Constitution de Dantzig a été placée sour la garantie de la Société des Nations.

Mais il n'y a pas de doute que, malgré cette particularité, l'interprétation de la Constitution est une question de droit interne, et qu'en l'espèce aucun point de droit international n'est en jeu.

La Cour, étant une juridiction de droit international, est censée connaître elle-même le droit international.

Par contre, ainsi qu'elle l'a constaté dans son Arrêt du 12 juillet 1929, relatif aux emprunts fédéraux brésiliens, la Cour n'est pas obligée de connaître les lois nationales des différents pays.

Dans ces conditions, il paraît particulièrement désirable que la Cour compte parmi ses membres pour la présente affaire une personne qui connaisse le droit national de Dantzig, et auprès de laquelle elle puisse, le cas échéant, trouver un complément d'information au cours de ses délibérations.

Même s'il était possible de renoncer à des juges *ad hoc* dans des affaires normales, où il s'agit d'interprétation ou d'application du droit international, la nécessité de la nomination d'un juge *ad hoc* paraît s'imposer dans cette affaire, où la Cour est appelée à interpréter le droit interne d'un État déterminé.

b) Ainsi que le rapporteur au Conseil l'a lui-même souligné, les problèmes soulevés dans cette affaire sont à la fois délicats et importants.

Le fait même que le Conseil a cru devoir demander l'avis de la Cour sur une question de pur droit interne, qu'il n'a donc pas voulu prendre une décision avant d'avoir en mains l'avis de la plus haute juridiction internationale, démontre l'importance attribuée par le Conseil à la question dont il s'agit, ainsi que la gravité et la difficulté des problèmes en jeu.

Dans ces conditions, la Cour doit disposer de tous les moyens possibles afin de pouvoir éclaircir les questions qui pourraient être soulevées, soit au cours des débats, soit au cours des délibérations.

Il est vrai qu'il est de mon devoir d'agent de fournir à la Cour tous renseignements qu'elle pourrait désirer.

Je crains cependant de ne pouvoir remplir cette tâche d'une manière tout à fait satisfaisante, étant donné que, faute d'adversaire, il n'y a pas de certitude que tous les points douteux se manifestent d'une manière précise au cours des débats oraux.

Il se pourrait donc que des questions que je n'ai pas eu l'occasion de discuter surgissent au cours des délibérations en Chambre du Conseil.

c) Bien qu'il soit vrai que cette affaire n'a pas trait à un différend actuellement né entre deux États, elle se distingue nettement des avis ordinaires demandés sur un point.

Assurément, ni les auteurs du Statut ni les auteurs du Règlement n'ont jamais songé à une affaire pareille en discutant les dispositions relatives à la procédure consultative.

Ainsi qu'il ressort du rapport du Comité consultatif de juristes, celui-ci pensait que les avis relatifs à des points porteraient sur des questions purement abstraites de droit international.

Le rapport observe en effet qu'il importe que la Cour se forme de telle manière que la solution donnée *in abstracto* sur la question théorique ne restreigne pas son libre pouvoir de statuer lorsque le problème reviendra devant elle, non plus en théorie, mais en pratique, non plus d'une manière abstraite, mais dans une espèce concrète.

C'est la même distinction qu'on avait faite dans la discussion, en parlant d'un point comme d'une question théorique et d'un différend comme d'un conflit actuel.

Ces arguments du Comité indiquent clairement quel genre d'affaires il a eu en vue.

Lorsque la Cour a adopté, en 1927, l'article 71, alinéa 2, du Règlement, elle est évidemment partie de la même conception. Cela paraît déjà résulter du fait que la Cour a inséré dans cette disposition les termes « différend actuellement né », employés par le Comité consultatif de juristes.

Dans le rapport sur le vu duquel l'article 73, alinéa 2, a été adopté, le Comité institué par la Cour ne discute pas la question. Mais il ressort de la manière dont la question de l'application de l'article 31 à la procédure consultative est présentée

dans le rapport que le Comité supposait, tout comme le Comité consultatif de juristes, que les avis sur des points auraient trait à des questions abstraites de droit international.

Dans de pareils cas, des intérêts vitaux d'un État ne pourraient certainement pas être en cause.

Il est évident que l'avis que la Cour est maintenant appelée à rendre présente un caractère tout différent.

On ne demande pas à la Cour de donner une réponse à une question abstraite de droit international. On lui demande de répondre à une question de droit interne qui, pour l'État en cause, présente un intérêt pratique éminent — on pourra même dire : vital. Car il s'agit de savoir si des actes émanant de la plus haute autorité de la Ville libre sont compatibles avec la Constitution de cette Ville, ou non.

La Cour est donc appelée à décider si l'exercice des pouvoirs souverains d'un État déterminé a été effectué d'une manière légale ou non, question qui rentre normalement dans le domaine réservé à la compétence exclusive des États.

La Ville libre se voit forcée de défendre la légalité de mesures prises par le Sénat, légalité qui est mise en doute par le fait même que cette question est soumise à la Cour.

Dans ces conditions, la Ville libre se trouve pour ainsi dire dans le rôle de partie, et cela malgré le fait que l'autre côté de la barre est libre.

C'est encore une circonstance qui rend évident le caractère anormal de la procédure en cours.

Pour toutes ces raisons, le fait que la Cour est appelée à donner un avis sur un « point » ne me paraît pas exclure la possibilité d'admettre un juge *ad hoc* au sein de la Cour.

3° Dans ces conditions, une question se pose : La Cour a-t-elle le pouvoir de tenir compte des raisons qui parlent en faveur de l'admission d'un juge *ad hoc* en l'espèce ?

Je n'ai pas l'intention de faire un exposé détaillé de cette question, et je me bornerai à quelques observations ; car, certes, il n'appartient pas à un agent comparaissant devant la Cour en tant que représentant d'un État, de discuter les pouvoirs de la Cour de décider de sa composition.

a) La procédure consultative n'est pas mentionnée par le Statut.

Le projet de Statut, élaboré par le Comité consultatif de juristes, contenait une disposition relative à la procédure consultative, l'article 36, qui établissait des règles quant à l'admission de juges *ad hoc* dans cette procédure.

Après avoir examiné cet article, la sous-commission de la troisième Commission de la Première Assemblée décida de le supprimer.

Le projet faisait une distinction entre les avis relatifs à des différends actuellement nés et les avis relatifs à des points, et prévoyait une composition différente de la Cour pour les uns et les autres.

La sous-commission était d'avis que la distinction établie par le projet paraissait peu nette et pouvait donner lieu à des difficultés pratiques. Elle exprima l'opinion que le projet entrait dans des détails qui concernent plutôt le règlement intérieur de la Cour.

La décision de supprimer l'article proposé avait pour conséquence de laisser entièrement à la Cour le soin de régler la procédure consultative.

Des faits que je viens de relater, on peut tirer deux conclusions :

1° Le pouvoir de la Cour de régler la procédure consultative comprend le droit de prendre des décisions relatives à l'admission de juges *ad hoc* dans cette procédure ; la Commission n'ayant fait aucune allusion directe à cette question, qui se trouvait réglée dans l'article 36 du projet, elle doit l'avoir considérée comme un des détails à régler par la Cour elle-même.

2° La Commission ne croit pas à la possibilité d'établir une distinction nette entre les avis sur des différends et ceux sur des points, distinction qui, suivant le projet, devait servir à déterminer les affaires dans lesquelles des juges *ad hoc* pourraient être admis.

La disposition du projet qui ne prévoyait des juges *ad hoc* que pour les avis sur des différends actuellement nés ayant été supprimée, il paraît en résulter que la Cour ne se trouve aucunement obligée de n'admettre des juges *ad hoc* que pour des avis de ce genre, mais qu'elle est libre de prendre les décisions qui lui paraissent le mieux convenir aux affaires portées devant elle.

b) La Cour elle-même n'a pas adopté la manière de voir d'après laquelle la question de l'admission de juges *ad hoc* dans la procédure consultative serait une question touchant à sa constitution et qu'elle n'aurait pas le pouvoir de régler.

Il est vrai que, lors de la revision du Règlement en 1926, la Cour n'a pas cru pouvoir adopter une proposition relative à l'admission de juges *ad hoc*, la question étant considérée comme restant en dehors du domaine de la compétence réglementaire de la Cour. Mais, en 1927, la Cour revint sur cette décision et adopta la disposition de l'article 71, alinéa 2, du Règlement.

Ainsi qu'il résulte du rapport sur le vu duquel cette disposition a été adoptée, elle devait servir surtout à assurer l'égalité des parties.

Que ce désir ait déterminé la rédaction de l'article, s'explique aisément par l'expérience précédemment faite par la Cour.

Des cas s'étaient présentés où des avis de la Cour décidaient en réalité un différend entre deux États dont l'un seulement avait un juge sur le siège, tandis que l'autre n'en avait pas.

En tout cas, la décision prise par la Cour en 1927 n'exclut point que la Cour admette un juge *ad hoc* dans des cas qui, bien que ne tombant pas sous la nouvelle disposition, paraissent néanmoins exiger, d'après le but de l'institution des juges *ad hoc*, une pareille mesure.

Elle serait d'autant plus justifiée dans la présente affaire, qu'en 1927 la Cour est partie de l'opinion que les avis sur des points auraient trait à des questions abstraites de droit international.

La Cour a cru pouvoir rendre applicable l'article 31 du Statut à la procédure consultative.

Pourtant cet article, qui parle de parties, ne peut être appliqué comme tel à une procédure où il n'y a point de parties, mais exclusivement des États fournissant des renseignements. La décision de la Cour de 1927 doit néanmoins être reconnue conforme au Statut.

Si tel est bien le cas, je ne vois pas pourquoi ne serait pas conforme au Statut une décision qui admet un juge *ad hoc* dans l'espèce.

Car, bien qu'il ne s'agisse pas d'un différend actuellement né entre États, l'État que j'ai l'honneur de représenter se trouve atteint dans ses intérêts d'une manière au moins aussi directe que s'il s'agissait d'une affaire relative à un différend actuellement né.

Par conséquent, je prie la Cour de faire droit à la demande du Sénat de la Ville libre de Dantzig.

---

2. — EXPOSÉ DE M. LE PROFESSEUR Dr WENZEL GRAF GLEISPACH

(AGENT DE LA VILLE LIBRE DE DANTZIG)

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 31 OCTOBRE 1935, MATIN.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour,

La tâche qui m'a été confiée est de fournir à la Cour des renseignements sur la question de savoir si les décrets-lois du Sénat de la Ville libre de Dantzig du 29 août 1935, portant modification de quelques dispositions du Code pénal et de certaines dispositions de la procédure pénale et de la loi d'organisation judiciaire, sont compatibles avec la Constitution de la Ville libre, ou si, au contraire, ils violent une des dispositions ou un des principes de ladite Constitution.

Dans l'exposé écrit que j'ai eu l'honneur de présenter au nom du Sénat de la Ville libre de Dantzig, je me suis efforcé de tracer en grandes lignes la manière de voir du Sénat.

Puisque la tâche dont je suis chargé est difficile, et que les problèmes qui se posent soulèvent certaines questions de principe, je suis heureux que l'occasion m'ait été fournie d'approfondir ces questions, de vous exposer plus en détail les considérations dont s'est inspiré le Sénat en édictant les deux décrets-lois, et de vous donner les raisons qui, à mon avis, démontrent la compatibilité des deux décrets-lois avec la Constitution de Dantzig.

J'espère faciliter la tâche difficile qui vous incombe, si je suis dans ma plaidoirie le plan de l'exposé écrit, et je vous prie, Messieurs, de bien vouloir m'excuser si, en procédant de cette manière, je répète certains passages de cet exposé dans lesquels j'ai essayé de formuler brièvement les thèses que je me suis proposé de développer et de prouver dans la suite.

Afin de ne pas abuser de votre temps, je me bornerai à traiter les questions qui ont été soulevées jusqu'à présent, soit dans la pétition, soit au cours des délibérations du Conseil ; je ne parlerai donc pas du grand nombre de dispositions contenues dans les décrets-lois, mais exclusivement des deux articles qui substituent à la défense de l'analogie en matière pénale le principe de la détermination du droit par le juge, et qui assurent l'application de ce nouveau principe dans la procédure criminelle.

Si la Cour devait encore désirer des éclaircissements sur d'autres points, je suis — cela va sans dire — toujours à sa disposition.

Je discuterai d'abord le sens et la portée des innovations introduites par les deux décrets-lois.

Cela me facilitera l'examen des deux questions principales soulevées par la demande d'avis, à savoir, d'une part, si le contenu des décrets-lois est en harmonie avec les dispositions et les principes de la Constitution de Dantzig, et, d'autre part, s'il était admissible de procéder par la voie de décrets-lois émis sur la base de la loi d'autorisation du 24 juin 1933.

A.

C'est l'ère dite « des lumières » qui adopte l'axiome : *Nullum crimen sine lege* (seul peut être puni celui qui a commis un acte déclaré punissable par les termes exprès d'une loi), et la règle : *Nulla pœna sine lege* (seule la peine prévue par la loi peut être prononcée).

Il importe peu que l'acte soit répréhensible, nuisible à la collectivité, c'est-à-dire qu'il constitue un tort dans un sens matériel ; ce qui est décisif, c'est qu'une loi déclare cet acte punissable.

C'est la conception formaliste qui l'emporte.

Aux premiers temps de cette idéologie, on exigeait que le juge s'en tînt le plus strictement possible au texte de la loi.

Toute interprétation lui était interdite ; il ne devait appliquer la loi que d'une manière pour ainsi dire automatique.

On va même jusqu'à menacer de peine le savant qui, sans permission spéciale des autorités, entreprend d'écrire sur l'interprétation des lois.

Afin d'exclure toute liberté du juge, on lui interdit aussi de déterminer la peine en tenant compte des circonstances du cas particulier ; la loi ne prévoit en effet que des peines fixées d'une manière absolue.

Citons comme exemple le Code pénal français de 1791 et le Code pénal suisse de 1800.

Cette tendance s'explique et par les graves abus commis dans la justice répressive dans les temps passés, et par les doctrines des droits fondamentaux de l'individu et la théorie de Montesquieu sur la séparation des trois pouvoirs : pouvoir législatif, pouvoir judiciaire et pouvoir exécutif.

On estimait que toute interprétation d'une loi constituait déjà un empiétement du pouvoir judiciaire sur le domaine de la législation.

Mais, par la suite, on s'est éloigné de plus en plus de cette conception extrême, jusqu'à parvenir à une conception presque diamétralement opposée, bien que la grande majorité des États civilisés maintiennent encore l'axiome *Nullum crimen sine lege* dans leur Code pénal, et certains même dans le texte de leur constitution ; en même temps, les États conservent les droits dits fondamentaux dans la forme devenue traditionnelle depuis l'époque de la Révolution française.

Cette évolution se poursuit par trois voies différentes, à savoir : l'interprétation de la loi d'après son sens, l'introduction dans la loi de définitions légales largement conçues et de clauses générales, et, enfin, l'octroi au juge d'une large liberté dans la détermination de la peine.

1° On reconnaît d'abord que le juge ne peut être lié au texte strict de la loi et qu'il doit au contraire, si les lois doivent atteindre leur but, les interpréter suivant leur sens et leur objet.

2° La manière dont les lois modernes définissent les éléments constitutifs d'un crime porte encore une plus grave atteinte à cette interdiction. On croyait à l'origine qu'il était possible d'établir des normes liant étroitement le juge, en décrivant d'une manière abstraite les éléments des actes incriminés.

Mais on ne tarda pas à reconnaître que sous de simples expressions, descriptives en apparence, se cachait en réalité une appréciation des faits quant à leur valeur, et que par conséquent le juge devait apprécier la valeur des faits pour pouvoir appliquer la loi.

Dès lors, on applique consciemment et dans une mesure de plus en plus large des définitions de ce genre, que le juge doit étoffer pour arriver au but idéal, qui est d'embrasser aussi complètement que possible tout tort d'un genre déterminé.

Plus la définition des éléments d'un crime est large et vague, plus l'interdiction de l'analogie perd d'efficacité.

Si les définitions légales sont conçues conformément à l'usage qui se répand de plus en plus, le juge n'a plus besoin de procéder par analogie.

Et pourtant, on n'a jamais mis en doute que de telles lois soient conformes à la constitution de l'État dont elles émanent, ni affirmé qu'elles soient en contradiction avec les droits fondamentaux.

3° Quant à la détermination de la peine, on sait qu'actuellement la plus grande latitude est laissée au juge.

Nombreuses sont les lois pénales qui laissent au juge le choix entre deux ou même plusieurs sortes de peines.

Elles tracent, en outre, des limites très larges dans lesquelles le juge a la faculté de fixer la peine.

Ainsi, l'axiome *Nulla pœna sine lege* est devenu une prescription purement formelle ; et pourtant on n'a jamais osé prétendre sérieusement que cette liberté laissée au juge dût être considérée comme une violation des principes constitutionnels.

Une étude de droit comparé ferait clairement ressortir les diverses étapes d'une évolution dont nous n'avons pu donner qu'un exposé succinct, et fournirait une ample documentation à cet égard. Mais je ne veux pas abuser de votre patience. Je me bornerai à citer quelques exemples qui me paraissent assez caractéristiques.

Pour ce qui est des clauses générales et de la méthode suivie pour définir les éléments des délits, on en trouve des exemples dans la législation de presque tous les pays.

D'après le Code pénal allemand, *texte du* 15 *mai* 1871 (!), le fait d'entreprendre un acte de haute trahison est déjà punissable. Mais est également puni de travaux forcés, d'emprisonnement ou de détention jusqu'à trois ans, celui qui « prépare » une entreprise de haute trahison (ancien texte du par. 86).

Le paragraphe 89 menace de peines sévères tout Allemand qui, avec préméditation, pendant une guerre dirigée contre le Reich allemand, prête assistance à une Puissance ennemie, ou cause un préjudice à la force militaire du Reich allemand ou de ses alliés.

Toute description précise de ces différends fait défaut dans le paragraphe en question.

En Angleterre, les sources juridiques sont les lois (*statutes*) *et* le *common law.*

Les définitions légales des crimes les plus fréquents, tels que vols, brigandage, escroquerie, etc., ont été établies par la loi au cours des cent dernières années. Mais, jusqu'à ce jour, le meurtre est un crime du *common law*.

Il va de soi que le principe *Nullum crimen sine lege* ne peut s'appliquer aux crimes du *common law*. Aujourd'hui ces crimes se trouvent aussi clairement définis par la tradition que si la définition était établie par une loi.

Jusqu'au début du XIXme siècle environ, les définitions de ces crimes ont été développées exclusivement par la jurisprudence, qui devait naturellement se servir à cette fin du moyen de l'analogie.

Assurément, on ne le disait pas *expressis verbis*, mais on le faisait implicitement en interprétant les termes des décisions antérieures. Prenons un exemple.

Il y a meurtre seulement dans le cas où l'acte a été accompli avec *malice aforethought*.

Cela ne signifie pas une espèce particulière de préméditation, mais le fait que l'acte a été accompli dans des circonstances qui révèlent les symptômes ordinaires d'une mentalité vilaine et basse.

Pour donner une réponse à la question de savoir si, dans un cas déterminé, il y avait *malice aforethought*, on a dû appliquer par analogie une série de décisions antérieures.

Les statuts modernes contiennent un grand nombre d'éléments descriptifs ; ils peuvent et doivent, par conséquent, être interprétés strictement.

Il en allait autrement dans les anciens statuts, comme par exemple dans le statut de haute trahison de 1352, qui parle uniquement de « *imagine and compass the death of the King* » ; cette définition étroite rendait nécessaire, afin de pouvoir punir d'autres actes de haute trahison, de procéder par la voie de constructions et d'analogies.

Ces constructions, il est vrai, ont été légalisées par des statuts plus récents, mais l'ancien statut reste toujours, ne fût-ce qu'à côté des nouveaux, la base de l'acte d'accusation.

Le *Incitement to Mutiny Act* de 1797 rend passible de peine l'intention d'inciter des personnes militaires à manquer à leurs devoirs *et* à la fidélité. Le *Incitement to Disaffection Bill* de 1934 étend la punissabilité aux actes qui tendent à induire des personnes militaires à manquer à leurs devoirs *ou* à la fidélité.

Il déclare punissable, en outre, la simple possession d'un écrit moyennant lequel un tel acte doit être tenté.

On a vivement critiqué en Angleterre les formules extrêmement larges de cette loi, et on a fait valoir au Parlement que, d'après la loi, la simple possession de la Bible pourrait, dans certaines circonstances, entraîner une accusation.

Cette loi montre d'une façon particulièrement significative jusqu'à quel degré le législateur anglais, au moyen de la technique législative, autorise le juge à empiéter sur les droits individuels, et cela malgré l'axiome *Nullum crimen sine lege.*

Pour ce qui est de l'Autriche, le paragraphe 58 du Code pénal du 24 mai 1852 menace des peines les plus graves celui qui « entreprend une chose » qui tend « à modifier par la force la forme du gouvernement, à séparer de l'État une partie de son territoire, à provoquer ou à augmenter un danger extérieur, ou à provoquer à l'intérieur une insurrection ou une guerre civile, — peu importe que cela se produise ouvertement ou clandestinement, par la parole, par écrit ou par un autre acte, de quelle nature qu'il soit, accompli dans cette intention, même si cet acte n'a pas eu de résultat ».

On remarquera que le législateur a renoncé à une description de l'acte, et qu'à la fin de la disposition il a introduit une clause générale. Il faut noter que ce paragraphe est toujours en vigueur. Et pourtant le Code pénal proclame solennellement le principe *Nullum crimen sine lege*, et la loi constitutionnelle de 1867 proclame les droits fondamentaux.

Dans le paragraphe 34 de la loi militaire de 1925, on trouve une définition légale particulièrement large : « Qui, sans y être dûment autorisé, constitue une force armée ou une organisation de nature à pouvoir être transformée en force armée, ou qui recrute des formations qui peuvent être armées, ou qui prépare un tel recrutement, sera puni pour crime, si son acte ne comporte pas de peine plus sévère, d'un emprisonnement allant d'un an jusqu'à cinq ans. »

Que signifie l'expression « recruter des formations » ? Il n'est point nécessaire que les formations soient armées ; il suffit qu'elles puissent l'être.

Enfin, les préparatifs du recrutement constituent déjà un acte punissable.

Les États-Unis d'Amérique peuvent être considérés en un certain sens comme le pays d'origine du principe *Nullum crimen sine lege.*

Pourtant, on trouve dans la loi pénale de New-York (art. 675), et pareillement dans la législation de bon nombre d'autres États, la disposition suivante : « Quiconque commet sciemment un acte par lequel se trouve gravement lésée la personne ou la propriété d'autrui, ou qui sérieusement trouble ou met en danger la paix ou la santé publiques, ou qui attente publiquement à la décence, est — à moins qu'une autre peine ne soit prescrite expressément par le Code — considéré comme ayant commis une contravention. »

Il s'agit ici d'une clause générale absolument typique, aussi large que possible.

On la justifie en alléguant que, de cette façon, l'élasticité du *common law* a passé dans la législation.

Le Code pénal italien du 19 octobre 1930 contient nombre de définitions légales très largement conçues.

J'en citerai seulement quelques exemples.

Article 246 : « Un ressortissant qui se laisse corrompre par un étranger ou se fait promettre de l'argent ou un autre avantage quelconque pour qu'il entreprenne des actes contraires aux *intérêts nationaux*, sera puni d'un emprisonnement de trois à dix ans et d'une amende pouvant aller jusqu'à vingt mille lires. »

Article 264 : « Celui qui, ayant reçu un mandat du Gouvernement italien le chargeant de traiter des affaires d'État à l'étranger, *se montre infidèle* à ce mandat, est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au minimum. »

La notion d'infidélité, qui n'est nullement explicative, fait partie de la définition légale.

On pourrait objecter que l'Italie est un État autoritaire.

Mais l'article premier du Code pénal dispose : « Nul ne peut être puni pour un acte qui n'est point déclaré punissable *en termes exprès* par la loi, ni frappé de peines qui ne sont point déterminées par la loi. »

Le principe *Nullum crimen sine lege* est donc proclamé sous sa forme la plus radicale, ce qui s'explique par la conception fasciste du droit et de l'État.

Il est très intéressant de voir que l'interdiction la plus rigoureuse de l'analogie et des définitions légales très largement conçues se trouvent dans une seule et même loi.

Il ressort de là qu'on ne peut attribuer à l'interdiction de l'analogie qu'une valeur restreinte.

L'article 23 de la Constitution du Japon du 11 février 1889 prescrit que des condamnations ne sont admissibles qu'en conformité avec les lois.

Or, le paragraphe premier de la loi destinée à maintenir l'ordre public, de 1925, dispose : « Quiconque, dans l'intention de renverser la constitution de l'État, crée une organisation politique ou travaille en qualité de chef d'une telle organisation ou participe à la direction de celle-ci, sera puni de mort ou de travaux forcés à perpétuité, ou de prison ou de travaux forcés de cinq ans au minimum. »

Passons à la Suisse.

La loi sur la police du canton d'Argovie du 19 février 1866 supplée le Code pénal et est applicable lorsque l'acte, eu égard à sa nature ou aux circonstances concomitantes, n'est point passible de peine criminelle.

Cette loi menace de peine « les atteintes à l'honneur, attaques corporelles contre les personnes, violations de la propriété publique

ou privée, préjudices causés par abus de confiance, et délits contre la paix, l'ordre, la sécurité et la moralité publics ».

Les torts qui doivent être punis sont uniquement désignés par les mots que je viens de citer. La loi ne contient absolument aucune définition concrète. Pourtant, la Constitution d'Argovie (art. 19) pose le principe *Nullum crimen sine lege.*

C'est pourquoi nombre de personnes condamnées en vertu de cette loi se sont pourvues en cassation devant la Cour fédérale en invoquant une violation de la Constitution.

Mais cette juridiction suprême de la Suisse a déclaré à plusieurs reprises que, malgré le principe *Nullum crimen sine lege,* le législateur est libre de donner les définitions légales par la simple désignation du délit au moyen d'un terme technique, qu'il peut renoncer à formuler une définition légale plus exacte, qu'il peut se contenter d'établir des catégories générales de crime.

Rappelons seulement les arrêts de la Cour fédérale du 30 mars 1883, du 3 mai 1889, et du 24 janvier 1890.

Cette manière de voir donne au juge la liberté la plus large que l'on puisse imaginer. On ne saurait plus parler d'une protection des droits fondamentaux, garantis par la Constitution du canton d'Argovie, par le principe *Nullum crimen sine lege.*

Or, c'est la Cour suprême de la libre Helvétie, juridiction jouissant d'un prestige dépassant largement les frontières du pays, qui interprète la règle *Nullum crimen sine lege* de cette façon.

Enfin, pour ce qui est de la Norvège, le paragraphe 96 de la Constitution dispose : « Nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi, ni puni si ce n'est en vertu d'un jugement. »

Le Code pénal du 22 mai 1902 ne contient aucune disposition correspondant au paragraphe 96.

Kjerschow, le procureur général du Royaume, dans son commentaire sur le Code pénal de Norvège (*Almindelig Borgerlig Straffelov,* Oslo, 1930, p. 7) reproduit une déclaration faite en 1887 par le professeur de droit pénal norvégien M. Getz et où il dit, en ce qui concerne la non-insertion du principe *Nullum crimen sine lege* dans la loi pénale :

« Eu égard aux paragraphes 96 et 97 de la Constitution, on doit considérer comme superflu d'insérer dans notre Code pénal une disposition correspondante.

« La pratique, il est vrai, n'a pas interprété le paragraphe 96 de la Constitution en ce sens qu'il contiendrait une interdiction absolue de l'analogie en droit pénal (Aschehoug, *Norges offentlige Ret,* t. III, pp. 15-17) ; mais, si même cette interprétation devait — ce qui pourrait paraître douteux — être maintenue à l'avenir, il n'en résulterait aucun préjudice contre lequel on dût se défendre.

« Car on peut être convaincu, d'une part, qu'en aucun cas les tribunaux ne procéderont à une application par analogie sans des raisons particulièrement puissantes, et, d'autre part, que dans toute législation pénale se montrera telle ou telle lacune, qui peut être comblée sans inconvénient de cette façon et qui, si elle n'était point comblée, entraînerait des conséquences extrêmement fâcheuses. »

Nous avons déjà parlé de la punissabilité des actes préparatoires.

Nous avons maintenant à considérer brièvement la punissabilité de la tentative.

Le principe *Nullum crimen sine lege* conduit presque forcément à faire déterminer par la loi toutes les conditions de la punissabilité d'un acte, de telle façon qu'il ne soit laissé à l'interprétation qu'un champ aussi restreint que possible.

Mais on s'est toujours borné à appliquer le principe *Nullum crimen sine lege* exclusivement à la définition légale des actes incriminés, c'est-à-dire à la description d'attitudes déterminées, telles que les codes pénaux les contiennent dans leur seconde partie, dite partie spéciale.

Toutefois, en général, la tentative d'un crime est également punissable. Mais qu'est-ce que la tentative ?

Les codes pénaux s'efforcent de tracer la limite — très difficile à fixer — qui sépare les actes préparatoires non punissables en général, d'une part, et la tentative punissable, d'autre part, moyennant une formule abstraite. Toute formule de ce genre laisse un large champ à l'interprétation dans chaque cas particulier.

Vainement le droit français a cru pouvoir fixer une limite claire en établissant comme condition de la tentative punissable le commencement d'exécution.

Le Code pénal autrichien de 1852, dans son paragraphe 8, exige un acte propre à aboutir à l'exécution effective.

Un exemple vous montrera, Messieurs, dans quelle large mesure les limites de la punissabilité dépendent de l'interprétation.

Dans un district de chasse richement peuplé de faisans, quelques hommes armés de fusils, aux visages noircis, ont été surpris pendant la nuit sur un chemin.

La Cour de cassation autrichienne déclare que la condamnation de ces hommes du chef de tentative de braconnage est conforme à la loi.

Récemment, on s'est surtout basé sur les éléments d'ordre subjectif pour définir la tentative.

C'est ainsi que l'article 238 (1) du Code pénal polonais du 15 juillet 1932 déclare punissable, du chef de tentative, quiconque manifeste son intention de commettre un crime en accomplissant un acte qui tend directement à réaliser cette intention.

La formule large de la loi rend nécessaire l'usage, dans la décision des cas particuliers, du moyen de l'interprétation.

La question du délit impossible a également trait au problème de la tentative, question au sujet de laquelle on a écrit tant d'ouvrages qu'on en pourrait remplir une petite bibliothèque.

Bien que le problème soit donc parfaitement connu, de nombreux codes pénaux ont renoncé à formuler des prescriptions pour des cas de ce genre. Vous connaissez tous le cas de la jeune fille qui se croit, par erreur, enceinte et fait une tentative d'avortement, ou celui de la femme enceinte qui, dans la même intention, emploie un moyen absolument inapproprié, ou celui du pickpocket plongeant la main dans une poche qui, contre toute attente, est vide, ou enfin le cas du tireur qui fait feu sur un tronc d'arbre dans lequel il croit reconnaître son ennemi mortel.

Si la loi ne parle pas de ces cas mais en abandonne la décision à la jurisprudence, la conséquence en est que le juge doit dériver de l'ensemble des dispositions de la loi les principes dont elle s'inspire, et qu'il doit juger suivant ces principes.

Il ne peut même recourir à des dispositions donnant des règles pour des cas analogues.

Il en est de même lorsque la loi s'abstient de définir les modalités de la faute.

C'est une question qui a été souvent discutée que celle de savoir si quelqu'un peut se rendre coupable d'un crime par le fait d'une simple omission, bien que cela ne soit pas dit en termes exprès dans la loi.

Par exemple, un assassinat peut-il être commis par quelqu'un qui, étant à même d'empêcher par son action la mort d'un tiers, aurait omis d'agir ?

La grande majorité des lois est muette à ce sujet. La doctrine et la jurisprudence seules ont développé les principes selon lesquels la question est décidée.

Mais il n'importe pas seulement de considérer les conditions positives de la punissabilité ; il importe aussi d'en considérer les conditions négatives.

Il n'y a point punissabilité lorsque l'auteur de l'acte agit en état de nécessité.

Le Code pénal autrichien de 1852, dans son paragraphe 2, parle d'actes accomplis sous la pression d'une contrainte irrésistible.

Peut-on dire qu'une limite fixe se trouve ainsi tracée ?

Ou ne faut-il pas plutôt reconnaître que, dans ces cas, le juge ne peut statuer que d'après une appréciation des faits pour laquelle la loi ne lui fournit que des indications vagues ?

Il serait absolument faux d'objecter qu'il ne s'agit pas ici de constater la punissabilité, mais au contraire de déterminer les raisons qui l'excluent.

Car, chaque fois que le tribunal nie l'existence d'un état de nécessité, il *affirme* par là même la punissabilité.

Du point de vue de la liberté individuelle, il revient au même que la punissabilité dépende d'un doute sur l'existence de tous les éléments requis par la définition légale, ou d'un doute sur l'existence d'une cause de non-culpabilité.

De même que de nombreux autres codes pénaux, le Code pénal polonais, dans son article 22, s'est efforcé de donner une définition de l'état de nécessité.

Dans le paragraphe 3 de cet article, il nie l'existence d'un état de nécessité lorsque l'objet lésé a une valeur manifestement plus grande que l'objet pour la protection duquel l'acte a été accompli. Toutefois, la loi n'établit point d'échelle de valeurs.

Comment décider lorsque la liberté se trouve en conflit avec la propriété, l'honneur avec la liberté, la santé ou la vie ?

En outre, le paragraphe 2 de l'article 22 dispose que ne se trouve point en état de nécessité celui qui s'expose à des dangers en raison d'un *devoir spécial.*

Le paragraphe ne parle *point* d'un devoir résultant d'une disposition légale.

Est-ce le membre d'un corps de pompiers volontaires, le guide en montagne, est-ce aussi le compagnon d'ascension, le camarade de travail, qui ont le devoir spécial d'affronter certains dangers ?

Affirmer le devoir spécial, c'est affirmer la punissabilité, et pourtant on n'a jamais vu dans le juge appelé à statuer sur de telles questions le juge-roi au mauvais sens du mot, on n'a jamais vu dans une pareille sentence une ingérence défendue de la magistrature dans le domaine du législateur ou une atteinte aux droits individuels.

Et pourtant le juge ne peut dériver sa sentence que des conceptions fondamentales sur lesquelles repose l'ensemble du système juridique.

Particulièrement remarquable est la législation du Danemark, monarchie constitutionnelle et parlementaire.

La Constitution du Royaume, du 5 juin 1915, déclare dans son article 71 que les juges dans l'exercice de leurs fonctions ne sont soumis qu'à la loi ; elle proclame dans ses articles 78 à 86 les droits dits fondamentaux, notamment le droit de chacun d'exprimer ses opinions par la voie de la presse, sous réserve d'en répondre devant les tribunaux.

Tant l'ancien Code pénal du 16 février 1866 que le Code pénal en vigueur admettent en termes exprès l'application de l'analogie ; il en est de même des projets d'un code pénal de 1912 et de 1917, et dont l'un a eu pour auteur le célèbre criminaliste et ancien ministre de la Justice M. Torp.

Le Code pénal danois du 15 avril 1930, qui a été adopté avec l'assentiment de tous les partis à une époque où un ministre

appartenant au parti social-démocrate était président du Conseil, dispose dans son article premier (je cite la traduction française publiée par le procureur général danois M. Goll) : « Tombe seul sous le coup de la loi un acte dont le caractère punissable est prévu par la législation danoise ou une action entièrement assimilable à un tel acte. »

Par cette prescription, l'analogie se trouve clairement admise et reconnue. En effet, elle se borne à stipuler que l'acte qui n'est point décrit comme punissable dans la loi peut être assimilé à un acte punissable.

Mais elle n'indique pas les critères dont cette assimilation doit dépendre.

On peut sans doute trouver ces critères dans la similitude extérieure de l'acte en question et de l'acte déclaré expressément punissable.

On pourrait voir le critère décisif dans le fait que l'idée de droit sur laquelle la définition de l'acte déclaré punissable est basée s'applique également à l'acte en question.

On peut même fonder l'assimilation sur un principe général de droit s'appliquant de la même façon à l'un et à l'autre acte, bien que ce principe n'ait trouvé une expression claire ni dans une loi pénale ni dans une autre prescription légale.

Dans ce dernier cas, la prescription de l'article premier irait même plus loin que le nouveau paragraphe 2 du Code pénal de Dantzig. Mais même si l'on rejette l'interprétation la plus large de cette disposition qui constituerait une pure analogie de droit (*reine Rechtsanalogie*), ce qui paraît être en général le cas au Danemark, on doit considérer comme reconnu le genre d'analogie d'après laquelle un acte est jugé assimilable à un crime et partant punissable, lorsque l'idée qui a inspiré l'auteur d'une loi pénale est applicable.

Si l'on songe que la Constitution danoise connaît les droits fondamentaux, la loi danoise revêt une importance toute particulière en ce qui concerne la critique soulevée contre la constitutionnalité des décrets-lois de Dantzig.

En ce qui concerne la détermination de la peine, nous avons vu les grandes lignes de l'évolution.

Permettez-moi de donner quelques exemples afin de caractériser l'état actuel de la législation.

Le Code pénal norvégien du 22 mai 1902 connaît deux espèces de peines privatives de la liberté : la prison et la détention (par. 15).

Il peut être infligé une peine d'emprisonnement de vingt et un jours à quinze années (en certains cas à vingt années) ou à perpétuité. La loi laisse très fréquemment au juge le droit de choisir l'espèce de peine, et elle menace un acte par exemple d'une peine d'emprisonnement jusqu'à cinq années (par. 110, 1), ou bien d'une peine d'emprisonnement qui ne sera pas inférieure

à deux ans (par. 110, 2), d'un emprisonnement jusqu'à huit ans (par. 158), d'une détention ou d'un emprisonnement jusqu'à cinq ans (par. 101).

Le juge est libre de choisir, par exemple, entre un minimum de vingt et un jours et un maximum de huit ans, ou entre un minimum de deux ans et un maximum de quinze ans.

Le Code pénal polonais, dans son article 225, paragraphe 1, dispose : « Celui qui tue un homme est puni d'une peine de prison qui ne peut être inférieure à cinq ans, ou d'un emprisonnement à perpétuité, ou de la mort. »

Mais nous ne voulons pas nous étendre plus longuement sur ce sujet, car l'évolution a dépassé ce stade et a abouti à une série de lois où le législateur a renoncé à déterminer d'une façon quelconque la durée de la peine, et où il n'exige même plus que le juge fixe la durée de la peine dans la sentence.

Il abandonne plutôt à une autre autorité, qui n'est pas toujours une autorité judiciaire, le soin de décider, d'après les résultats que donne l'exécution de la peine, si le prisonnier doit être libéré ou retenu.

Nous faisons allusion à la condamnation indéterminée (*indeterminate sentence*), qui est particulièrement en usage aux États-Unis d'Amérique, mais qui n'est nullement limitée à ce pays.

La loi autrichienne sur les tribunaux de jeunesse du 18 juillet 1928, par exemple, la connaît également.

De pareilles condamnations indéterminées ont été maintes fois attaquées aux États-Unis d'Amérique comme ayant un caractère non constitutionnel, mais sans succès. On a notamment repoussé l'argument qui consiste à dire que la condamnation indéterminée viole les droits constitutionnels du condamné. Je renvoie du reste à la collection de textes que j'ai l'honneur de présenter à la Cour.

Le Code pénal norvégien occupe une position intermédiaire entre la condamnation déterminée et la condamnation indéterminée. D'après ce code, les criminels récidivistes doivent tout d'abord être condamnés à une peine plus sévère que les criminels ordinaires.

Mais si, en raison de la nature des crimes, de leurs mobiles ou de la mentalité qu'ils révèlent, ces criminels doivent être considérés comme particulièrement dangereux pour la société, ou pour la vie, la santé ou le bien-être de particuliers, alors la sentence peut déclarer que le condamné pourra être retenu en prison aussi longtemps que cela paraîtra nécessaire ; toutefois, une fois purgée la première peine, la prolongation ne pourra dépasser le triple de celle-ci et en aucun cas dépasser de plus de quinze ans la durée de la première peine. (Ces dispositions du Code pénal norvégien de 1902 ont été modifiées par une loi du 22 février 1929, qui contient des règles plus détaillées.)

A part l'incertitude sur la durée de la détention, il y a ici un autre facteur qui présente une très grande importance pour notre exposé.

L'extension de la privation de liberté au delà du terme fixé dans la sentence ne se fonde plus sur un acte déterminé, mais sur le danger que présente la personne du criminel ; on peut conclure à un tel danger des mobiles des crimes commis, ou de la mentalité du criminel, c'est-à-dire de circonstances purement subjectives, mais non de définitions légales au sens du principe *Nullum crimen sine lege.*

Ces dispositions de la loi norvégienne ont été reconnues comme constituant un progrès important, et elles ont d'ailleurs servi d'exemple à d'autres lois et projets de loi.

Elles nous amènent à considérer les mesures de sûreté. La théorie du droit pénal distingue entre peines et mesures de sûreté.

Tandis que les premières sont un mal *voulu*, infligées à la suite d'un acte criminel, les dernières, bien qu'entraînant une perte de la liberté, sont uniquement destinées à assurer la protection contre une personne dangereuse.

L'application de mesures de sûreté ne présuppose pas de culpabilité au sens du droit pénal.

Dans la législation des derniers temps, la distinction entre peines et mesures de sûreté est généralement acceptée, surtout depuis qu'ont été élaborés en Suisse les projets de lois pénales dus au génie de Karl Stooss, le célèbre maître de droit pénal.

Il est cependant sans importance pour notre exposé qu'une mesure privative de la liberté soit appelée mesure de sûreté ou peine, si importante que cette distinction puisse être à d'autres points de vue. D'après le *Prevention of Crime Act* anglais de 1908, la détention préventive doit être infligée aux criminels habituels lorsqu'il paraît opportun — en raison de leurs habitudes criminelles et de leur façon de vivre — de les détenir pour plusieurs années, afin de protéger la société.

La durée de cette détention est limitée à un minimum de cinq ans et un maximum de dix ans, mais n'est point fixée d'avance dans la sentence.

Le Code pénal polonais traite des mesures de sûreté dans son chapitre 12.

Si quelqu'un, ayant commis un acte passible d'une peine, est déclaré non punissable (par exemple pour raison d'irresponsabilité), mais si sa mise en liberté constitue un danger imminent pour l'ordre social, le tribunal ordonne qu'il soit détenu pendant un temps déterminé dans un établissement fermé.

Il peut être congédié au plus tôt après une année.

Il peut être retenu dans cet asile pendant toute sa vie, s'il continue à être dangereux pour la société (art. 79 et 81).

Les individus ayant récidivé trois fois et, en outre, les criminels professionnels et habituels sont, après avoir purgé leur peine, transférés dans un établissement pour incorrigibles lorsque le fait de leur mise en liberté constituerait un danger pour l'ordre social.

La détention de ces individus dure aussi longtemps qu'il est nécessaire pour prévenir ce danger, et au moins cinq ans.

Ces mesures aboutissent donc à une privation, illimitée en principe, de la liberté, et cela bien que la peine ait été purgée.

La détention de sûreté constitue une atteinte plus grave à la liberté de l'individu que la grande masse des peines.

Du point de vue de la protection de la liberté individuelle, on devrait exiger que les conditions préalables auxquelles est subordonnée la détention de sûreté soient délimitées d'une façon particulièrement nette.

Or, nous voyons que c'est précisément le contraire qui se passe. Le besoin pressant de protéger la société s'est révélé plus fort.

D'après le *common law* anglais, le magistrat peut exiger d'une personne une caution garantissant qu'elle ne troublera point la paix publique (*keeping the peace*) ou qu'elle se conduira bien (*be of good behaviour*), si les actes ou discours de cette personne lui ont donné la conviction qu'elle troublera probablement la paix publique.

Si la caution n'est point fournie, une détention allant jusqu'à six mois peut être ordonnée (il ne s'agit pas d'une peine, mais d'une pure mesure préventive).

Cependant, ces règles montrent d'une façon particulièrement significative combien l'Angleterre elle-même va loin dans les empiétements sur la liberté de l'individu, et combien est grande la liberté d'appréciation laissée aux autorités.

Je me permets de rappeler la décision Landsbury v. Kiley, où le tribunal, invoquant le principe fameux *Salus populi suprema lex*, a déclaré : « L'application de ce principe entraîne parfois la conséquence que ces droits individuels doivent être sacrifiés ou restreints dans l'intérêt de la collectivité. »

Ces nombreux exemples — qu'on pourrait facilement multiplier — démontrent donc la vérité de ce que nous avons affirmé : La fonction que l'on attribuait d'abord au principe *Nullum crimen sine lege* est largement paralysée par des définitions légales vagues et imprécises, par l'introduction dans les définitions légales de critères qui exigent une appréciation subjective, et par des clauses générales.

On ne saurait cependant perdre de vue que l'atteinte à la liberté individuelle n'est pas subordonnée à la condition seule que l'acte incriminé rentre dans la définition légale du délit.

La sentence qui décide du sort de l'accusé dépend également de la question de savoir s'il y a préméditation ou non, s'il y a

tentative punissable ou seulement acte préparatoire, ou s'il y a état de nécessité.

Pour toutes ces questions où les lois présupposent que les notions pertinentes sont connues, elles ne fournissent au juge qu'un critère d'appréciation, ou même elles se bornent à l'inviter à apprécier la valeur de l'acte, sans lui fournir un critère quelconque.

Le juge possède en outre la plus grande liberté dans la détermination de la peine : il peut choisir une peine de plusieurs semaines et une peine de plusieurs années d'emprisonnement, bien que pour nombre d'accusés il paraisse plus important de savoir, non pas s'ils seront acquittés ou condamnés, mais s'ils auront à subir un emprisonnement de courte ou de longue durée.

Enfin, nous avons vu qu'à l'heure actuelle un grand nombre d'États, notamment l'Angleterre, ont promulgué des lois suivant lesquelles la privation de la liberté, d'une longue durée et même d'une durée illimitée, peut être ordonnée pour la seule raison que la personne dont il s'agit est récidiviste, dangereuse, ou qu'elle est un criminel habituel ou professionnel.

Dans de pareils cas, ce n'est pas une définition légale, à laquelle le juge serait obligé de se tenir, mais un jugement sur la valeur de la personne, un pronostic, qui constitue la base d'une décision envoyant le malfaiteur dans un établissement pour une période susceptible de durer toute la vie.

Si l'on se représente bien tout cela, la liberté clairement circonscrite, accordée au juge par le paragraphe 2 du Code pénal de Dantzig, ne renverse aucunement les fondements du droit pénal, mais est due à une réforme partielle du droit pénal, réforme qui correspond à l'évolution générale et qui, par les effets qu'elle produit en réalité dans l'administration de la justice, doit être considérée même comme une innovation relativement très modeste.

Si l'on tient compte des clauses générales et de la nouvelle méthode par laquelle on définit les éléments d'un crime, si l'on considère la liberté donnée au juge statuant sur la question de la tentative ou l'existence d'un état de nécessité ou déterminant la durée des peines, ainsi que son pouvoir d'ordonner des mesures de sûreté, l'interdiction de l'analogie, qui ne vaut que pour un domaine se rétrécissant de plus en plus, apparaît comme fossile dans la législation moderne.

Le remaniement du paragraphe 2 du Code pénal de Dantzig ne peut d'ailleurs être caractérisé en aucune façon comme établissant un principe diamétralement opposé au principe *Nullum crimen sine lege*, ainsi qu'on l'a prétendu à Genève (p. 13, al. 3).

On arriverait au principe diamétralement opposé si l'on remplaçait le Code pénal par la seule phrase : Si quelqu'un par sa conduite porte préjudice à la communauté, le juge prend les

dispositions qui conviennent, — proposition qui a d'ailleurs été faite autrefois par M. Zürcher, membre du Conseil national suisse et professeur de droit pénal, dans son ouvrage « Les nouveaux horizons du droit pénal ».

On peut être incliné à ne pas prendre au sérieux une telle proposition.

C'est pourquoi je me permets de renvoyer aux lois pénales de l'Union des Républiques socialistes soviétiques.

Les « principes concernant la législation pénale » de 1919 ne connaissaient aucune définition légale, donc aucune « partie spéciale » du Code pénal.

D'après l'*Ugolovnji Kodex* de 1926, tout acte dangereux pour la société peut déclencher des « sanctions ».

On parle de sanctions parce que le Code soviétique ne connaît pas le terme de peine. L'article 6 dispose : « Est dangereux pour la société tout acte ou omission dirigé contre les principes de l'organisation soviétique et qui menace l'ordre juridique établi par le gouvernement des ouvriers et paysans pour la période de transition à traverser jusqu'à la réalisation de l'objectif final du communisme. »

Si, à côté de cette règle, le Code donne certaines définitions légales, celles-ci n'ont que la valeur d'exemples.

C'est ce qui apparaît d'une façon particulièrement nette dans le projet de Krylenko.

Ici nous avons, en réalité, un système qui s'oppose diamétralement au principe *Nullum crimen sine lege.*

Cette courte évocation du droit soviétique met en pleine lumière l'énorme distance qui — tant en théorie qu'en pratique — sépare le nouveau paragraphe 2 du Code pénal de Dantzig de la législation soviétique, — distance incomparablement plus grande que celle qui existe entre l'ancien et le nouveau texte du paragraphe 2.

En effet, le droit russe ne connaît que la clause générale de l'acte dangereux pour la société ; lorsque et pour autant qu'il donne des définitions légales, elles ne lient le juge en aucune façon.

Mais il en va tout autrement du nouveau texte du paragraphe 2.

Le nouveau texte du paragraphe 2 consacre tout simplement, par une déclaration légale formelle, le résultat de l'évolution que nous venons d'exposer.

L'autorisation d'appliquer par analogie une loi pénale ne donne nullement au juge, appelé à qualifier de punissable un acte déterminé, une liberté plus grande que celle qui lui est conférée par une certaine méthode de définir les éléments du crime et par des clauses générales.

Si l'on voulait objecter qu'alors on n'aurait nullement besoin de l'analogie, on pourrait répliquer que maintes définitions légales traditionnelles répugnent à la nouvelle technique législative, et

qu'en tout cas on rencontre encore dans le Code pénal en vigueur nombre de définitions légales formulées suivant l'ancienne technique législative.

Ceci vaut particulièrement pour le groupe des crimes et délits contre les propriétés.

D'autre part, ce serait émettre une assertion absolument inexacte et susceptible d'induire en erreur que d'affirmer que le nouveau paragraphe 2 supprime toute limite légale en ce qui concerne la définition des actes punissables et donne pleine liberté au juge.

Il y a, au contraire, trois limites qui restreignent la liberté du juge, dont deux sont expressément mentionnées dans la loi et dont la troisième ressort du sens de cette loi.

1° L'acte incriminé doit, d'après la saine conviction du peuple, recevoir un châtiment.

La loi renvoie ainsi à la source la plus profonde du droit : l'ordre moral des peuples.

C'est ce que font également les nouvelles prescriptions concernant la procédure lorsqu'elles parlent de leur but, à savoir de contribuer au triomphe de la justice.

Car la justice repose sur les conceptions morales.

Les nouvelles dispositions n'exigent donc nullement que l'on tienne compte de chaque sentiment populaire, par exemple de la demande d'une foule excitée qui réclame la punition d'un acte qu'elle condamne.

Au contraire, ce qui importe seul, c'est la conviction *saine* du peuple, c'est-à-dire une conviction correspondant aux strictes exigences de la morale.

Mais la conviction saine du peuple ne suffit pas pour établir la punissabilité d'un acte.

Elle n'est que la condition préalable permettant au juge de sortir, lors de son examen des faits, du cadre étroit des diverses définitions légales. C'est pour ainsi dire l'appel au sentiment du juge qui l'incite à poursuivre son activité, mais jamais la conviction du peuple ne peut être la seule base d'une punition.

En dépit de cet appel, le malfaiteur reste impuni si la deuxième condition n'est pas remplie.

2° En effet, il faut en outre démontrer que la punition de l'acte incriminé est exigée selon l'idée de droit qui est à la base d'une loi pénale déterminée.

Par là même, la « punissabilité » d'un acte est fondée dans la loi, qui n'est aucunement privée de son caractère de source de droit.

Toute loi pénale, c'est-à-dire toute disposition légale qui menace d'une sanction pénale un acte déterminé, repose sur une idée de droit qui se trouve exprimée dans la loi d'une façon

plus ou moins complète selon la manière dont les éléments constitutifs du crime sont définis par celle-ci.

Des motifs de nature très différente peuvent déterminer le législateur à formuler la définition légale d'une façon telle qu'elle n'embrasse point tous les cas qui devraient être punis d'après l'idée de droit qui est à la base de la loi.

3° Dans tous les cas où l'on peut constater des restrictions de cette espèce, voulues par le législateur, le juge sera toujours obligé d'en tenir compte, par exemple lorsqu'un crime ne peut être commis que par des personnes d'une classe déterminée ou contre des personnes d'un âge déterminé.

C'est seulement dans les cas où l'idée de droit n'a trouvé qu'une expression incomplète dans la définition de l'acte incriminé, soit en raison d'un défaut technique de la loi, soit parce que le législateur n'a point prévu tous les cas possibles, donc lorsqu'il existe des lacunes dans la loi, c'est seulement alors que l'on doit recourir à l'analogie pour assurer le triomphe de la justice et éviter que des criminels rusés ne se jouent du droit.

Le juge qui condamne dans ces circonstances ne crée pas le droit, mais il *puise* ce droit à la source de la loi.

Il n'est pas érigé en législateur, mais lui reste soumis.

Ce que l'on proclame ici, ce n'est pas la « libre création du droit », mais seulement la libre interprétation de la loi.

Je me réfère à ce que j'ai dit en examinant le droit danois : par « analogie pure de droit » ou par « analogie de droit » tout court (*Rechtsanalogie*), on entend le fait d'appliquer un principe qu'on déduit de l'ensemble ou de l'esprit de la législation, sans que ce principe ait été exprimé dans une loi pénale déterminée.

Si l'on adopte cette définition, on est obligé de constater que le paragraphe 2 ne permet point cette analogie de droit.

Car le paragraphe 2 parle expressément de l'idée de droit dont s'inspire une *loi* déterminée, et qui fait apparaître comme digne d'une peine l'acte incriminé ; et le paragraphe 170 *a* du Code de procédure parle de l'application analogue de la loi pénale dont l'idée fondamentale s'applique audit acte.

Toute condamnation prononcée en vertu du nouveau paragraphe 2 repose donc sur des bases au moins aussi solides que la condamnation en vertu d'une définition légale vague ou d'une clause générale.

Toute condamnation de cette espèce est fondée sur la loi, d'abord parce qu'un décret ayant force de loi oblige le juge à prononcer une condamnation, et ensuite parce que le juge déduit de la loi pénale le caractère punissable de l'acte dont il s'agit, en concluant des prescriptions de cette loi à l'idée de droit dont elle s'inspire.

La peine dont est passible celui qui sera condamné conformément au nouveau texte du paragraphe 2 n'est ni plus ni

moins déterminée par la loi que lorsqu'il s'agit d'une condamnation du chef d'un acte tombant directement sous la définition légale.

En effet, le juge doit condamner à la peine prévue par la loi pénale, de l'esprit de laquelle il s'est inspiré, en déclarant l'acte incriminé punissable.

Il convient de renvoyer ici au nouveau paragraphe 267 *a* du Code de procédure pénale.

Si le paragraphe 2 du Code pénal parle de la loi dont l'idée de droit s'applique « le mieux à l'acte », c'est qu'il envisage la possibilité que plusieurs lois pénales spéciales permettraient de considérer l'acte comme punissable.

Dans ces cas, il faut condamner à la peine prévue par la loi qui correspond le mieux à l'acte dont il s'agit.

On ne peut donc prétendre que la peine ne soit pas déterminée d'une façon précise.

---

3. — QUESTIONS POSÉES PAR M. LE JUGE VAN EYSINGA

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 31 OCTOBRE 1935, APRÈS-MIDI.

Mes deux questions ont trait à certains passages de l'exposé fait ce matin par l'agent de la Ville libre, plus spécialement à des passages qui se trouvent vers la fin de cet exposé.

Il s'agit du sens de la première phrase de l'article 2 du nouveau Code pénal dantzikois. Pour le moment, je fais abstraction des mots « *nach gesundem Volksempfinden* », qui sont traduits en français par les mots « bon sens populaire » ; il s'agit du reste de la première phrase, ainsi conçue :

> « Sera puni quiconque commet un acte que la loi déclare punissable, ou qui mérite un châtiment selon l'idée fondamentale d'une loi pénale. »

Le texte allemand est le suivant :

> « Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. »

Dans la première partie de la phrase, « *die das Gesetz* » veut dire « la loi dantzikoise », que ce soit le Code pénal dantzikois ou toute autre loi dantzikoise dans laquelle se trouve une disposition pénale ; cela est clair.

Mais je me suis demandé si le second membre de la phrase ne pourrait pas viser aussi une loi pénale étrangère. L'agent de la Ville libre a cité ce matin des lois danoises, polonaises,

suisses, et les mots « l'idée fondamentale *d'une loi pénale* » sont tout à fait généraux.

Cependant, j'ai remarqué que, dans l'exposé écrit présenté au nom du Sénat de la Ville libre de Dantzig, cela est compris d'une manière plus restreinte. Je lis, à la page 114 : « Il faut en outre démontrer que la punition de l'acte incriminé est exigée selon l'idée de droit qui est à la base *d'une loi pénale déterminée.* »

Le mot « déterminée », qui se trouve dans la deuxième phrase de l'article 2 du Code pénal (« *bestimmtes Strafgesetz* »), ne se trouve pas dans la première phrase, où il est question de l'idée fondamentale d'une loi pénale.

Ce matin, dans son exposé, l'agent de la Ville libre a employé le mot « déterminée » à plusieurs reprises. J'aimerais savoir quel est le sens exact du texte que nous avons sous les yeux.

Cette même notion se trouve pour ainsi dire motivée dans l'un des discours que le Dr Greiser, président du Sénat de Dantzig, a remis au Conseil. Si vous prenez le document [pp. 54-88] où sont reproduits trois articles très intéressants faits par le ministre de la Justice allemand et par de hauts fonctionnaires allemands, vous lisez, à la page 85, la phrase suivante : « Le concept juridique [traduction du mot allemand « *Rechtsgedanke* »] peut avoir un caractère tel qu'il ne paraisse pas possible d'en tenir compte au moyen de l'interprétation — fût-ce par analogie — de la prescription pénale ; il peut aussi se dégager d'une multiplicité de prescriptions pénales qui peuvent en partie se trouver en dehors du domaine du droit pénal. »

Je laisse de côté pour le moment la difficulté qui existe pour moi à comprendre comment des prescriptions pénales peuvent se trouver hors du domaine du droit pénal. Ce qui est clair, c'est que le concept juridique (*Rechtsgedanke*) doit pouvoir se dégager, non pas d'un « *bestimmtes Strafgesetz* », mais d'une multiplicité de prescriptions pénales qui, elles, peuvent se trouver en dehors du droit pénal.

Je résume ma question : Est-ce que l'expression très générale « *eines Strafgesetzes* » est nécessairement liée à un « *Strafgesetz* » dantzikois ? Sinon, faut-il comprendre que l'agent de la Ville libre nous présente ce texte comme se restreignant à « une loi pénale déterminée », alors que, dans un document — qui, apparemment, nous a été remis pour faire l'exposé des motifs de cette loi —, on part d'une idée qui me semble à première vue être beaucoup plus large ?

Ma seconde question se rattache directement à la première. Lorsqu'une loi nouvelle est publiée, non seulement dans mon pays, mais — je le pense — dans un grand nombre, il existe presque toujours un rapport, un exposé des motifs (*Denkschrift*), qui donne tous les éclaircissements désirés par le public

en ce qui concerne la nouvelle loi. Nous n'avons pas reçu un exposé des motifs dantzikois de ce genre. En revanche, nous avons sous les yeux les trois discours que je viens de mentionner. Est-ce que je dois conclure qu'un tel *Denkschrift* n'existe pas — auquel cas il ne pouvait nous être communiqué — ? Ou bien existe-t-il ? Dans l'affirmative, je serais très heureux — et je pense que la Cour l'apprécierait également — de le recevoir.

J'ajoute qu'il n'est pas nécessaire que M. l'agent de la Ville libre donne sa réponse immédiatement.

---

4. — EXPOSÉ (SUITE [1]) DE M. LE PROFESSEUR Dr WENZEL GRAF GLEISPACH

(AGENT DE LA VILLE LIBRE DE DANTZIG)

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 31 OCTOBRE 1935, APRÈS-MIDI.

Il n'est pas de mon devoir de parler ici des avantages que la suppression de l'interdiction de l'analogie pouvait présenter.

Je tiens cependant à montrer, à l'aide de quelques exemples, à quels inconvénients l'on peut aboutir si l'interdiction de l'analogie est maintenue, et je voudrais expliquer brièvement ce que nous attendons de la nouvelle disposition du paragraphe 2.

Ces observations confirmeront d'ailleurs ce que j'ai dit de la signification et de la portée de l'innovation.

Je me permets de les faire pour qu'on n'ait pas l'impression que la réforme n'était nullement nécessaire.

Il y a deux groupes de cas, qui font apparaître d'une façon particulièrement claire les inconvénients résultant d'une interdiction de l'analogie.

Lorsqu'on a commencé à se servir du courant électrique dans le ménage, les métiers et l'industrie, et cela dans des proportions toujours plus considérables, on a vu se multiplier les cas où des personnes non autorisées prélevaient une partie du courant d'une installation électrique pour l'utiliser à leur profit.

Vol de courant électrique ?

Le vol, d'après le paragraphe 242 du Code pénal du Reich, du 15 mai 1871, est la soustraction d'une *chose* appartenant à autrui.

Le courant électrique est-il une chose dans le sens de cette disposition ?

Le Tribunal suprême d'Allemagne a estimé qu'étant donnée l'interdiction de l'analogie, il fallait répondre négativement à cette question, et l'on a créé une loi spéciale concernant

[1] Voir pp. 179-198.

la soustraction d'énergie électrique (9 avril 1900) pour combler cette lacune.

Celui qui enlève un objet à un appareil automatique, sans verser la somme exigée (par exemple en déclenchant le mécanisme par l'introduction d'une pièce de plomb sans valeur), est coupable de vol.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un appareil automatique fournissant une prestation (communication téléphonique, exécution musicale, pesage), il n'y a pas de vol au sens de la définition légale, car des prestations ne sont pas des choses.

Mais même la loi contre l'escroquerie est inapplicable, car l'escroquerie suppose qu'un tiers soit induit en erreur.

Or, l'automatique n'est pas une personne et ne peut être trompé.

Ici encore, si l'on maintient l'interdiction de l'analogie, il faut une loi spéciale pour établir la punissabilité de telles fraudes, qui pourtant paraît aller de soi.

Pour ceux qui ne sont pas corrompus par le formalisme et le positivisme juridiques, un système de droit qui aboutit à de tels résultats est incompréhensible.

Les mêmes considérations s'appliquent à certaines actions qui, bien qu'assimilables à la détérioration d'une chose d'autrui, ne sont pas comprises dans la définition légale de la détérioration (*Sachbeschädigung*).

Je pense à celui qui, sans y être autorisé, donne la liberté à des animaux appartenant à autrui, à celui qui jette à la mer la chose d'autrui, qui démonte une machine, ou qui fait brûler des matières pyrotechniques appartenant à autrui.

D'autres lacunes peuvent se produire lorsque la loi donne une énumération incomplète. De très grandes difficultés surgissent en ce qui concerne le recel.

Est receleur celui qui s'approprie une chose dont il sait qu'un autre l'a obtenue par un acte punissable.

Lorsqu'une femme a obtenu de son mari un billet de banque dont elle sait qu'il l'a volé, elle est incontestablement receleuse.

Si le mari a fait changer en coupures le billet de banque qu'il a volé, on peut déjà douter si la définition légale du recel s'applique encore, car les choses que la femme s'approprie ne sont point la chose volée.

Mais si le voleur, avec l'argent volé, achète un bijou que sa femme accepte en connaissance de cause, la définition légale du recel ne s'applique pas, bien que cet acte paraisse aussi digne de peine que l'autre.

Les exemples cités montrent clairement combien il est nécessaire d'accorder au juge plus de liberté ; cela contribuera sans doute à mettre en harmonie la conviction du peuple et l'administration de la justice. Les acquittements rendus nécessaires par l'interdiction de l'analogie dans les cas mentionnés, et dans d'autres cas semblables, révoltent la conscience populaire et

sont de nature à ébranler dans le peuple le respect de l'administration de la justice répressive et de la magistrature.

Mais si les juges, en dépit de l'interdiction de l'analogie, se laissaient aller dans de tels cas à prononcer une condamnation, ils violeraient la loi, au moins suivant une conception qui s'est formée pendant des dizaines d'années sous le régime de l'interdiction de l'analogie.

Le respect de la loi est mieux assuré par la nouvelle législation que si l'interdiction de l'analogie était formellement maintenue, mais était en réalité écartée.

Les adversaires du système qui accorde au juge une liberté plus grande aiment à affirmer qu'il serait facile de combler à bref délai, en modifiant ou en complétant la loi, toute lacune du Code pénal qui se fait sentir dans la jurisprudence.

Mais ils oublient le préjudice causé à la sûreté et au prestige de la justice par des acquittements qui doivent être prononcés pour des raisons purement formelles jusqu'à ce que les lacunes soient comblées par le législateur.

Il n'est d'ailleurs point conforme à l'idée de la justice de faire dépendre de la date plus ou moins occasionnelle d'une loi la question de savoir si une attitude qui, suivant la saine conviction du peuple et d'après l'idée fondamentale d'une loi, mérite un châtiment, sera réellement punie ou non.

Une pareille situation se trouve exclue à la suite du pouvoir accordé au juge par le paragraphe 2.

Mais cela ne signifie nullement que dorénavant le juge seul sera appelé à combler les lacunes de la loi pénale.

Le législateur ne renonce point à cette tâche, mais, au contraire, la jurisprudence développée par l'application du paragraphe 2 l'aidera à l'accomplir.

Le 29 août 1935, date des décrets-lois, le Sénat a édicté une ordonnance aux termes de laquelle toutes les sentences rendues conformément au paragraphe 2 doivent être transmises au département de la Justice.

Par cette mesure, le Sénat, loin de vouloir s'ingérer dans l'administration de la justice, veut se procurer les connaissances nécessaires pour savoir dans quels cas il serait indiqué de combler, par une nouvelle disposition légale, une lacune de la loi qui se serait fait sentir dans la jurisprudence.

Le décret-loi concernant la modification de certaines dispositions du Code pénal démontre qu'on ne veut nullement abandonner au juge seul la tâche de combler les lacunes éventuelles de la loi.

En effet, le même décret qui contient le nouveau paragraphe 2 a comblé la lacune que je viens de mentionner, concernant les appareils automatiques, par l'insertion dans le Code pénal d'une nouvelle définition légale (par. 265 *a*).

Si l'on allègue enfin que la liberté plus grande accordée au juge ne permet plus au particulier de prévoir avec certitude

s'il sera puni ou non, il convient de répliquer que la grande majorité des codes pénaux part aujourd'hui — comme l'on sait — du principe *Ignorantia iuris nocet.*

Ce n'est pas une condition de la punissabilité d'un acte que de le connaître, et une erreur concernant l'existence ou la portée d'une définition légale ou l'état de la jurisprudence est parfaitement possible, même si l'on maintient l'interdiction de l'analogie.

De même qu'une erreur concernant l'existence d'une loi pénale ou la portée d'une définition légale n'a pu jusqu'à présent servir d'excuse au malfaiteur, de même celui-ci ne pourra trouver à l'avenir une excuse dans une erreur relative à la question de savoir si, d'après l'idée fondamentale d'une loi pénale, son acte est punissable.

Mais le malfaiteur a certainement dû se rendre compte que l'on ne *doit* point agir de la façon dont il a agi ; la voix de la conscience l'a sans doute averti.

Peut-on sérieusement prétendre que la sécurité de droit exige que l'individu soit en état de calculer d'une façon absolument précise jusqu'à quel point il peut aller dans le domaine du tort pour pouvoir échapper encore au châtiment ?

Le fait que le juge, bien que jouissant d'une liberté plus grande, reste lié non seulement par les idées de droit dont s'inspirent les lois pénales, mais aussi par la saine conviction du peuple, donne la garantie que le malfaiteur n'a pu douter du caractère répréhensible de son acte, qu'il a au moins couru le risque d'agir d'une manière immorale en violation des devoirs d'un homme social.

La justice répressive a une importante tâche éducative à remplir.

L'interdiction de l'analogie favorise l'individu antisocial ou asocial assez rusé pour utiliser les lacunes de la loi pour des fins égoïstes et pour ne pas franchir, en défiant la loi, la limite qui sépare l'acte punissable du tort qui ne rentre pas dans une définition légale.

Mais la liberté plus grande accordée au juge enseigne à éviter tout ce qui est reprochable d'après l'ordre moral, et tout ce qui ne rentre plus dans les définitions légales, mais qui est interdit par la voix de la conscience.

Il est bien connu que toute réforme se heurte à des objections et à des scrupules.

Si l'on devait y renoncer pour ce motif, toute amélioration des lois existantes serait exclue ; d'autre part, le maintien à tout prix de ce qui existe peut, le cas échéant, provoquer des scrupules beaucoup plus nombreux encore et même souvent être critiqué à bon droit.

En général, les doutes et les soucis sont plus vifs dans les premiers temps d'une réforme.

Et c'est également à ce moment-là que l'on a le plus de raison de craindre que les juges, en appliquant une loi nouvelle, ne commettent des erreurs ; que, dans le cas qui nous occupe, ils ne surestiment par exemple la tâche qui leur est dévolue et n'aillent trop loin dans la libre application de la loi.

Ce sont là des inconvénients qu'aucune loi ne peut exclure.

Mais, précisément dans le cas présent, il n'y a pas lieu de craindre que les juges fassent un usage exagéré du nouveau pouvoir qui leur est accordé, étant donné que, comme nous l'avons déjà exposé, la loi a clairement circonscrit ce pouvoir, et parce que les juges allemands, tout comme la plupart des autres juges, ont été formés sous le régime du principe *Nullum crimen sine lege*, ce principe leur ayant été fermement inculqué à l'université, et aussi parce que ces juges inclinaient de tout temps à interpréter très strictement ce principe.

En effet, on leur a souvent reproché un formalisme exagéré, qui n'était nullement exigé par la loi, et l'on a constaté qu'ils n'usent qu'avec la plus grande réserve de l'interprétation de la loi suivant son sens et son esprit, bien que celle-ci soit reconnue admissible.

B.

J'en arrive maintenant à démontrer que la dernière réforme du droit pénal à Dantzig est absolument conforme à la Constitution.

Cette Constitution ne contient aucune prescription sur la question de savoir quel contenu doivent avoir les lois pénales et de quelle manière les juges doivent les interpréter.

Le principe *Nullum crimen sine lege* n'apparaissant nulle part dans la Constitution, celle-ci ne peut donc être violée par le nouveau paragraphe 2 du Code pénal.

Mais, afin de démontrer d'une façon plus détaillée encore la constitutionnalité du paragraphe 2, je vais examiner cette question à deux points de vue, savoir : 1° au point de vue des relations entre la législation et la jurisprudence, et 2° au point de vue des droits fondamentaux.

Pour ce qui est du premier point, on peut retrouver dans la Constitution le principe de la séparation des pouvoirs, et on pourrait considérer ce principe comme violé si les juges étaient appelés à créer le droit.

Mais, comme je l'ai démontré, le paragraphe 2 ne les investit pas de ce pouvoir.

Si la liberté plus grande accordée au juge dans l'application du Code pénal — liberté restreinte pourtant par le devoir de s'en tenir aux idées de droit dont s'inspirent les diverses lois pénales — était vraiment contraire à la Constitution, ce ne serait pas seulement le paragraphe 2 du Code pénal de Dantzig, ce serait

un grand nombre de prescriptions pénales d'autres États qui seraient entachées du même vice.

Je rappelle à cet égard les clauses générales et la condamnation indéterminée, et en particulier les lois danoises dont je viens de parler.

Le législateur crée des normes de droit générales.

D'après le paragraphe 2 du Code pénal, le juge ne fait qu'appliquer à une situation de fait concrète des normes qui sont expressément formulées dans la loi ou qui y sont implicitement contenues.

C'est pourquoi on ne saurait parler d'une violation de l'article 61 de la Constitution.

Cet article dispose : « Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi. »

Si l'article 61 dispose que les juges ne sont soumis qu'à la loi, il interdit de les lier de toute autre manière propre à porter atteinte à leur indépendance.

Notamment, ils n'ont pas à recevoir des instructions du gouvernement ou d'un organe administratif.

Toutefois, le juge n'est lié *que* par les lois.

La question de savoir de quelle façon les lois lient le juge, soit par des prescriptions casuistiques, soit par des prescriptions abstraites, soit en lui ordonnant de s'en tenir au texte, ou au contraire de se rapporter à l'esprit de telle ou telle prescription, — cette question n'est point résolue par l'article 61 de la Constitution, mais laissée entièrement à la discrétion du législateur.

La façon de voir que nous défendons ici se trouve clairement confirmée par l'exemple de la Constitution danoise.

L'article 2 de cette Constitution stipule la séparation des trois pouvoirs.

D'après cette disposition, le pouvoir législatif appartient au roi et au Riksdag concurremment, le pouvoir exécutif au roi, et le pouvoir judiciaire aux tribunaux.

L'article 68 dispose : « L'exercice du pouvoir judiciaire ne peut être réglé que par la loi. »

Pourtant l'article premier du Code pénal permet l'application par analogie des lois pénales.

Il me semble superflu de formuler encore la conclusion qui se dégage impérieusement de cet état de choses.

Nous avons déjà exposé que l'analogie telle qu'elle est appliquée dans la législation pénale du Danemark ne donne pas moins de liberté au juge que le paragraphe 2 du Code pénal de Dantzig.

Passons maintenant aux droits fondamentaux.

Les dispositions qui entrent en ligne de compte sont les articles 74 (liberté individuelle), 75 (liberté d'établissement et de circulation), 79 (liberté d'expression des opinions), 84 (liberté

de réunion), 85 (liberté d'association) et 86 (inviolabilité du domicile).

On sait que dans la doctrine on a souvent discuté sur la portée qu'on doit attribuer au fait qu'une constitution proclame des droits fondamentaux.

L'article 71 de la Constitution de Dantzig dispose : « Les droits et devoirs fondamentaux servent de guide et de limite à la législation, à l'administration de la justice et à l'exercice des fonctions publiques. »

Cette disposition seule pourrait suffire pour réfuter la thèse d'après laquelle la liberté plus grande désormais accordée au juge violerait l'un ou l'autre des droits fondamentaux.

Car, sans aucun doute, le juge reste lié par cet article ; les droits fondamentaux lui serviront donc de guide et de limite lorsqu'il appliquera le nouveau paragraphe 2.

Mais, en outre, il convient de constater qu'aucun des droits fondamentaux que proclame la Constitution n'accorde une liberté illimitée.

Examinons plus particulièrement le droit fondamental de la liberté individuelle, qui est le plus important pour notre sujet.

L'article 74, alinéa 1, dispose :

> « La liberté individuelle est inviolable.
> La liberté individuelle ne peut être atteinte ou supprimée par la puissance publique qu'en vertu de loi. »

Il ressort de là que les restrictions de la liberté individuelle sont soumises à deux conditions préalables.

L'une de ces conditions est d'ordre purement formel.

La restriction de la liberté doit se fonder sur une loi.

Elle se trouve restreinte par une arrestation ou par une condamnation à des peines privatives de la liberté (et par des mesures de sûreté).

Toute mesure de ce genre doit être fondée sur une loi.

Dans les cas qui nous intéressent, elles se basent sur le Code pénal de Dantzig, y compris le nouveau texte du paragraphe 2.

Ce nouveau texte a été créé par un décret-loi pris en vertu de la loi d'autorisation.

Cette dernière a donné force légale aux décrets-lois du Sénat.

Aux termes de cette loi, la Diète a consenti à ce que le pouvoir législatif fût exercé par le Sénat.

Les décrets-lois du Sénat, édictés dans le cadre de la loi d'autorisation, ont la même force légale qu'une loi édictée avec l'assentiment de la Diète et du Sénat.

Par conséquent, un décret-loi du Sénat remplit la condition posée par l'article 74.

Dans la doctrine du droit public, on est d'accord sur ce point (je cite par exemple Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928,

pp. 138 *et sqq.*, Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* [de Weimar], t. I, Thoma et Mannheim).

Le juge qui condamne en vertu du paragraphe 2 le fait donc sur la base d'une loi, parce que c'est la loi qui lui ordonne, non pas de créer le droit, mais de le puiser dans la loi, dont l'idée fondamentale doit servir de base à sa sentence.

Même si le législateur était allé plus loin, la condition formelle d'après laquelle des limitations ne peuvent être apportées à des droits fondamentaux qu'en vertu d'une loi serait remplie.

Mais il est inutile d'insister sur ce point, parce que, comme nous l'avons déjà indiqué, le paragraphe 2 n'autorise nullement le juge à sortir du cadre de la loi.

Comme nous l'avons dit, les droits fondamentaux imposent des limites également au législateur (art. 71).

Il s'ensuit que l'on ne peut pas considérer comme étant conforme à la Constitution toute limitation des différentes libertés consacrées par la Constitution quelle que soit leur portée, à condition seulement que la limitation soit édictée par une loi. Mais il ne suit nullement de là que seules de très légères limitations puissent être apportées aux libertés.

Cela ressort déjà du fait que la Constitution prévoit, à côté des droits, des devoirs fondamentaux qui doivent également servir de guide et de limite à la législation.

Si par exemple l'article 83 dispose que « La jeunesse doit être protégée contre l'abandon moral, intellectuel ou physique », le législateur est tenu par là d'apporter à la liberté individuelle et à la liberté d'opinion (art. 79, 1) des limitations très considérables pour assurer cette protection.

En général, on peut dire que les restrictions d'un droit fondamental ne doivent pas aller jusqu'à l'anéantissement total ou presque total de ce droit. Le législateur doit laisser intacte la substance du droit dont il s'agit.

Je crois avoir déjà démontré que cette deuxième condition de la constitutionnalité se trouve entièrement remplie en ce qui concerne le nouveau paragraphe 2.

Si l'on se représente bien le véritable contenu du paragraphe 2, toute objection basée sur la prétendue restriction inadmissible des droits fondamentaux tombe d'elle-même.

On peut voir une restriction des droits fondamentaux dans le fait que le juge n'est plus strictement lié par la définition légale. Cela revient à déclarer que la suppression de l'interdiction d'appliquer l'analogie est en soi sujette à critique, considération qui a déjà été infirmée.

On pourrait également prétendre que les pouvoirs octroyés au juge par le paragraphe 2 anéantissaient complètement ou presque complètement les libertés garanties par la Constitution.

Qu'il n'en est pas ainsi, je crois l'avoir démontré en parlant du champ d'application du nouveau paragraphe 2.

L'extension du champ d'application des normes de droit pénal, telle qu'elle résulte de la liberté plus grande désormais accordée au juge, n'est d'ailleurs pas importante.

Les pouvoirs du juge sont nettement délimités.

Ainsi, aucune restriction inadmissible n'est apportée en particulier au droit de liberté individuelle.

Cela reste vrai lorsqu'on envisage les nouvelles règles de procédure.

On n'aboutit aucunement à un régime où le Parquet pourrait simplement mettre en accusation les citoyens et où des arrestations pourraient être opérées toutes les fois que l'attitude des citoyens apparaîtrait comme punissable en vertu d'une appréciation souveraine de ce qui est le droit ; le Parquet est, lui aussi, obligé de respecter les limites indiquées plus haut.

Il doit rechercher notamment si l'idée fondamentale d'une loi pénale s'applique à l'acte incriminé, et si, en appliquant cette loi par analogie, il est possible de contribuer au triomphe de la justice (cf. par. 170 *a* inséré dans le Code de procédure criminelle par l'art. 1er du deuxième décret-loi).

C'est seulement dans le cas où la réponse à ces questions est affirmative que le Parquet doit engager des poursuites.

Une dernière objection, qu'on a soulevée contre la constitutionnalité du contenu du décret-loi, consiste à prétendre que la Constitution de Dantzig a seulement voulu permettre de restreindre les droits fondamentaux à une législation pénale qui interdit l'analogie, mais non pas à une législation qui accorde au juge une plus grande liberté.

Or, si la Constitution pose comme condition unique à une telle restriction qu'elle soit prescrite par une loi, aucune présomption ne vient à l'appui de cette thèse ; on n'a d'ailleurs donné aucune raison propre à la justifier.

Les arrêts des tribunaux que j'ai mentionnés tout à l'heure, spécialement ceux des tribunaux suisses, s'opposent à une telle manière de voir, et, de même, le fait que la validité des lois relatives aux mesures de sûreté n'a jamais été contestée avec succès.

L'objection ne se comprendrait que si l'on voyait dans le paragraphe 2 l'autorisation donnée au juge de statuer sans égard à la loi et uniquement d'après ses sentiments, une manière de voir dont je crois avoir démontré l'inexactitude.

L'objection dont je viens de parler n'est pas fondée non plus au point de vue formel.

En effet, l'opinion suivant laquelle la législation pénale ne serait autorisée à limiter un droit fondamental que sous l'empire du principe *Nullum crimen sine lege* vient se heurter d'une façon décisive au fait que le principe *Nullum crimen sine lege* ne se trouve pas inscrit dans la Constitution de Dantzig, et cela bien que ce principe soit expressément consacré dans nombre

d'autres constitutions et même dans la Constitution de Weimar, encore en vigueur dans le Reich à l'époque où celle de Dantzig fut créée, et dont cette dernière Constitution s'est largement inspirée.

Si la Constitution avait voulu protéger les droits fondamentaux par la garantie spéciale que l'on croit fréquemment trouver dans l'interdiction de l'application par analogie des lois pénales, il aurait été facile de formuler cette interdiction dans la Constitution, de sorte qu'une loi modifiant la Constitution — qui ne peut être édictée que dans des conditions spéciales — aurait été nécessaire pour écarter l'interdiction de l'analogie et pour permettre au juge d'apporter des restrictions aux droits fondamentaux, en sortant du cadre des définitions légales.

Mais, étant donné que la Constitution ne contient aucune interdiction de l'analogie, il est clair que la liberté plus grande accordée au juge est absolument compatible avec la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux.

On arrive à la même conclusion par le raisonnement suivant:

La liberté plus grande accordée au juge aboutira à élargir, d'ailleurs dans une mesure peu considérable, le domaine du tort punissable.

Or, les adversaires de la liberté plus grande du juge font observer volontiers qu'on pourrait aboutir au même résultat en apportant des compléments au Code pénal par voie législative; il suffirait — lorsque le Parquet ou les tribunaux ont découvert une lacune dans la loi — de créer une nouvelle définition légale ou d'élargir une définition déjà existante.

Nous avons déjà exposé pourquoi cette méthode ne présente pas les mêmes avantages que celle prévue au paragraphe 2.

Mais, quoi qu'il en soit, il est incontestable qu'on peut combler les lacunes en édictant sans cesse des lois complémentaires; mais il est également clair que, par cette voie, on apporterait les mêmes restrictions aux droits fondamentaux que par les condamnations prononcées sur la base du paragraphe 2.

Attaquerait-on du chef d'inconstitutionnalité ces nouvelles lois qui limitent indirectement les droits fondamentaux en élargissant les définitions légales existantes?

On ne le ferait certainement pas, on ne pourrait pas le faire.

Pour quelle raison l'une des deux méthodes paraît-elle absolument inattaquable, et l'autre au contraire attaquable, si l'étendue de la restriction des droits fondamentaux à laquelle elles aboutissent est exactement la même?

Cela s'explique, en dernière analyse, par le fait que l'on craint des erreurs de la part des juges jouissant d'une liberté plus grande qu'auparavant.

Mais on oublie que le législateur qui complète un code pénal peut également se tromper et donner une définition trop large,

qui embrasse des cas qu'il ne voulait pas punir, et limite sans nécessité les droits fondamentaux.

La loi serait néanmoins inattaquable ; elle pourrait être modifiée à la lumière de l'expérience acquise ; mais les sentences rendues par les tribunaux subsisteraient même si elles avaient porté atteinte à la jouissance ou à l'exercice d'un droit fondamental.

Les objections soulevées contre le paragraphe 2 proviennent donc de la conviction que la protection des droits fondamentaux serait mieux assurée si les lacunes de la loi pénale étaient comblées par le législateur, que si l'on autorisait, même d'une manière prudente, le juge à le faire.

Si les auteurs de la Constitution avaient partagé cette conviction, ils auraient dû inscrire dans la Constitution l'interdiction de l'analogie.

Ils ne l'ont pas fait.

En définitive, la question est de savoir si la liberté individuelle de gens qui, sciemment, commettent des actes qui se rapprochent de très près d'actes qualifiés de punissables par la loi, et qui utilisent les lacunes de la loi pour porter préjudice à autrui, doit compter plus que la justice, le bien-être de la collectivité et la défense efficace de la société contre les attaques dont elle est l'objet.

Nous avons montré plus haut le cours qu'a suivi et que suit encore l'évolution du droit.

Nous avons exposé comment l'idée de la justice s'est de plus en plus imposée au législateur et aux tribunaux, comment on a introduit dans la loi des définitions légales très largement conçues et des clauses générales, qui pourtant furent considérées comme entièrement compatibles avec les droits fondamentaux.

Les changements qui se sont ainsi opérés quant à la signification et à la portée des droits fondamentaux, changements qui ne leur ont point été favorables, doivent également être pris en considération lors de l'appréciation des décrets-lois de Dantzig.

Ainsi se trouvent réfutées les objections soulevées contre le contenu des décrets-lois.

Il est établi que ce contenu ne viole ni les dispositions ni les principes de la Constitution de Dantzig.

C.

J'en arrive maintenant à examiner la deuxième question principale, c'est-à-dire la question de savoir s'il est admissible de régler les matières dont il s'agit par des décrets-lois édictés en vertu de la loi visant à remédier à la détresse du peuple et de l'État, du 24 juin 1935, loi que nous appellerons « loi d'autorisation ».

Ici, je dois demander à la Cour la permission de parler d'un point qui ne me semble pas rentrer directement dans la question posée à la Cour, mais qui paraît tout de même exiger quelques explications.

En effet, on a élevé des objections quant à la constitutionnalité de la loi d'autorisation, objections que je considère comme sans fondement.

J'examinerai d'abord la question de savoir s'il peut être conforme à l'intention du Conseil de la Société des Nations de soulever encore aujourd'hui de telles objections.

Ensuite, je discuterai la constitutionnalité de la loi d'autorisation en tenant compte de l'état présent de la doctrine.

Des exemples de la pratique suivie à l'étranger viendront à l'appui de mes conclusions.

I. La loi d'autorisation du 24 juin 1933 est en vigueur depuis plus de deux ans. Ce n'est d'ailleurs pas la première loi d'autorisation que Dantzig ait édictée.

Le Conseil de la Société des Nations n'a jamais soulevé d'objections contre les lois d'autorisation de Dantzig.

Il est vrai qu'on ne peut pas conclure de ce seul fait que le Conseil de la Société ait *approuvé* la loi d'autorisation.

Cependant, les lois qui ne modifient point la Constitution n'ont pas besoin d'être approuvées par le Conseil.

La Ville libre de Dantzig est un État souverain.

La Société des Nations est le garant de sa Constitution.

Le Conseil n'est nullement tenu d'examiner toutes les lois édictées par Dantzig, ni tous les jugements et actes administratifs des autorités de la Ville libre.

Mais il a le droit et le devoir de se convaincre d'une manière générale que la vie constitutionnelle à Dantzig est conforme à la Constitution.

Il appartient donc au Conseil seul de décider s'il y a lieu d'intervenir dans un cas déterminé, parce qu'une violation de la Constitution fait apparaître comme nécessaire une telle intervention.

Sir John Simon, en sa qualité de rapporteur, a émis cette opinion à la séance du Conseil du 18 janvier 1934, et le Conseil l'a approuvé.

Le délégué du Royaume-Uni, M. Eden, a rappelé cette déclaration dans son rapport sur les conclusions du Comité de juristes relatives aux quatre pétitions concernant des affaires de Dantzig (P.-V. de la séance du 23 sept. 1935, p. 103). Dans son discours, le rapporteur a déclaré ce qui suit :

« Le Comité des juristes avait fait observer, en discutant la question de savoir si la loi du 24 juin 1933 était ou non constitutionnelle, — loi connue sous le nom de « loi d'autorisation », — que la Société des Nations ne soulevait aucune objection à

la délégation de pouvoirs extraordinaires au Sénat par la voie législative ordinaire, et qu'elle considérait l'extension graduelle des pouvoirs délégués jusques et y compris la loi d'autorisation de 1933 comme une mesure compatible avec la Constitution, et par conséquent valide.

« Dans ses observations sur le rapport, le Sénat semble conclure de ces remarques que des mesures législatives, une fois qu'elles ont été soumises au Conseil, doivent être considérées comme approuvées par ce dernier, si aucune objection n'a été formulée à leur égard.

« Pour éviter tout malentendu à ce sujet, je dois faire observer que le fait qu'une mesure ait été communiquée au Conseil sans faire l'objet d'une discussion et sans susciter des observations de la part des Membres du Conseil, ne signifie nullement que ce dernier approuve la mesure. »

Il est parfaitement compréhensible que le rapporteur n'ait point voulu reconnaître comme valable d'une façon générale le principe *Qui tacet consentire videtur*.

D'autre part, la déclaration de M. Eden ne peut être comprise en ce sens que le Conseil pourrait, au sujet d'une mesure quelconque prise par la Ville libre de Dantzig, intervenir à tout moment, c'est-à-dire même après des années, et cela sans égard aux circonstances spéciales du cas.

Or, le cas de la loi d'autorisation est de nature tout à fait spéciale. Il s'agit de la catégorie la plus importante des actes de l'État, à savoir d'un acte de législation.

Ensuite, il s'agit d'une loi ayant une importance toute spéciale.

La loi est déjà en vigueur depuis plus de deux ans, et le Conseil, non seulement eut connaissance de cette loi dès sa mise en vigueur, mais il s'est encore occupé depuis à plusieurs reprises de pétitions ayant trait à des décisions et des dispositions se fondant sur la loi d'autorisation.

Ni dans le rapport présenté par M. Eden, ni dans la question posée à la Cour, et qui fut formulée par M. Eden, on ne trouve indiqué un doute sur la constitutionnalité de la loi d'autorisation. Au contraire : il serait illogique de poser la question de savoir si les décrets-lois du 29 août 1935 sont compatibles avec la Constitution, si l'on avait voulu mettre en doute la constitutionnalité de la loi d'autorisation.

Car, si l'on conteste la constitutionnalité de cette loi, la question posée à la Cour devient sans objet.

Mais le point décisif, c'est que la loi d'autorisation constitue, depuis deux ans, la base de la vie publique de la Ville de Dantzig.

C'est précisément le devoir que MM. Simon et Eden ont invoqué en d'autres cas pour justifier l'intervention du Conseil, à savoir le devoir qui résulte de la garantie de la Constitution de Dantzig

par la Société des Nations, qui mène à la conclusion que, dans une affaire aussi fondamentale que celle-ci, on doit intervenir *aussi rapidement que possible.*

L'importance et la portée de la loi d'autorisation ont dû apparaître immédiatement à tous ceux qui connaissaient la matière même d'une manière superficielle.

Si pourtant le Conseil n'est pas intervenu tout de suite, cela ne veut pas nécessairement dire qu'il a approuvé la loi d'autorisation. Mais, d'autre part, on ne saurait présumer que le Conseil — s'il jugeait cette loi inconstitutionnelle — n'aurait rien fait pendant deux ans.

Une pareille attitude du Conseil serait incompréhensible, étant donné qu'une abrogation de la loi d'autorisation après deux ans, c'est-à-dire après qu'un grand nombre de décrets-lois d'une importance décisive et même fondamentale ont été édictés en vertu de cette loi, précipiterait forcément la Ville libre de Dantzig dans un chaos irrémédiable.

II. La Constitution de Dantzig, comme du reste celles de bon nombre d'autres États, ne contient aucune prescription concernant ce qu'on appelle la législation simplifiée.

Mais, sans doute, la manière de légiférer prescrite par la Constitution peut être modifiée par une loi qui modifie la Constitution.

L'article 49 de la Constitution dispose qu'une décision de l'Assemblée populaire portant amendement à la Constitution n'est valable que si l'amendement est adopté en deux lectures, séparées par un intervalle d'un mois au moins, à la majorité des deux tiers, et en présence des deux tiers au moins des députés élus.

Au cas où un amendement à la Constitution est soumis au referendum, il doit obtenir l'assentiment de la majorité des électeurs.

En outre, d'après l'article 49, alinéa 3, les modifications apportées à la Constitution ne peuvent entrer en vigueur qu'après communication à la Société des Nations et après déclaration par celle-ci qu'elle n'a pas d'objection à élever contre ces modifications.

A la fin du texte de la loi d'autorisation, il est constaté que plus des deux tiers de la Diète — plus des deux tiers des députés étant présents — ont approuvé la loi.

Bien qu'une condition très importante de la validité d'une loi modifiant la Constitution se trouve ainsi remplie, d'autres ne le sont pas.

Mais il ne s'agit nullement d'une loi modifiant la Constitution.

Si des conditions spéciales doivent être remplies pour qu'on puisse modifier la Constitution, il est évident qu'une simple loi, qui ne satisfait point à ces conditions, ne peut modifier d'une

manière compatible avec la Constitution la manière de légiférer, c'est-à-dire octroyer ce qu'on appelle « une autorisation », que si celle-ci ne constitue point une modification de la Constitution.

La question décisive est donc de savoir dans quelles conditions une loi d'autorisation constitue une modification de la Constitution.

Nombre d'États ont recouru notamment pendant et après la guerre mondiale à des lois d'autorisation.

Par conséquent, la doctrine s'est souvent occupée de cette question ; dans maints États s'est déjà développée une pratique plus ou moins déterminée.

Pour nous, la doctrine et la pratique n'ont d'intérêt que lorsqu'elles ont trait à des États parlementaires, c'est-à-dire des États où un parlement élu par le peuple collabore à la législation.

Il y a lieu d'observer à ce sujet que les divers partis politiques et la population ne professent pas toujours, à l'égard des lois d'autorisation, des idées uniformes.

Certains partis pressent le gouvernement d'abandonner la voie normale de la législation, d'autres protestent et résistent.

L'attitude des partis change selon qu'ils font partie du gouvernement ou non.

Souvent on combat vivement la première loi d'autorisation, mais dans la suite la résistance faiblit.

Même dans la science, un certain revirement s'est manifesté.

En effet, le nombre des savants qui aujourd'hui encore considèrent toute loi d'autorisation comme une modification de la Constitution n'est que très restreint.

La doctrine se borne à tracer des limites à la pratique des lois d'autorisation.

Ceux qui veulent fixer des limites étroites à cette pratique partiront du principe qu'une vraie délégation du droit législatif est inadmissible.

Il est donc inadmissible que le parlement délègue au gouvernement son droit de collaborer à la confection des lois, c'est-à-dire qu'il se dépouille lui-même de ce droit.

Par contre, il paraît parfaitement admissible que *l'exercice* du droit soit déféré, pourvu que le droit lui-même reste intact.

Si nous adoptons cette théorie, la question se pose de savoir dans quelles conditions on peut voir dans une loi d'autorisation uniquement le transfert de *l'exercice* du droit de légiférer.

Ces conditions sont les suivantes : 1) l'autorisation ne doit pas être illimitée ; 2) elle ne doit point donner le droit d'édicter des décrets dont le contenu serait en contradiction avec les principes ou avec les dispositions de la Constitution ; 3) elle ne peut être conférée que pour une durée limitée ; 4) les décrets édictés en vertu de la loi d'autorisation doivent être soumis au contrôle du Parlement.

Examinons maintenant si la loi d'autorisation de Dantzig satisfait à ces conditions.

La première condition est sans doute remplie.

La loi d'autorisation contient une énumération très détaillée des matières auxquelles elle s'applique.

Mais elle ne s'est point contentée de cela.

Elle utilise en effet la méthode de la double délimitation, en énumérant d'une manière précise d'une part les matières auxquelles elle s'applique, et d'autre part les buts auxquels elle veut pourvoir.

Beaucoup d'autres lois d'autorisation ne se sont servi que de l'une *ou* de l'autre méthode.

Il est sans importance que l'énumération soit très longue.

Même en se contentant des titres des sections I à VII, on aurait entièrement satisfait à la condition de la spécification.

D'ailleurs, l'étendue de l'autorisation est sans importance, car il est absolument impossible de fixer la limite jusqu'à laquelle une autorisation est admissible.

Dans la section VIII, la loi parle encore « d'autres mesures » qui pourraient être prises dans une matière quelconque. Il est vrai qu'il n'y a pas ici de spécification.

Mais la loi apporte à cette dernière autorisation une délimitation stricte et précise par le but qu'elle lui assigne, celui de remédier *immédiatement* à *une nécessité urgente.*

Pour ce qui est de la deuxième condition, la loi d'autorisation, dans son paragraphe 1, déclare clairement et nettement que les mesures à prendre doivent rester dans le cadre de la Constitution.

Elle répète cette condition dans son chapitre VIII : « Mesures destinées à remédier à des nécessités urgentes ».

D'après le paragraphe 4, la loi d'autorisation cesse d'être en vigueur au plus tard le 30 juin 1937.

En outre, le Sénat peut abroger la loi dès avant cette date.

La troisième condition se trouve donc également remplie.

Enfin, le contrôle du Parlement est garanti dans une large mesure. En effet, tout décret édicté en vertu de la loi d'autorisation doit être immédiatement porté à la connaissance de la Diète. Sur sa demande, le décret doit être rapporté. La Diète doit formuler cette demande dans les trois mois à compter de la promulgation du décret.

On pourrait prétendre que, si la Diète n'est point assemblée, le délai pourrait commencer à courir et même expirer avant que la Diète puisse faire usage de son droit de contrôle.

Une pareille affirmation porte à faux. Car, d'après l'article 12 de la Constitution, la Diète doit être convoquée sur la proposition écrite et motivée d'un sixième au moins de ses membres.

Ainsi, déjà une très petite minorité peut provoquer la réunion du Parlement et introduire, avant l'expiration du délai de trois mois, une motion réclamant l'abrogation d'un décret.

Il va de soi qu'une minorité ne peut amener l'abrogation du décret. Mais elle peut exposer ses objections au sein de la Diète et les mettre en discussion.

Le résultat serait donc le même que si la législation fonctionnait normalement.

Mais il y a encore le contrôle judiciaire. En effet, les tribunaux de Dantzig ont le droit de contrôler la constitutionnalité de toutes les lois qu'ils appliquent.

Ils doivent donc examiner aussi la constitutionnalité des décrets édictés d'après la loi d'autorisation.

Ce droit de contrôle a été reconnu en termes exprès par la loi dite *Plenargesetz* (loi sur les décisions à prendre toutes chambres réunies) du 6 octobre 1925.

Il résulte clairement de tout ce que je viens d'exposer que la loi d'autorisation ne constitue point une modification de la Constitution.

La Diète n'est pas exclue, elle ne s'est point défaite de son droit de légiférer.

C'est uniquement *l'exercice* de ce droit qui, pour certains domaines, pour un laps de temps déterminé et sous le contrôle permanent de la Diète, a été déféré au Sénat.

C'est ce qui résulte d'ailleurs du premier paragraphe de la loi d'autorisation, qui porte : « Le Sénat de la Ville libre de Dantzig est autorisé à édicter, dans les matières indiquées ci-dessous et dans le cadre de la Constitution, des décrets ayant force de loi, et auxquels la Diète donne son assentiment par la présente. »

Ce n'est point là un transfert du pouvoir législatif, mais uniquement un mandat donné au Sénat, dans des limites déterminées, de préciser la volonté législative de la Diète elle-même.

La loi d'autorisation se trouve donc en concordance avec la Constitution de la Ville libre de Dantzig.

III. Pour finir, permettez-moi, Messieurs, de mentionner quelques exemples choisis au hasard dans la pratique d'autres États, exemples qui confirment ma manière de voir.

Je regrette de ne pas avoir eu le temps de faire une étude systématique et plus approfondie de cette pratique.

Citons d'abord la loi d'autorisation suisse du 3 août 1914.

Elle n'a pas été édictée dans les formes prévues pour une loi qui modifie la Constitution.

Les articles 3 et 5 de cette loi sont conçus comme suit :

> « *Article* 3. — L'Assemblée fédérale donne au Conseil fédéral le pouvoir illimité de prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour maintenir la sécurité, l'intégrité

et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays, et tout particulièrement pour assurer les moyens de vie. »

« *Article* 5. — Le Conseil fédéral devra rendre compte à l'Assemblée fédérale, lors de sa prochaine réunion, de l'usage qu'il aura fait des pleins pouvoirs illimités qui lui ont été conférés. »

Le Conseil fédéral a fait un large usage de ces pleins pouvoirs. Il n'a pas seulement décrété des mesures qui auraient normalement dû être réglées par la voie législative, mais il a même suspendu certains principes constitutionnels, en empiétant tant sur les compétences reconnues aux cantons par la Constitution fédérale que sur les droits de liberté garantis par la Constitution aux citoyens.

Ainsi ont été modifiées les dispositions du *droit des obligations* concernant le contrat de louage, ainsi que celles réglant les conséquences de la mise en demeure du débiteur.

De même, le droit des sociétés anonymes a été modifié dans ses points essentiels.

Par dérogation aux *principes constitutionnels*, les décrets du Conseil fédéral qui instituent un impôt fédéral sur les bénéfices de guerre empiètent sur la *souveraineté fiscale des cantons*.

En outre, par des mesures économiques, notamment par des prohibitions d'exportation et d'importation, par des monopoles d'importation (monopole sur les céréales, le sucre, le riz, etc.), par la fixation de prix maxima, par la saisie de denrées alimentaires, et par de nombreuses autres limitations imposées au commerce et au trafic, le Conseil fédéral a en partie suspendu la liberté commerciale et industrielle garantie par l'article 31 de la Constitution fédérale.

En instituant un contrôle militaire et politique des journaux, il a restreint *la liberté de la presse*.

En étendant à des particuliers la juridiction des tribunaux militaires, il a agi à l'encontre de l'article 58 de la Constitution fédérale, qui garantit aux citoyens un *juge constitutionnel*.

Il a en outre conféré à certains départements fédéraux le pouvoir de punir en dernier ressort les infractions à certaines ordonnances (*Notverordnungen*), et il a même constitué à cette fin une *commission pénale* auprès du département de l'Économie sociale.

En déférant des compétences pénales à des organes administratifs, le Conseil fédéral a porté atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Ces exemples montrent qu'en Suisse on a conféré au Conseil fédéral, par une simple loi, une autorisation qui dépasse de beaucoup celle conférée au Sénat de Dantzig par la loi du 24 juin 1933.

L'Assemblée fédérale s'est contentée de critiquer certains des décrets ainsi édictés.

En ce qui concerne la Pologne, la Constitution de 1921, dans la forme qui lui a été donnée par la loi du 2 août 1926, déclare admissibles des lois qui autorisent le président de la République à édicter des décrets ayant force légale.

Depuis 1933, on a pris l'habitude d'édicter des lois qui autorisent purement et simplement le président de la République à prendre, dans le « *domaine de la législation d'État* », des ordonnances ayant force de loi.

Seules les modifications à la Constitution restent exclues.

La pratique suivie en Pologne en matière de lois d'autorisation a donc largement dépassé celle de Dantzig, étant donné que toute spécification des matières auxquelles l'autorisation s'applique fait défaut.

Il convient surtout de souligner que la Pologne a effectué ses plus importantes réformes judiciaires par la voie de décrets-lois, par exemple la réforme générale du droit pénal.

En effet, *le nouveau Code pénal polonais a été promulgué sous la forme d'un décret édicté par le président de la République, à la date du* 11 *juillet* 1932.

En Angleterre, en France et en Belgique, on a également édicté des lois d'autorisation.

La loi d'autorisation anglaise — très largement conçue — de la première année de la guerre mondiale, édictée sous le titre : *Defence of the Realm Consolidation Act* 1914 (Geo. 5 *c* 8), peut être qualifiée d'exceptionnelle.

En général, les lois d'autorisation anglaises, par exemple le *Road Traffic Act* 1930 *and* 1934, ne confèrent pas au gouvernement compétence pour régler des questions de principe, pour lever des impôts et pour modifier la loi d'autorisation elle-même.

Mais nombre de lois d'autorisation récentes comportent des dérogations à ces principes.

C'est ainsi que le *Poor Law Act* de 1930 donne au ministre de l'Hygiène le droit de régler les principes mêmes qui régissent l'assistance aux pauvres.

Le droit de lever des impôts a été déféré notamment par le *Safeguarding of Industries Act* de 1921.

En outre, des pleins pouvoirs très larges ont été accordés par le *Gold Standard* (*Amendment*) *Act* de 1931, dans le *National Economy Act* de 1931, le *Foodstuffs* (*Prevention of Exploitation*) Act de 1932, le *Abnormal Importations* (*Customs Duties*) *Act* de 1930, etc.

Dans le *Water Supplies* (*Exceptional Shortage Orders*) *Act* de 1934 ont été conférés de larges pouvoirs permettant d'empiéter sur des droits privés.

Dans certaines lois d'autorisation est conféré le droit de modifier des lois, y compris la loi d'autorisation elle-même, si son exécution en révèle la nécessité.

C'est le cas du *Juries Act* de 1922, du *Rating and Valuation Act* de 1925, du *Local Government (Scotland) Act* de 1929, et du *Mental Treatment Act* de 1930, etc.

Mais il faut mentionner tout particulièrement, comme exemple de larges pouvoirs accordés par une loi d'autorisation, le *Emergency Power Act*.

En France, la résistance contre les lois d'autorisation a été particulièrement forte.

Mais même dans ce pays elles ont fini par s'imposer. Il en a été de même en Belgique.

Les lois françaises d'autorisation sont promulguées comme de simples lois ; elles ne sont donc point considérées comme modifiant la constitution.

La pratique des lois d'autorisation, telle que nous venons de l'esquisser, confirme la conclusion à laquelle nous étions déjà parvenus.

Car, si les lois d'autorisation promulguées dans d'autres pays à régime parlementaire n'ont pas été considérées comme incompatibles avec la constitution de ces pays, on ne voit pas pourquoi la loi d'autorisation de Dantzig, qui ne diffère pas essentiellement des lois de ces autres États, violerait les principes de la Constitution de la Ville libre.

S'il est constant que la loi d'autorisation est compatible avec la Constitution de Dantzig, il ne reste qu'une seule question à examiner: celle de savoir si les décrets-lois du 29 août 1935 restent dans le cadre de cette loi.

Comme je ne veux pas abuser de la patience de la Cour, je n'examinerai plus cette question, mais je demande la permission de la Cour de renvoyer à ce sujet à mon mémoire écrit. Là, je crois avoir en détail exposé toutes les considérations qui, à mon avis, démontrent clairement que la réponse à cette question doit être affirmative.

Ainsi sont écartées toutes les objections qui ont été soulevées contre la constitutionnalité des deux décrets-lois.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je suis à la fin de ma plaidoirie.

---

5. — QUESTIONS POSÉES PAR M. LE JUGE URRUTIA

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 31 OCTOBRE 1935, MATIN.

Au cours de la séance du Conseil de la Société des Nations tenue à Genève le 23 septembre dernier, et dont le procès-

verbal est reproduit aux pages 90-110, je vois que le président du Sénat de la Ville libre s'est exprimé ainsi: « .... en ce qui concerne la constitutionnalité de quelques mesures et décrets-lois déclarés douteux, l'opinion du Gouvernement de la Ville libre de Dantzig concorde entièrement avec la décision des tribunaux suprêmes de Dantzig ».

Les points sur lesquels je remercierais M. l'agent de la Ville libre de donner certains éclaircissements sont les suivants :

1° Quelles sont les attributions du Tribunal de Dantzig en relation avec la constitutionnalité des lois ou décrets-lois de la Ville libre ?

2° Dans sa plaidoirie, M. l'agent a cité une loi du 6 octobre 1930 qui a certaines relations également avec ces attributions. Pourrait-il nous expliquer si cette loi a introduit une réforme ou une prescription nouvelle en relation avec ces attributions ?

3° A-t-on introduit auprès du Tribunal suprême de Dantzig des demandes relatives à la constitutionnalité des lois et décrets publiés en vertu de la loi d'autorisation à laquelle M. l'agent de la Ville libre s'est longuement référé dans son exposé ?

---

6. — RÉPONSES DE M. LE PROFESSEUR Dr WENZEL GRAF GLEISPACH AUX QUESTIONS POSÉES PAR MM. LES JUGES VAN EYSINGA ET URRUTIA [1]

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 1er NOVEMBRE 1935, MATIN.

Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

Je vous demande la permission de répondre immédiatement aux questions qui m'ont été posées à la fin de la séance d'hier.

M. le juge van Eysinga a posé la question de savoir de quelles lois on peut déduire les idées de droit dont parle le paragraphe 2. Peut-on les déduire de lois étrangères, ou même de lois qui n'ont pas trait au droit pénal ?

La réponse est que ce ne peuvent être que des lois déterminées, des lois dantzikoises, des lois de droit pénal.

Le paragraphe 2 parle expressément de la loi en vertu de laquelle l'acte sera puni. Il faut donc recourir à une loi pénale concrète, par exemple à celle contenant la définition légale du vol. Lorsque j'ai parlé, dans mon exposé écrit ou dans ma plaidoirie, d'une loi pénale, ce n'est point le Code pénal que j'ai eu en vue, mais un article du Code ou d'une autre loi définissant les éléments d'un délit déterminé et menaçant ce délit d'une peine.

---

[1] Voir pp. 198 et 219.

Que c'est ainsi qu'il faut comprendre la disposition du paragraphe 2, cela résulte notamment du paragraphe 170 *a* du deuxième décret-loi portant modification de la procédure pénale. Car ce paragraphe parle, en se référant au paragraphe 2, de l'idée fondamentale d'une loi pénale déterminée et de l'application par analogie de *cette* loi pénale. Il en est de même du paragraphe 267 *a*.

Si le paragraphe 2 ne renvoyait pas à une loi pénale déterminée, toute disposition pouvant servir à déterminer la peine ferait défaut.

La loi pénale à laquelle se réfère le paragraphe 2 ne peut jamais être la loi pénale d'un État étranger.

Si la législation d'un État déterminé parle de lois, elle vise les lois de cet État, à moins qu'elle ne se réfère expressément aux lois d'un État étranger. Mais l'application d'une loi étrangère, connue dans le droit international privé, n'existe pas dans le droit pénal de Dantzig (sous réserve du cas *absolument spécial* du par. 3, al. 3).

Les juges sont tenus de connaître le droit interne, mais non pas le droit étranger. D'après le Code de procédure civile, le droit étranger doit être prouvé. Mais le Code de procédure criminelle ne contient aucune disposition dans ce sens.

Sans aucun doute, il doit s'agir d'une loi pénale. Cela résulte déjà du fait que la loi dont l'idée de droit est déduite doit contenir une disposition relative à la détermination de la peine.

On a alors cité certains passages d'un article de M. Schäfer. Celui-ci s'exprime comme suit : « *Der Rechtsgedanke kann so gestaltet sein, dass seine Berücksichtigung im Wege der, wenn auch entsprechenden, Auslegung des Strafgesetzes nicht möglich erscheint; er kann sich auch aus einer Mehrzahl von Strafgesetzen, die zum Teil auch ausserstrafrechtliche Gesetze sein können, ergeben.* »

Mais M. Schäfer lui-même affirme : « *Der Richter soll nicht neue Rechtsgedanken erfinden, um sie zur Grundlage von Strafurteilen zu machen, sondern er soll die Rechtsgedanken, die bereits in einem Strafgesetz niedergelegt sind, herausarbeiten....* »

Il y a beaucoup de lois qui — comme par exemple la loi relative à la propriété littéraire — contiennent un grand nombre de dispositions de droit civil et de droit administratif, et en outre quelques prescriptions pénales. Dans ce dernier cas, il s'agit de lois pénales que nous appelons *strafrechtliche Nebengesetze*. Ce sont de pareilles lois que M. Schäfer a envisagées en parlant de *ausserstrafrechtliche Gesetze*. Sans doute, le paragraphe 2 n'exclut pas l'application par analogie des prescriptions pénales de pareilles lois.

Ensuite, j'ai été prié de dire si je pouvais faire connaître à la Cour des travaux préparatoires (*Motive*) concernant les nou-

veaux décrets-lois. Malheureusement je ne puis le faire, et cela pour la simple raison qu'il n'en existe point. C'est la conséquence de la loi d'autorisation, car on délibère sur les décrets-lois exclusivement dans le Sénat, et les projets ne sont pas soumis à un Parlement auquel il faudrait soumettre un exposé des motifs.

Je voudrais maintenant répondre aux questions posées par M. le juge Urrutia.

Le pouvoir des tribunaux de Dantzig d'examiner la constitutionnalité des lois et des décrets-lois est clairement reconnu depuis la loi du 6 octobre 1925, qui en règle la procédure. Si un tribunal est d'avis qu'une loi n'est pas compatible avec la Constitution, il rend un jugement interlocutoire. Si ce jugement est attaqué, la Cour suprême de Dantzig, toutes Chambres réunies, décide définitivement cette question. Le tribunal a le pouvoir d'examiner la constitutionnalité d'une loi ou d'un décret-loi quant à sa forme et quant à son contenu.

Ainsi, la Cour suprême de Dantzig a affirmé la constitutionnalité de la loi d'autorisation dans sa sentence du 7 novembre 1934 (*Danziger Juristenzeitung*, 1934, p. 114).

En outre, la Cour a rendu une dizaine de sentences affirmant la constitutionnalité de décrets-lois édictés sur la base de la loi d'autorisation. Ces sentences sont également reproduites dans la *Danziger Juristenzeitung*.

Ce sont ces sentences auxquelles M. le président Greiser s'est référé dans son discours au Conseil de la Société des Nations, le 23 septembre 1935.

J'espère avoir ainsi répondu à toutes les questions qui m'ont été posées.

Monsieur le Président, je me permets de remettre à la Cour le texte de quelques décisions et dispositions légales[1] que j'ai mentionnées dans ma plaidoirie d'hier.

---

7. — EXPOSÉ DE M. LE PROFESSEUR Dr GRIMM

(CONSEIL DE LA VILLE LIBRE DE DANTZIG)

A LA SÉANCE PUBLIQUE DU 1er NOVEMBRE 1935, MATIN.

Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

La question que j'ai l'honneur de traiter devant vous est celle de savoir si, oui ou non, les décrets-lois du 29 août 1935 sont compatibles avec la Constitution de Dantzig.

Avant d'aborder cette question, je dois brièvement analyser l'objet de la discussion, les décrets-lois.

[1] Voir pp. 152-155.

Quels sont ces deux décrets-lois qui font l'objet de la discussion ? Ce sont des décrets qui font partie de ce que l'on appelle en Allemagne « la réforme du droit pénal » (la *Strafrechtsreform*), œuvre de réforme qui préoccupe le monde juridique en Allemagne depuis au moins trente ans, réforme qui avait eu, longtemps avant l'arrivée au pouvoir du national-socialisme, pour résultat déjà plusieurs projets de loi qui n'étaient pas encore devenus définitifs et dont les principes avaient été modifiés à plusieurs reprises.

On a dit que la réforme introduite par les décrets-lois est une véritable révolution du droit pénal ; ce n'est pas exact. C'est au moins exagéré. Ce n'est pas une révolution, mais plutôt une évolution d'un principe qui a toujours été connu en droit, si discuté qu'il ait pu être.

L'essentiel est que, par l'effet du décret-loi du 29 août 1935, publié au *Danziger Gesetzblatt* (1935, p. 903), on a modifié le paragraphe 2 du Code pénal ; cette modification signifie en effet une réforme importante quant aux principes généraux du droit pénal.

Par cette réforme, on a abandonné le principe *Nullum crimen sine lege* dans son sens étroit, et l'on a introduit l'analogie de droit.

Le juge aura, par là, la faculté de prononcer une condamnation non seulement pour un acte que la loi déclare expressément punissable, mais aussi pour tout autre acte qui mérite d'être puni : 1° d'après l'idée fondamentale d'une loi pénale, et 2° d'après la saine conception du peuple.

Pour bien préciser et pour ne laisser subsister aucun doute, soulignons que, pour la première condition, il doit toujours s'agir d'une idée fondamentale ressortant d'une loi pénale particulière, valable à Dantzig. Cela n'empêche pas que le juge, pour trouver et bien interpréter cette idée, peut recourir à d'autres lois pénales ou *Nebengesetze*, comme nous disons, et même à des lois civiles, par exemple pour définir la propriété ou d'autres termes du droit civil.

Quant au terme « *gesundes Volksempfinden* », il est difficile à traduire. Ce n'est pas simplement le bon sens populaire dans l'application vulgaire du mot, mais la conception saine du droit qui domine dans le peuple et que le juge doit définir d'après des principes objectifs de haute moralité. C'est pourquoi on a ajouté le mot « saine ».

Jusqu'ici, le paragraphe 2 du Code pénal contenait le principe *Nulla pœna sine lege*, et la jurisprudence interprétait cette disposition dans le sens strict d'une interdiction absolue de l'analogie.

Mais, contrairement au droit allemand, le principe *Nulla pœna*.... ne fut pas, à Dantzig, inséré dans la Constitution même, comme ce fut le cas pour l'article 116 de la Constitution

de Weimar, mais fut inséré seulement dans un paragraphe du Code pénal, simple loi.

La doctrine et la jurisprudence de Dantzig, de même que celles de la plupart des autres pays, furent ainsi dominées par l'idée de la justice formelle, idée qui est remplacée depuis la réforme par l'idée de la justice matérielle.

L'idée qui domine les décrets est celle que la justice matérielle, la véritable justice, doit primer la justice de pure forme, une idée saine qui déjà était à la base de la grande réforme du préteur romain qui, contre la loi écrite des douze tables et le droit strict des prêtres, institua l'exception du dol général et de la bonne foi et créa ainsi le *jus æquum*.

L'essentiel de la réforme est donc qu'à l'avenir toute contravention contre l'ordre social du peuple est punissable si, d'après la saine conviction du peuple, elle paraît digne d'être punie. On a remplacé le principe *Nulla pœna sine lege* par l'autre principe *Nullum crimen sine pœna*.

Mais, pour éviter tout arbitraire, on a eu soin, par des possibilités plus étendues de revision et par une compétence large de la Cour suprême, de créer des garanties pour que le juge du fait ne sorte pas du cadre de la loi et que le bien précieux de l'unité et de la sécurité du droit ne souffre pas. En ce qui concerne les détails de la réforme, je me permets d'attirer votre attention sur les discours prononcés par MM. Gürtner et Freisler au Congrès international du droit pénal (*Deutsche Justiz*, 1935). Vous avez ces pièces aux dossiers; je ne veux pas répéter quoi que ce soit.

Les travaux préparatoires de la Constitution ne contiennent aucune indication spéciale pour préciser la volonté du législateur de Dantzig.

La réforme avait été réclamée depuis longtemps par le peuple allemand, qui ne comprenait pas que souvent un pur hasard était décisif pour la condamnation ou l'acquittement d'un accusé, et qui vit quelquefois échapper à la justice, par des ruses ou par des distinctions théoriques qu'on ne comprenait pas, de véritables criminels.

Ceci a été même une des raisons principales pour la grande crise de justice que nous avons eue en Allemagne après la guerre et qui est généralement connue sous le nom de *Vertrauenskrise*, ce qui veut dire crise de confiance en la justice.

Il n'y a pas de doute que le nouveau système émane d'une haute conception de moralité, qui veut punir toute volonté criminelle méritant une condamnation pénale et donne moins d'importance aux faits extérieurs, par exemple au résultat de l'acte criminel. C'est l'idée du *Willensstrafrecht*, droit pénal basé sur la volonté de l'auteur, qui est à la base de la réforme. Ainsi nous sommes d'avis que la réforme signifie un progrès.

Mais il ne s'agit pas de savoir si la réforme est bonne ou souhaitable, si c'est un progrès comme disent les uns, ou le contraire comme disent les autres. La seule question à résoudre est celle de savoir si la réforme est compatible avec la Constitution de Dantzig.

Sur quel point la Constitution de Dantzig serait-elle lésée ? Quelle est la disposition de la Constitution dont on pourrait prétendre qu'elle soit violée ?

En ce qui concerne la disposition qui serait violée, nous suivons le système adopté par les tribunaux de Dantzig, à savoir qu'une loi ou un décret-loi est en contradiction avec la Constitution non seulement quand elle viole un des *Grundrechte* ou *Grundpflichten*, droits et obligations fondamentaux, énumérés expressément dans les articles 72 à 115 de la Constitution, mais aussi quand toute autre disposition expresse de la Constitution est lésée (voir *Danz. Jur. Mon.*, 1932, p. 59).

Enfin, pour bien grouper la discussion, il me semble nécessaire de suivre cet ordre d'idées.

Il faut distinguer entre la constitutionnalité formelle et matérielle, et, pour la première question, il faut encore examiner la question de savoir si la loi de délégation qui est à la base des décrets est conforme à la Constitution (*Verfassungsmässigkeit*), et deuxièmement si les décrets-lois correspondent à la délégation (*Ermächtigungsmässigkeit*).

J'arrive maintenant à la partie principale de ma plaidoirie.

Première question : La Constitutionnalité formelle ; première partie : La loi du 24 juin 1933. Son caractère constitutionnel.

Les décrets-lois attaqués ont été promulgués en vertu d'une loi dite de délégation ou d'autorisation (*Ermächtigunggesetz*), la loi du 24 juin 1933, qui est une loi régulière et simple et qui a eu l'approbation du Parlement, le *Volkstag*, et du Sénat ; elle correspond donc aux exigences de l'article 43 de la Constitution.

En droit allemand, le droit du législateur de déléguer l'exercice du pouvoir législatif, dans un certain cadre quant au délai et quant à la matière, ne fut guère contesté, ni avant la guerre ni après la guerre, bien que la Constitution allemande — ni celle de 1871 ni celle de Weimar — ne contînt aucune disposition prévoyant ce droit de délégation.

Pendant la guerre et après la guerre, dans les temps extraordinaires que nous vivions, on a fait un usage toujours plus développé de ces délégations.

A Dantzig aussi, on a connu ces lois de délégation. La loi du 24 juin 1933, il est vrai, a parmi ces délégations la plus grande étendue, contient le plus grand nombre de matières à régler. Mais ce n'est pas là l'essentiel. L'essentiel est que les matières y soient suffisamment désignées pour permettre de contrôler si le Sénat s'est tenu dans le cadre de la délégation. Cela fut confirmé par la jurisprudence de l'*Obergericht* de Dantzig.

La délégation est donc admise en droit dantzikois, pourvu qu'elle soit limitée quant au délai et quant à la matière. (*Dantz. Jur. Mon.*, 1932, pp. 58, 59, 127 ; 1934, p. 117.)

On ne saurait affirmer que la loi d'autorisation trouve sa fin avec la dissolution du *Volkstag* qui l'a décidée. Cette loi reste en vigueur, comme toute autre loi, jusqu'à ce qu'elle soit abrogée par une autre loi, ou, comme il est prévu en l'espèce, jusqu'à la limite du délai qui fut fixé pour son existence.

On ne comprend pas pourquoi, par une telle loi, les droits d'un *Volkstag* futur seraient restreints d'une manière inadmissible, car le nouveau *Volkstag* pourrait toujours, même avant l'expiration du délai, abroger la loi d'autorisation par une nouvelle loi conformément à l'article 43 de la Constitution.

Cette opinion fut confirmée par l'avis du Comité de juristes en date du 26 juillet 1935, dernier alinéa.

Les tribunaux de Dantzig ont, par plusieurs arrêts, constaté notamment le caractère constitutionnel de la loi du 24 juin 1933 (voir la jurisprudence indiquée ci-dessus).

Le Conseil de la Société des Nations a eu lui aussi, à plusieurs reprises déjà, l'occasion de s'occuper de la question de savoir si oui ou non la loi de délégation du 24 juin 1933 est conforme à la Constitution, par exemple lors d'une pétition des prêtres catholiques Dr Moske et consorts du 30 août 1934, qui avait expressément prétendu que cette loi était incompatible avec l'article 43 de la Constitution parce que la délégation était trop générale et non assez spécifiée. Dans sa session de janvier 1934, le Conseil fut justement saisi de ces pétitions dirigées contre des décrets publiés en vertu de cette loi du 24 juin 1933 sans qu'aucune objection ne fût faite contre le caractère constitutionnel de la loi du 24 juin 1933. Il est donc inexact de prétendre que la question de la constitutionnalité n'avait pas alors été soumise au Conseil. Le Comité de juristes, dans son rapport du 26 août 1935, a résumé son avis ainsi : « Il reste donc, pour le Comité, seulement l'examen de la question de savoir si le dispositif du décret-loi attaqué du Sénat est en concordance avec les *Grundrechte* (droits fondamentaux) qui sont garantis par la Constitution de Dantzig. »

Le Comité de juristes s'est donc, dans une situation analogue, borné à examiner la constitutionnalité matérielle des décrets, et celle-ci encore seulement au sujet des *Grundrechte*.

Nous sommes d'avis que la méthode ainsi adoptée par le Comité de juristes est bonne, et que l'examen des droits fondamentaux est tout ce qu'on pourrait exiger à la rigueur. Nous croyons donc qu'on pourrait laisser de côté la question de la constitutionnalité de la loi du 24 juin 1933 et la question de savoir si les décrets-lois sont restés dans le cadre de la délégation.

Mais, pour être complet et pour ne rien négliger, nous discuterons toutes les éventualités et tous les aspects du problème au point de vue formel et matériel.

Du reste, si même on admet que l'opinion adoptée par le Conseil et le Comité de juristes ne lie pas votre haute Cour, il est au moins important d'en déduire les limites dans lesquelles le Conseil a voulu vous soumettre les questions que vous aurez à examiner.

Enfin, nous renvoyons, pour la question de la constitutionnalité de la loi du 24 juin 1933, à la consultation du professeur Karl Schmitt qui a été présentée au Conseil par le Sénat de Dantzig lors de l'examen des autres pétitions, et que je me permettrai de déposer sur le bureau de la Cour.

Il paraît dès maintenant établi que la loi du 24 juin 1933 n'est pas anticonstitutionnelle ; il reste donc à savoir si les décrets-lois se tiennent dans le cadre de la délégation.

La loi du 24 juin 1933 autorise le Sénat à prendre des mesures, avec force de loi, relatives aux matières indiquées dans la loi et dans les limites fixées au paragraphe 2 de la loi.

Le premier décret-loi attaqué modifiant le Code pénal dit qu'il est promulgué en vertu de la délégation de mesures à prendre pour augmenter la sécurité et l'ordre publics (par. 1, ch. 9, de la loi) et en vertu de l'autorisation d'inaugurer la réforme du droit pénal (par. 1, ch. 28, de la loi).

Il n'est pas nécessaire de discuter la question de la sécurité et de l'ordre publics, car il est hors de doute que ce premier décret concerne la réforme du droit pénal. Il se tient donc strictement dans le cadre de la loi de délégation (ch. 28).

Le deuxième décret-loi modifiant le Code de procédure pénale s'appuie sur l'autorisation, accordée au Sénat, de modifier l'organisation judiciaire, notamment quant à l'organisation et à la compétence des tribunaux (par. 1, ch. 22), et de modifier la procédure civile et pénale (par. 1, ch. 25, de la loi).

Il est hors de discussion que ce deuxième décret-loi a pour objet une modification de la procédure pénale. Il se tient donc, lui aussi, strictement dans le cadre de la délégation (ch. 25).

Ensuite, le Sénat a fait usage de la délégation qui lui est confiée par le paragraphe 1 de la loi du 24 juin 1933, dans le but d'« adapter la situation de droit à celle des États voisins » et de « développer l'administration de la justice ». Les conditions du paragraphe 2, *d* et *f*, de la loi sont donc également réalisées.

La population de Dantzig est du reste étroitement liée à la vie culturelle, politique et juridique de la grande famille allemande ; elle veut rester dans cette union étroite, qui est une union des âmes que nul ne peut détruire.

Il ne faut pas comparer à cet égard la situation de Dantzig avec celle de la situation actuelle en Autriche, comme on l'a fait dans un des mémoires qui nous ont été notifiés ; celle de Dantzig est autre : il faudrait, aux points de vue moral et culturel, plutôt la rapprocher de l'état d'esprit qui a régné dans le bassin de la Sarre avant le plébiscite.

Mais si la lettre *d* du paragraphe 2 pouvait encore être discutée, la lettre *f* de ce paragraphe est claire et simple. On ne peut pas contester que les décrets attaqués servent au développement de l'administration de la justice.

Enfin, il n'y a aucune raison de s'occuper spécialement de la clause générale du chiffre 89 de la loi d'autorisation (mesures pour remédier immédiatement à des états de nécessité urgente), parce qu'il s'agit en l'espèce des chiffres 9, 28, 22 et 25 de la loi, qui n'exigent pas la condition de la nécessité urgente.

Il est visible que l'élément de nécessité urgente qui est à la base du chiffre 89 de la loi ne doit pas exister pour les mesures prévues dans les autres chiffres, et notamment les chiffres 28 et 25 de la loi. Le titre de la loi : « Loi pour remédier à la détresse », etc., a un sens plutôt général et ne veut pas dire que toutes les mesures prévues dans la loi ne puissent être prises que dans le cas d'une nécessité urgente. Ce n'est pas le titre qui détermine la portée d'une loi, c'est son contenu et son sens.

Reste donc l'examen de la constitutionnalité matérielle, la principale question qui nous intéresse, et qui est celle de savoir si le contenu matériel des nouveaux décrets est incompatible avec un des principes de la Constitution.

Alors une première constatation s'impose.

Les décrets ont abrogé le principe *Nulla pœna sine lege*. Mais ce principe, en droit dantzikois, n'est pas un principe de la Constitution. Il ne se trouve formulé, ni directement ni indirectement, dans aucune des dispositions de la Constitution, mais seulement dans un paragraphe — le paragraphe 2 — du Code pénal ordinaire.

Ce n'est pas un hasard. Au contraire, ce fait seul prouve que la Constitution n'est pas en jeu et n'est aucunement violée. Sous ce rapport, il y a même une différence importante entre la Constitution de Weimar et celle de Dantzig. La Constitution de Weimar contenait un article 116 adoptant comme principe de la Constitution la devise *Nulla pœna.... ;* mais la Constitution de Dantzig ne connaît pas de pareille disposition.

Il en résulte clairement que le législateur à qui, en grande partie, la Constitution de Weimar a servi de modèle — Constitution qui avait même été en vigueur pendant un certain temps à Dantzig — a voulu, à cet égard, différer de la Constitution de Weimar.

Les travaux préparatoires de la Constitution ne contiennent aucune indication spéciale pour préciser la volonté du législateur de Dantzig.

Mais il est à souligner que même le propagateur le plus acharné du principe de *Nulla pœna....* en Allemagne, le juriste libéral Gerland, a reconnu qu'il a fallu, pour élever ce postulat à la hauteur d'un principe fondamental de la Constitution, insérer la disposition expresse de l'article 116 dans la Constitution allemande, et qu'on ne saurait dire que c'est là un principe qui fait partie intégrante de la Constitution sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire expressément comme tel dans la Constitution (Gerland, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, t. I ; Berlin, 1929, p. 386, n. 80).

Du reste, même pour le droit allemand sous le régime de la Constitution de Weimar, on a fait encore une distinction nette entre la portée du principe constitutionnel de l'article 116 et les règles du paragraphe 2 du Code pénal, et l'on a dit que l'interdiction de l'analogie résultait du Code pénal et non de l'article 116 (voir Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 4me éd., art. 116, n. 4, p. 548) ; de sorte que, même sous la Constitution de Weimar, la suppression du principe de l'interdiction de l'analogie aurait été une simple modification d'une loi, et non d'un principe de la Constitution.

Le principal grief — et l'on peut dire même le seul grief sérieux — formulé contre les décrets-lois est sans doute dirigé contre l'article premier, paragraphe 2, du premier décret, ainsi que l'article premier du second décret, contenant l'abrogation du principe *Nulla pœna....* et l'introduction de l'analogie, qu'on désigne comme étant révolutionnaire.

Quant au reste du premier et du deuxième décrets, il semble qu'on y attache peu d'importance. On peut même dire qu'il résulte de la pétition, des débats et des rapports, que la discussion est limitée à ce problème de l'abrogation du principe *Nulla pœna....*, et que le reste ne nous intéresse pas du tout.

Nous ne nions pas que le principe *Nulla pœna....* est un principe important du droit pénal.

Il paraît que le principe *Nulla pœna sine lege* a été introduit d'abord dans la *Magna Charta* du roi Jean de 1215. De là, il fut adopté par la *Petition of Rights* américaine, pour retourner peu avant la Révolution française en Europe, où il fut inséré d'abord dans la « Joséphine » autrichienne de 1787, ensuite dans la Déclaration des Droits de l'homme.

De là, il fut introduit dans la plupart des codes européens. Sa rédaction actuelle remonte à Feuerbach.

En ce qui concerne les dernières codifications, notons le Code pénal italien de 1930, le Code pénal polonais de 1932, et le projet de loi français de 1934, qui tous maintiennent le principe *Nulla pœna sine lege.*

Les adhérents de cette doctrine y voient une garantie contre une sentence arbitraire du juge, et en même temps une garantie de la liberté de l'individu vis-à-vis de l'État.

On y voit aussi une conséquence logique du principe de la division ou séparation des pouvoirs.

En face de ces tendances, disons classiques, la réforme tend à faire triompher la justice matérielle au lieu de la justice de pure forme. On veut éviter le mal qui fut reconnu déjà par les Romains dans les adages : *Summum jus summa injuria*, ou *Fiat justitia, pereat mundus*.

A ce sujet, nous doutons tout d'abord que le principe de *Nulla pœna sine lege* soit violé en l'espèce, de sorte que, même dans le cas où ce principe serait un principe de la Constitution, — ce que nous contestons, — encore les griefs formulés par la critique ne seraient-ils pas justifiés.

En effet, il y a des auteurs qui ont démontré qu'en droit allemand, tel qu'il était en vigueur à Dantzig avant les décrets, le principe *Nulla pœna sine lege*, tel qu'il était formulé au paragraphe 2 du Code pénal, n'excluait pas formellement l'analogie.

Exner, par exemple, dans son livre *Gerechtigkeit und Richter, Akademische Antrittsreden* (1922), a réclamé l'analogie non seulement *de lege ferenda*, mais il est d'avis que, déjà sous l'ancienne législation, ce droit du juge existait *de lege lata*. Il dit que l'interprétation qu'on donne aujourd'hui au principe *Nulla pœna sine lege* va trop loin. Le sens primitif de ce principe aurait été simplement que le juge soit lié par la loi. C'est seulement au cours de l'histoire que l'interdiction de l'analogie se serait glissée dans cette doctrine. L'interdiction de l'analogie n'est donc pas essentielle au principe *Nulla pœna sine lege*. La véritable portée du principe est d'éviter que des actes ne soient punis que la loi ne voulait pas punir. Mais plus tard, par l'interdiction de l'analogie, on a exclu la pénalité pour des actes *que le législateur voulait punir en réalité*. La loi ne dit pas que la peine doit être prévue *expressis verbis*. Le juge civil a le droit de l'interprétation analogue, ce qui n'exclut pas que lui aussi est lié par la loi.

D'autre part, la détermination imprécise des notions générales du droit pénal est d'une importance plus grande et amène le juge à une application inconsciente de l'analogie.

Un autre auteur, Peters, a soutenu la même thèse. Dans un article paru dans la *Juristische Wochenschrift* (1933, pp. 1561 *et sqq.*), Peters expose que l'analogie n'est que l'application, au delà de sa lettre, d'une loi existante. Peters est également d'avis que, pour admettre l'analogie, une modification de la loi n'aurait pas même été nécessaire.

Si l'on suit donc ces deux auteurs, Exner et Peters, la question d'une violation de la Constitution ne se pose même pas.

En effet, l'introduction de l'analogie ne signifie en somme que la légalisation d'une situation de fait. Là où l'analogie est défendue, elle s'introduit quand même par la voie d'une soi-disant interprétation de la loi, comme a dit à juste titre le professeur russe Anossow dans la *Monatsschrift für Kriminal-psychologie* (1924, pp. 321 *et sqq.*).

Mais il n'est pas nécessaire d'aller si loin, et j'avoue que je ne le fais pas. Même dans le cas où, pour le droit existant, on admet le principe de l'interdiction de l'analogie, les griefs dirigés contre les décrets-lois ne tiennent pas debout.

On ne voit pas très clairement quelles dispositions de la Constitution, d'après les pétitionnaires, seraient violées.

Dans leur pétition primitive, ils invoquent les articles 73 et 74 de la Constitution, et ajoutent aussi une soi-disant disposition non écrite à la Constitution.

Dans sa lettre d'envoi adressée à M. le président du Sénat, M. le Haut-Commissaire ajoute comme autre éventualité à étudier la disposition de l'article 61 de la Constitution. Dans son rapport remis au Conseil, M. Eden, rapporteur, mentionne comme hypothèse à étudier en plus les articles 43, 74, 75, 79, 84, 85 et 86 de la Constitution.

Je tâcherai donc d'examiner tous ces articles l'un après l'autre.

Commençons par l'article 43.

Cet article dispose qu'une loi se fait par une décision concordante du *Volkstag* et du Sénat.

Cette disposition est la base de ce qu'on appelle la constitutionnalité formelle que nous avons déjà traitée. Nous avons établi que la loi de délégation du 24 juin 1933 n'était pas anti-constitutionnelle, et que les décrets-lois restaient dans le cadre de la loi.

L'article 43 n'est donc pas lésé.

Le PRÉSIDENT. — Au cours de votre exposé, Monsieur Grimm, vous vous êtes référé à deux reprises aux travaux préparatoires de la Constitution de Dantzig ; vous avez fait des constatations sur le contenu de ces travaux. La Cour ne possède pas d'exemplaire de ces travaux préparatoires : pourriez-vous les soumettre à la Cour ?

M. GRIMM. — Certainement, Monsieur le Président.

Le PRÉSIDENT. — Je vous remercie.

M. GRIMM. — Plus intéressante que l'article étudié plus haut me semble l'étude de l'article 61 suggérée par M. le Haut-Commissaire.

L'article stipule que 1) les juges sont indépendants, et que 2) ils ne sont soumis qu'à la loi.

D'abord, il faut écarter entièrement la première disposition. L'indépendance du juge n'est pas menacée ; au contraire, on

reproche à la réforme que le juge ait, par là, une position trop indépendante.

La deuxième disposition n'intéresse pas non plus, si on la prend à la lettre, car on ne reproche pas aux décrets de soumettre le juge à d'autres influences qu'à la loi.

Le reproche qu'on fait, bien précisé, tend à dire que d'après la réforme le juge n'est plus soumis du tout à la loi. Il remplacerait le législateur. Voilà la vraie portée du reproche qu'on fait aux décrets.

En effet, on pourrait interpréter l'article 61 de la Constitution dans ce sens qu'il formule ce postulat que le juge doit être soumis à la loi.

On peut dire même que, compris dans ce sens, l'article 61 est l'expression du principe de Montesquieu de la division ou séparation des pouvoirs.

Il me semble donc inutile d'examiner si le principe de la division ou séparation des pouvoirs est, oui ou non, un principe intégral de la Constitution, car nous avons, dans le cas de Dantzig, une expression formelle de ce principe dans l'article 61.

Quant à ce principe, je tiens à ajouter encore quelques observations.

Le principe de la division ou séparation des pouvoirs n'existait presque plus, dans son sens original, dans les États démocratiques du XX^me^ siècle, le pouvoir législatif, le parlement ayant accaparé presque partout une suprématie sur le pouvoir exécutif.

Du reste, les limites entre les trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire, n'ont jamais été tout à fait fixes et immuables, sans que par ces fluctuations la Constitution fût considérée comme touchée.

En d'autres termes, il n'y a pas de disposition de la Constitution qui garantisse un *statu quo* fixe et stable dans les relations respectives entre les trois pouvoirs.

En ce qui concerne par exemple la limite entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, il y a eu de tous temps et dans tous les peuples des mouvements et des changements. Souvent le pouvoir législatif a donné des délégations plus ou moins étendues et plus ou moins spécifiées au pouvoir exécutif pour publier des décrets-lois. La Constitution de Dantzig, comme celle de Weimar et celle de 1871, ne contiennent aucune disposition réglant le problème de la délégation et des décrets-lois, et pourtant il est incontesté en droit allemand que ces délégations et ces décrets-lois ont été valables et compatibles avec la Constitution.

Dans ces cas, le gouvernement ne devient pas législateur. La source de droit reste toujours la loi, même si la délégation donnée par la loi est très vaste, de sorte que le contenu matériel du décret-loi dépend uniquement de l'exécutif.

En l'espèce, il s'agit aussi d'une délégation, donnée cette fois au juge. Le juge ne remplace pas le législateur ; il applique toujours la loi, qui reste la seule source de son jugement. Le juge reste soumis à la loi.

Si le résultat des décrets attaqués était que cette soumission du juge à la loi était entièrement supprimée, je n'hésite pas à dire qu'alors les griefs d'anticonstitutionnalité seraient justifiés.

Mais un simple changement des limites du partage des pouvoirs entre le législateur et le juge ne suffit pas. Il ne suffit pas de prétendre que, par l'effet des nouveaux décrets, la soumission du juge à la loi serait moins forte qu'avant, en d'autres termes que la position du juge serait plus libre.

Ainsi, le Sénat criminel a jugé le 10 avril 1934 (*Danz. Jur. Mon.*, 1934, p. 62) qu'une simple aggravation de la liberté d'encaisser des contributions ne signifie pas encore une violation du droit d'association.

On parle, au sujet des garanties données par les droits fondamentaux de la Constitution, de « garanties institutionnelles », c'est-à-dire de garanties qui ne veulent protéger que l'institution comme telle et non les différents modes de son application.

C'est notamment Martin Wolf et Carl Schmitt qui ont développé en Allemagne cette doctrine, qui fut acceptée aussi par la jurisprudence de Dantzig.

On a reconnu notamment que la garantie de l'article 102 de la Constitution de Weimar, qui correspond à l'article 61 de la Constitution de Dantzig, ne constitue qu'une garantie institutionnelle (voir Anschütz, le célèbre commentateur de la Constitution de Weimar, *l. c.*, p. 520).

Ainsi les droits fondamentaux n'ont qu'une valeur relative. La plupart d'entre eux n'ont que la nature d'un programme. Ainsi fut admise l'institution d'un commissaire d'État comme entièrement compatible avec l'article 68 de la Constitution de Dantzig, qui garantit le droit des communes de s'administrer elles-mêmes (voir un article de Schmitt, *Danz. Jur. Mon.*, 1934, p. 113).

Il n'y a donc aucune disposition de la Constitution disant que le juge soit lié *absolument et étroitement* par la loi, et qu'une position libre du juge soit incompatible avec la Constitution.

Au contraire, déjà dans la procédure ordinaire, valable à Dantzig et en Allemagne avant la guerre, le juge n'était pas étroitement lié par la loi, mais avait sous beaucoup de rapports une position assez large (*freies Ermessen*, libre arbitre).

Nous avons eu en droit allemand, même avant la guerre, des clauses générales qui laissaient une large liberté d'appréciation au juge. Je rappelle la clause de la bonne foi (par. 157, 242, *B. G. B.*), qui domine notre droit civil et correspond à l'article 1134 du Code civil français, et la disposition du paragraphe 133 du *B. G. B.* qui correspond à l'article 1156 du Code civil et dit

qu'il faut rechercher, dans l'interprétation des contrats, la véritable volonté des parties plutôt que de s'attacher à la lettre.

Cette position libre du juge existe notamment : 1° pour l'appréciation des preuves, et, en droit pénal, 2° pour la fixation des peines.

Il ne serait pas juste de faire, sous ce rapport, une différence entre le droit civil et le droit pénal et d'admettre qu'en droit civil des clauses générales comme l'équité, la bonne foi, le *jus bonum et æquum*, soient admises, mais que le droit pénal soit dominé par le « droit strict ».

Nous avons, en droit pénal aussi, des clausès générales, telles par exemple les « circonstances atténuantes », qui jouent un grand rôle dans la pratique du droit pénal.

Je ne veux pas répéter tout ce que mon distingué collègue, le comte de Gleispach, a développé hier devant vous au sujet des clauses générales en droit comparé.

Je voudrais seulement attirer l'attention de la haute Cour sur un arrêt prononcé, il y a quinze jours seulement, par la Cour de Liége, en vertu d'une loi belge qui permet de déclarer déchus de leur nationalité belge certains citoyens belges pour manquement grave à leurs devoirs de Belges. Cette loi a été, même en Belgique, l'objet de sérieuses critiques, et cela pour plusieurs raisons. La défense avait mis en doute devant la Cour la constitutionnalité de cette loi, argument qui fut repoussé par la Cour.

En droit pénal, nous avons des termes généraux qui nécessitent une interprétation du juge, qui doit recourir à cet effet au *Volksempfinden*, comme par exemple « *Ehre* » (honneur), et par exemple en droit disciplinaire le terme de « *standeswidriges Verhalten* » (attitude contraire à l'opinion commune d'une profession).

En France, le juge a aussi cette position libre et large, et même le juge militaire a cette position libre dans l'appréciation des crimes et délits et l'application des peines.

Le nouveau décret donne au juge une large mesure d'appréciation, mais cela ne heurte pas le principe que le juge reste soumis à la loi. Au contraire, le juge punit en ce cas parce que la loi le veut. Il a une position large, parce que la loi le veut. Il reste soumis à la loi qui l'autorise à juger. Il ne fait pas de loi, il n'en crée pas, il l'applique et l'exécute.

Il est erroné de croire que la seule source du droit serait la loi écrite ; en tous temps l'on a reconnu qu'en dehors des paragraphes il y a encore des lois non écrites, le droit naturel ; de tous temps il y a eu discussion entre les représentants du droit des paragraphes, savoir du droit positif, et les propagateurs du droit naturel, du droit non écrit.

C'était toujours la fonction la plus noble du juge que de reconnaître et de constater le droit non écrit et d'appliquer ses principes. Le juge, en ce cas, ne créait pas une nouvelle loi ; il appliquait seulement une loi existante, existante non

dans un texte écrit, mais existante dans la conscience commune du peuple.

Ainsi, par exemple, le *Reichsgericht*, dans une jurisprudence remarquable que vous trouverez dans : *Entscheidungen, Band* 61 (p. 242), a développé, sous le régime de la Constitution de Weimar, le principe du « *übergesetzlicher Notstand* », une sorte de légitime défense en dehors de la loi écrite.

Cette jurisprudence a l'apparence d'une nouvelle loi créée par le juge. Mais en réalité le juge ne crée pas une loi, il constate une loi existante, une loi non écrite, il est vrai, mais existante quand même, et il applique cette loi.

Je dépose devant vous un article que j'ai écrit en 1929, lors d'un congrès des étudiants catholiques tenu à Munich, sur le droit naturel et le droit écrit ou positif et l'Église[1]. J'ai dit alors qu'à côté du droit écrit il existe encore un vaste domaine du droit non écrit, et que c'est le devoir du juge de trouver et de constater ce droit. Nous étions d'avis que, sous l'ancien droit, sous la Constitution de Weimar, cette obligation et ce pouvoir du juge de trouver le droit non écrit existaient déjà et étaient entièrement compatibles avec la Constitution de Weimar; je note que, justement là où des idées religieuses sont dominantes, l'admission de ce droit non écrit doit toujours être possible.

Ce congrès des académiciens catholiques se tint à Munich du 1er au 4 novembre 1929, sous l'égide du chancelier Brüning, chancelier du Centre catholique ; dans ce congrès, le Centre catholique était dominant.

J'ai dit alors textuellement :

« Nombre de problèmes se lèvent aujourd'hui, qui mettent les juristes de nos temps en présence de tâches considérables : y a-t-il un droit naturel, une loi non écrite, ou, comme s'exprime la science, un *ungesatzter Recht*, droit en dehors des paragraphes, une « justice supérieure » ? Y a-t-il un droit formel, droit littéral qui est en contradiction avec les exigences de la loi morale ou des idées chrétiennes ? Le juge a-t-il le droit ou même l'obligation de faire triompher, même contre la lettre de la loi, le droit véritable, la justice supérieure, la *Höhere Gerechtigkeit ?*

« Quels sont les rapports et les limites de la sphère juridique et de la sphère morale, du droit et de l'équité, du droit et de la grâce ? Le juge est-il lié en cas extraordinaires et en temps extraordinaires par des lois qui n'ont été écrites que pour les temps normaux, et dont il ressent lui-même l'iniquité ?

« D'autre part, si le juge est lié par la loi formelle, y a-t-il, dans la sphère du droit, d'autres moyens pour faire triompher l'idée de la *Höhere Gerechtigkeit*, la justice supérieure ? »

[1] Voir p. 155. [*Note du Greffier.*]

Et j'ai continué, et c'est presque comme si j'avais parlé en prophète (puisque j'ai dit cela en 1929) :

« Nous sommes à la veille d'un changement décisif du développement de notre justice. L'époque du positivisme dominant d'une manière absolue approche de sa fin.

« On reconnaît de plus en plus qu'il y a, à côté du droit positif, le droit naturel, une loi non écrite, à laquelle le juge est soumis également, qu'il doit seulement bien reconnaître en chaque espèce. »

Ce fut le leitmotiv qui ressortit de toutes les conférences du Congrès des académiciens catholiques à Munich.

« Le *B. G. B.* a, dans les paragraphes 138, 157, 242, 826, en renvoyant aux clauses de la bonne foi, des bonnes mœurs, etc., introduit dans la sphère juridique, par une disposition écrite, certaines règles de la loi morale qui, en général, restent à côté de la sphère juridique comme sphère indépendante, et en a fait ainsi directement une règle de droit.

« Encore plus intéressante est l'application du droit naturel pour le domaine du droit pénal. »

Tout ceci, vous le trouverez ; je l'ai écrit en décembre 1929.

Le décret ne signifie donc pas que la loi soit privée de sa fonction, qu'elle a d'après la Constitution. Avec raison Schäfer, dans un article traitant les nouvelles lois en Allemagne (*Deutsche Justiz*, 1935, p. 292), que vous avez, dit : « Cela ne signifie pas que la loi soit détrônée. Elle reste le plus noble ordre du chef d'État et exige qu'elle soit respectée en premier lieu. »

L'analogie n'est pas une nouvelle source de création de loi, mais seulement une *Rechtserkenntnisquelle*, comme le dit justement Schäfer (*l. c.*, p. 992), c'est-à-dire une source pour « reconnaître la loi et la justice ».

Par cela la loi n'est pas privée de son autorité ; au contraire, l'autorité de la loi est augmentée encore par le fait qu'on donne à une idée de droit qui est à la base de la loi un champ d'application plus large.

En somme, la faculté de l'analogie accordée aujourd'hui au juge a sa source aussi dans la loi écrite. Ce n'est pas l'arbitraire du juge qui dira ce qui sera punissable. Le juge ne doit pas inventer de nouvelles idées de droit pour en faire une base de ses jugements, mais il doit seulement rechercher, reconnaître et trouver les idées de droit qui existent déjà et sont formulées dans une loi pénale existante, comme le développe Schäfer (*l. c.*, p. 994).

Du reste, le droit du juge de trouver une application analogue n'est pas illimité. Souvent la loi même prescrit, directement ou indirectement, les bornes de l'analogie. Très souvent le législateur dit, expressément ou tacitement, jusqu'à quelle

limite il veut étendre la pénalité d'un acte. Le juge n'a le droit que de combler des lacunes ; il ne peut pas outrepasser les lois en se faisant législateur.

Quand le législateur punit, par exemple, les relations sexuelles entre hommes, le juge ne peut pas, par analogie, punir les relations analogues entre femmes, puisque la volonté du législateur est claire de ne punir que de telles relations entre hommes. De même, quand le législateur a fixé un certain âge pour la protection des mineurs, le juge ne peut pas outrepasser cette limite par analogie pour le motif que telle ou telle fille, plus âgée, serait peu développée, de sorte que l'idée qui domine cette loi de protection joue aussi dans ce cas. De même, un juge ne pourrait pas, par l'effet de l'analogie, punir un fonctionnaire de parti en vertu d'une disposition de la loi qui ne concerne que les fonctionnaires de l'État.

D'autre part, je cite l'exemple d'une lacune qui serait à combler par l'analogie et qui démontre la véritable portée de la réforme ; je la cite d'après un exemple donné par notre ministre, M. Gürtner, dans sa conférence.

Les tribunaux allemands ont été saisis ces derniers temps du fait qu'une personne s'était servie d'un appareil automatique de téléphone en usant d'une pièce d'argent fausse. Les tribunaux ont jugé que, dans le cas où la personne à qui on téléphonait avait aussi un appareil automatique, il n'y aurait pas de délit, parce qu'il manquait la personne qui aurait pu être trompée, tandis que si, au contraire, la personne à qui on voulait téléphoner avait encore un appareil de l'ancien système, où un employé des postes devait faire la communication, on admit le délit parce que, dans ce cas, l'employé des postes aurait pu être trompé.

Ceci démontre combien restreinte est l'application de l'analogie, et que le juge reste toujours soumis à la loi.

M. GUERRERO, Vice-Président. — Au commencement de votre exposé, vous avez dit, Monsieur le Conseil, que le Sénat de la Ville libre, déjà avant le 24 juin 1933, avait reçu des délégations de pouvoirs en vue d'émettre des décrets-lois. J'aimerais connaître le texte de ces lois d'autorisation.

Mais peut-être, avant de nous fournir ce texte, pouvez-vous déjà, Monsieur le Conseil, me donner le renseignement suivant :

Est-ce que les lois d'autorisation antérieures au 24 juin 1933 étaient conçues de la même façon que la loi d'autorisation de 1933 ? En d'autres termes, est-ce que, d'après ces lois d'autorisation, la Diète approuvait les décrets-lois avant même de les connaître ? ou bien la Diète se réservait-elle, d'après ces lois, le droit d'approuver ou de désapprouver les décrets-lois à une date ultérieure à leur publication ?

M. GRIMM. — Je répondrai tout de suite à cette question, qui me permet d'aller très au fond du problème.

En premier lieu, nous ne manquerons pas de fournir à la Cour le texte des autres lois de délégation.

Ensuite, la nature propre des délégations a toujours été la même : c'est justement de donner au Sénat la délégation ou l'autorisation de promulguer à l'avenir des décrets-lois que la Diète ne connaît pas encore. Mais, dans tous les cas, la Diète s'est toujours réservé le droit, dans un certain délai — ici, trois mois —, de désapprouver les décrets-lois. Il en est de même pour la loi qui nous intéresse. Nous laissons à MM. les juges l'appréciation de ces détails.

Je reprends mon exposé.

L'article 73 de la Constitution, disant que tous les Dantzikois sont égaux devant la loi et que des lois d'exception ne sont pas permises, n'est pas violé non plus.

La pétition de l'opposition prétend qu'après le nouveau décret l'opposition se sent mise hors la loi. Mais le nouveau décret n'a aucun caractère politique ; il a une portée générale et criminelle. C'est un problème du droit pénal. Il veut poursuivre, mieux qu'il n'était possible jusqu'à maintenant, le criminel, l'assassin, le voleur, l'escroc. Il s'agit de la solution d'un problème juridique qui a été discuté dans tous les temps. Mais jamais on n'a prétendu qu'il s'agissait là d'un problème politique.

En Allemagne, où l'on a introduit cette nouvelle loi, l'idée n'est même venue à personne que cette loi servirait à mieux combattre les adversaires politiques du régime. On veut mieux combattre les criminels du droit commun. C'est tout, et je ne connais aucun cas dans lequel la nouvelle loi aurait servi à une condamnation politique.

Du reste, j'ignore si, jusqu'à ce jour, l'analogie a trouvé une application concrète quelconque, soit en Allemagne, soit à Dantzig.

On ne peut pas déduire non plus une inégalité des citoyens du fait que le juge pourrait identifier le criterium de « *gesundes Volksempfinden* » avec la mentalité national-socialiste. La pétition confond l'application de la loi avec son texte, un point très important sur lequel j'attire spécialement l'attention de la haute Cour.

Le terme « *Volksempfinden* », se trouvant dans le texte, est aussi général que les expressions « bonnes mœurs » et « bonne foi » employées en droit civil. C'est une mentalité qui est propre à la population honnête tout entière, et non seulement aux membres d'un parti.

On ne comprend donc vraiment pas comment le décret violerait l'article 73 de la Constitution. Le décret-loi vise, comme toute loi pénale, tout le monde de la même manière.

C'est le même argument que la Cour supérieure de Dantzig a employé dans son arrêt plénier du 28 avril 1932 (*Danz. Jur. Mon.*, 1932, p. 60)[1], où il s'agissait de l'interprétation de l'article 62 de la Constitution. Dans cet arrêt, la Cour dit que l'article 62 défend seulement que, dans un cas spécial, une personne soit soustraite à son juge légal. Un changement général de la compétence ou de l'organisation judiciaire par une loi ne serait pas contraire à l'article 62.

Dans un autre cas jugé par le Tribunal administratif de Dantzig, par arrêt du 26 août 1932 (*Danz. Jur. Mon.*, 1932, p. 127), on avait invoqué une violation de l'article 73 sur l'égalité des citoyens en attaquant un nouvel impôt qui aurait institué une inégalité. Le tribunal dit que le décret-loi introduisant l'impôt avait une portée générale, s'appliquant à toutes les firmes qui remplissent certaines conditions économiques. On avait prétendu que ce décret, en pratique, était dirigé contre deux firmes spéciales. Mais le tribunal dit que, de la rédaction du décret, il ne résulte pas que la mesure ne vise que des firmes spéciales, et que *l'application* en pratique n'intéresse pas la question de savoir si le décret-loi comme tel est contraire à la Constitution.

L'article 73 signifie que les situations de fait qui sont égales doivent être traitées en droit d'une manière égale. (Tribunal supérieur administratif de Dantzig, *Danz. Jur. Woch.*, 1933, p. 41.)

C'est le cas en l'espèce. Le décret s'applique à tous les citoyens de la même manière. L'article 73 n'est donc pas lésé.

De même, c'est à tort que la pétition invoque une violation de l'article 74 de la Constitution, qui dit que la liberté de la personne est inviolable et qu'une restriction de la liberté personnelle, par le pouvoir public, n'est admissible qu'en vertu d'une loi.

Il est hors de doute que, si quelqu'un est condamné conformément au décret, sa liberté personnelle est restreinte en vertu d'une loi. La pétition le reconnaît, mais elle ajoute qu'il faudrait interpréter le terme de « loi » dans un sens spécial, comme « loi d'un État démocratique » et non « d'un État autoritaire ».

Par cet argument on peut justifier tout. Ce serait, pour l'opposition de Dantzig, le droit de s'immiscer d'une manière permanente dans l'administration du gouvernement actuel de Dantzig.

Il n'y a pas de disposition de la Constitution qui stipule que le régime à Dantzig doit rester éternellement le même.

Les articles 75, 79, 84, 85 et 86 de la Constitution ont été ajoutés par M. le rapporteur Eden dans son rapport seulement

[1] Voir p. 149.

d'une manière collective, à titre éventuel, *in omnem eventum*. On peut donc les traiter aussi d'une manière collective.

Aucune de ces dispositions n'est violée, à mon avis, par les décrets-lois.

L'article 75 vise la liberté de domicile, l'article 79 la liberté d'opinion, l'article 84 le droit de réunion, l'article 85 le droit d'association, l'article 86 l'inviolabilité du domicile.

J'attire d'abord votre attention, Messieurs, sur le fait que dans la plupart de ces dispositions on trouve déjà un renvoi à la loi qui peut limiter l'exercice de ces *Grundrechte* ou droits fondamentaux. L'article 75, par exemple, ajoute : « Des restrictions doivent être prononcées seulement par la loi » (réserve de la loi : Reiss, *l. c.*, avant l'art. 71, n. 4, p. 117).

Eh bien, si vraiment, en l'espèce, le décret-loi contenait une restriction d'un de ces droits fondamentaux, ce serait alors une restriction faite par une loi, ce qui est parfaitement admissible. Car le terme de « loi » dans ce sens renferme les décrets-lois, qui eux-mêmes ont leur base dans la loi de délégation.

Du reste, il est généralement admis dans tous les pays que le droit de libre opinion ne peut être exercé que dans le cadre des lois pénales (Reiss, art. 79, n. 3, p. 137). Le droit de libre opinion ne peut pas être, il est vrai, entièrement supprimé par un texte de loi. Du reste, le texte du nouveau décret ne le fait pas ; il ne mentionne pas même le droit de libre opinion, ni de domicile, de logement, etc.

Il ne faut jamais confondre l'application avec le texte d'une loi. L'application de toute loi peut avoir pour conséquence, dans un cas d'espèce, la violation d'un texte de la Constitution. Mais alors, c'est le rôle du juge de faire respecter la Constitution, comme cela est expressément prévu par l'article 71 de la Constitution. Chaque loi porte cette clause sous-entendue que son application ne doit pas être en contradiction avec un texte de la Constitution, et si le juge manque à son devoir de faire respecter la Constitution, ce sera la tâche de la Cour supérieure de veiller à ce que la Constitution soit respectée (voir Reiss, *l. c.*, art. 71, n. 3, p. 118).

Pour garantir ce contrôle de la constitutionnalité, on a introduit à Dantzig, par la loi du 6 octobre 1925 — la loi dite plénière —, la possibilité de saisir la Cour supérieure, toutes Chambres réunies, à tout moment du litige.

Contrairement à d'autres législations, qui ne permettent pas au juge d'examiner la constitutionnalité, par exemple la législation belge, la loi de Dantzig donne au juge cette possibilité et va même sous ce rapport plus loin que la loi allemande, ce que démontre cette loi du 6 octobre 1925.

Il faut toujours faire la différence entre les textes et leur application. En l'espèce, le texte des décrets n'est pas incompatible avec la Constitution.

. L'article 85 a de nouveau une réserve expresse. Il donne le droit d'association seulement pour des « buts qui ne sont pas contraires aux lois pénales ». De même, l'article 86 a cette réserve expresse : « Des exceptions à l'inviolabilité du domicile ne sont permises qu'en vertu d'une loi. »

L'article 84 (droit de réunion) n'a pas la réserve expresse de la loi. Mais il est reconnu, en droit de Dantzig, que dès que, par exemple, la paix publique est menacée par l'exercice du droit de réunion, la protection constitutionnelle cesse et les lois ordinaires entrent en fonction (voir Reiss, *Die Verfassung der Freien Stadt Danzig*, art. 84, n. 2, p. 142, al. 3).

Le texte de la pétition primitive laisse voir que les pétitionnaires sont très peu sûrs de leur affaire et ne savent pas quelles dispositions de la Constitution ils doivent indiquer comme étant violées. Ils recourent donc eux-mêmes à une soi-disant disposition non écrite de la Constitution, celle que les lois doivent être claires et non susceptibles de deux sens. En outre, pour justifier leur grief principal relatif au principe *Nulla pœna sine lege*, ils sont de même forcés de recourir à une soi-disant disposition non écrite de la Constitution.

Il me semble que cela va un peu loin de construire une pareille disposition non écrite de la Constitution et de vouloir ainsi combattre l'analogie par une soi-disant disposition non écrite de la Constitution.

N'est-ce pas chasser le diable par Belzébuth ?

Nous n'avons trouvé aucune disposition expresse de la Constitution qui serait lésée, et il me semble bizarre, pour condamner le principe de l'analogie comme anticonstitutionnel, de donner à la Constitution ou à une de ses dispositions une interprétation qui serait à son tour une véritable analogie.

On prétend que les criteria de l'idée qui domine une loi pénale et du « *gesundes Volksempfinden* » seraient des termes peu clairs et guère accessibles à une conception juridique.

Encore, ce reproche ne me semble pas justifié. Le « *jus æquum et bonum* et l'équité » introduit par le préteur romain était incertain aussi et devint quand même la base du droit moderne.

Non, il n'est pas possible d'établir comme un postulat général de la Constitution l'exigence que les lois soient claires et précises. Si toutes les lois qui renferment des doutes ou sont susceptibles de deux sens pouvaient être attaquées pour inconstitutionnalité, où est-ce que cela nous mènerait ? C'est justement le rôle du juge d'interpréter les textes douteux.

Enfin, les pétitionnaires semblent vouloir diriger contre les décrets-lois un autre reproche général : celui que le Gouvernement de Dantzig voudrait réaliser certaines idées du national-socialisme. Or, dans son rapport pour l'année 1934, M. le Haut-Commissaire a reconnu comme entièrement légitime le désir

du Gouvernement de réaliser, dans le cadre de la Constitution, les idées du national-socialisme. Ces tendances, comme telles, ne peuvent donc pas être considérées comme étant contraires à la Constitution, pourvu qu'on reste dans le cadre de la Constitution.

J'ai terminé mon exposé.

Monsieur le Président, permettez-moi de vous remettre les deux pièces que j'ai mentionnées : l'article que j'ai fait paraître en 1929 et la consultation du professeur Carl Schmitt.